

UNIVERSIDAD DE GRANADA

INSTITUTO DE LA PAZ Y LOS CONFLICTOS

Tesis doctoral

**LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS  
EN LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS**

HÉCTOR VARGAS VACA

Directores

Dra. Leticia García Villaluenga (UCM)

Dr. Manuel Jorge Bolaños Carmona (UGR)

Granada, 2014

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Héctor Vargas Vaca  
D.L.: GR 2243-2014  
ISBN: 978-84-9083-315-5



*In memoriam*

*Luis Villar Borda. 1929 - 2008*  
*Profesor de Filosofía del derecho de la*  
*Universidad Externado Colombia*

*Juaquín Herrera Florez. 1956 - 2009*  
*Profesor titular de Filosofía del derecho y Teoría de la cultura,*  
*Universidad Pablo de Olavide y colaborador del Instituto de la Paz y los Conflictos*

*Fernando Hinestrosa. 1931- 2012*  
*Rector de la Universidad Externado de Colombia*

*Alfredo Witschi Cestari. 1948 - 2012*  
*Compañero y docente investigador del Instituto de la Paz y los Conflictos*



## ÍNDICE

<b>Introducción y justificación .....</b>	<b>13</b>
Aspectos metodológicos .....	19
<b>Capítulo I CONFLICTOS Y SU CONTEXTO REGULATORIO .....</b>	<b>29</b>
1. Aporte de la investigación para la paz a la teoría del conflicto.....	29
2. El conflicto .....	31
2.1 Definición de conflicto en sentido general.....	31
3. Elementos del conflicto .....	33
3.1. Primero: Extremos participantes .....	37
3.1.1 Estilos de confrontación y conductas asumidas por los extremos participantes.....	37
3.1.2 Niveles de conflictos .....	40
3.2 Segundo: Contenido de la discusión en los conflictos .....	42
3.2.1 Conflicto como expresión de necesidades humanas .....	42
3.2.2 Categorías de conflicto según las necesidades humanas.....	43
3.2.3 Conflictividad identificada por medio de la GENNJI.....	45
3.2.4 Conflicto privado, conflicto de interés público.....	52
3.2.5 Conflicto de contenido normativo que dificulta la <i>cohesión social</i> .....	52
3.3 Tercero: Contexto en que se vive el conflicto .....	56
3.3.1 Creación de sistemas normativos en la sociedad.....	58
3.3.2 Contexto normativo y regulatorio de la comunidad.....	62
3.3.3 Contexto normativo y regulatorio del Estado.....	63
3.3.3.1 Mantenimiento de la Ventana de la disciplina social .....	65
3.3.4 Contexto normativo y regulatorio del mercado.....	67
3.4 Cuarto: Interacción estratégica.....	70
3.4.1 Teoría de Juegos .....	71
3.5 Quinto: Dinámica del conflicto .....	73
<b>Capítulo II GESTIÓN DEL CONFLICTO .....</b>	<b>75</b>
1. Las opciones del ciudadano cuando tiene un conflicto .....	75
2. Los objetivos de gestionar un conflicto.....	77
3. Mapa conceptual de la gestión del conflicto .....	80
3.1. Gestión directa del conflicto.....	80
3.1.1. Gestión directa reflejada en la encuesta GENNJI .....	81

4.	Institucionalización del conflicto .....	83
4.1	Aspectos del Neo-institucionalismo relevantes en la gestión del conflicto ....	84
4.2	Instituciones endógenas de gestión del conflicto .....	90
4.2.1	Instituciones endógenas comunitarias .....	91
5.	Gestión institucional del conflicto ante el Estado .....	93
5.1	Instituciones exógenas de gestión del conflicto .....	94
5.1.1	Gestión Jurídica del conflicto.....	95
6.	Formas procesales de gestionar los problemas jurídicos.....	96
6.1	La autocomposición como medio de gestión .....	96
6.2	Heterocomposición.....	97
6.2.1	Justicia por adjudicación .....	98
6.3	Autotutela .....	98
7.	Gestión violenta.....	99
8.	Áreas de caos, negación del conflicto sin gestión ni regulación.....	102
9.	Dónde institucionalizan los colombianos sus conflictos.....	106
10.	Razones de los afectados para institucionalizar ante determinadas autoridades	109
11.	La <i>provencción</i> del conflicto.....	114

**Capítulo III VICISITUDES DE LA GESTIÓN JURÍDICA DEL CONFLICTO EN COLOMBIA, IDENTIFICADAS MEDIANTE LA METODOLOGÍA DE NECESIDADES JURÍDICAS..... 115**

1.	Problema Jurídico como potencial conflicto .....	118
1.1.	Panorama de los problemas jurídicos en Colombia .....	120
1.1.1	Problemas jurídicos más recurrentes .....	120
2.	Necesidad Jurídica.....	125
2.1	Litigios.....	126
3.	Acceso a la justicia .....	128
3.1	Demanda potencial versus demanda que accedió a la justicia .....	129
3.2	Asesoría legal, acceso a la justicia entre mercado y Estado.....	131
3.3	Tres lecturas sobre esta ineficiencia de la asesoría legal.....	134
3.3.1	El derecho colaborativo como conjuro.....	135
3.4	Acceso a la justicia representado en la pirámide de litigiosidad.....	136
3.5	Gestión de necesidades jurídicas ante autoridades administrativas .....	139
3.6	Vicisitudes de la autocomposición ante funcionarios públicos.....	143

3.7	Gestión de necesidades jurídicas ante autoridades judiciales .....	144
3.7.1	Vicisitudes del acceso a la justicia en asuntos penales .....	146
3.7.1.1	Políticas de priorización de la Fiscalía General de la Nación .....	147
3.8	Acceso a la justicia según cifras del poder judicial.....	149
3.9	Acceso a la justicia garantizado por los jueces de paz .....	152
3.10	Acceso a la justicia según cifras del poder judicial español.....	153
4	Satisfacción de necesidades jurídicas.....	155
5	Necesidades jurídicas insatisfechas NJI.....	158
5.1	Vicisitudes o patologías de los actuales sistemas judiciales .....	160
5.1.1	Demanda no regulada.....	160
5.1.2	Demanda no reconocida o expresada por el afectado .....	160
5.1.3	Impunidad.....	161
5.1.4	Decaimiento de las causas .....	162
5.1.5	Barreras de acceso .....	163
5.1.6	Victimización primaria, secundaria y terciaria.....	163
5.1.7	Explosión de litigiosidad .....	168
5.1.8	Litigios en fuga.....	168
5.1.9	Administrativización de la justicia .....	169

#### **Capítulo IV INSTITUCIONES CIUDADANAS QUE GESTIONAN**

	<b>CONFLICTOS.....</b>	<b>171</b>
1.	Análisis según la encuesta GENNJI.....	172
1.1	Población general .....	173
1.2	Población de empresarios.....	174
1.3	Población en condición de pobreza extrema .....	175
1.4	Interpretación de estos resultados.....	176
2.	Participación ciudadana, la <i>autoritas</i> alternativa. ....	183
3.	Elementos de la participación ciudadana en la gestión de los conflictos.....	190
3.1	Autonomía de la voluntad, una interpretación socio-jurídica. ....	190
3.1.1	Alcances de la autonomía de la voluntad .....	197
3.2	Simetría .....	201
3.3	Equidad como fuente para la gestión de conflictos hecha por ciudadanos. ...	204
3.4	Bisagra entre la gestión comunitaria y la Estatal .....	205
3.4.1	Pasos y distancia entre el problema jurídico y la ejecución .....	206



4	Esquemas de gestión del conflicto, desde las prácticas ciudadanas.....	209
5	Tipologías de intervención hecha por ciudadanos. ....	212
<b>Capítulo V JUSTICIA ANCESTRAL .....</b>		<b>215</b>
	Instituciones endógenas de gestión del conflicto .....	215
1.	Sistema de compensaciones de la comunidad indígena Wayúu.....	216
1.1	Características de la comunidad indígena Wayúu.....	217
1.1.1	Territorio del pueblo Wayúu .....	218
1.1.2	Estructura social .....	220
1.1.3	Parentesco.....	220
1.1.3.1	Matrimonio.....	220
1.1.3.2	Clanes o linajes.....	222
1.1.3.3	Importancia de los tíos (tailaüla).....	223
1.1.4	Conflictividad y contexto .....	224
1.1.4.1	Contexto normativo dado por la cultura.....	224
1.1.4.2	Creencias .....	224
1.1.4.3	Homicidio con violencia .....	225
1.1.5	Contexto normativo dado por el intercambio.....	226
1.2	Características de la institución que facilita los acuerdos .....	228
1.2.1	Orígenes y principios del Pütchipü'üi .....	228
1.2.2	Se pide la palabra sólo ante la certeza de un responsable .....	229
1.2.3	El El Pütchipü'üi o palabrero, su elección .....	229
1.2.4	Reconocimiento del palabrero.....	230
1.2.5	Aceptación o rechazo del encargo.....	230
1.3	Categorías o clases de palabreros .....	231
1.3.1	Reputación del palabrero.....	232
1.4	Llevar la palabra, pütchi.....	233
1.5	Extremos participantes .....	235
1.5.1	Tratamiento a la víctima.....	236
1.5.2	Tratamiento al ofensor.....	238
1.5.2.1	La mujer protagonista de la recuperación del ofensor a través del rito del encierro.....	240
1.5.2.2	La mujer y la gestión de los conflictos.....	241
1.6	Las compensaciones .....	243

1.6.1	La amenaza de la gestión violenta, de lo autocompositivo a la autotutela.....	244
1.6.2	La Guerra.....	245
1.6.3	La justicia ahijuna .....	245
1.7	Justicia ancestral de las comunidades indígenas .....	247
1.7.1	Constitucionalismo y justicia ancestral .....	248
2	Tribunal de Aguas de Valencia, España.....	251
2.1	Contexto .....	252
2.2	Orígenes y principios.....	253
2.3	La comunidad de regantes .....	254
2.4	Contexto normativo comunitario.....	255
2.4.1	Conflictividad asociada a la comunidad de regantes.....	256
2.5	El Tribunal.....	256
2.6	Grado de Institucionalización.....	257
2.6.1	Extremos participantes .....	257
2.6.2	Procedimiento.....	258
2.6.3	Sanciones.....	259
2.6.3.1	Naturaleza de la decisión.....	260
2.6.4	Relación con la justicia ordinaria .....	260
2.7	Contexto normativo del mercado .....	260
3	Sistema circulares de Canadá.....	262
4	Instituciones ancestrales de Latinoamérica .....	263
4.1	Comunidades africanas en el pacífico colombiano .....	263
4.2	Jueces de Paz, no letrados de Perú .....	270
5	Otras experiencias de justicia ancestral.....	274
<b>Capítulo VI INSTITUCIONES EXÓGENAS.....</b>		<b>277</b>
1	Primera generación.....	278
1.1	Negociación o arreglos directos .....	280
1.2	Instituciones exógenas de gestión del conflicto de tendencia institucional ...	281
1.2.1	Mediación.....	282
1.3	Transacción .....	294
1.4	Conciliación en Colombia .....	297
1.4.1	Conciliación extrajudicial en derecho .....	298
1.4.2	Conciliación en equidad .....	302

1.5	Jueces de paz de Colombia.....	306
1.6	Justicia restaurativa .....	309
1.6.1	Grado o tipo de justicia restaurativa según McCold P, Wachtel T .....	313
2	Metodologías de gestión del conflicto de segunda generación .....	317
2.1	Dialogo sostenible .....	317
2.2	Partnering .....	318
2.3	Defensor del cliente.....	318
2.4	Evaluación neutral de casos .....	319
2.5	Mini-trials.....	319
2.6	Online Dispute Resolution (ODR) .....	320
<b>Capítulo VII CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....</b>		<b>325</b>
1	Conclusiones generales. ....	325
1.1	Uso de la metodología de identificación de Necesidades Jurídicas, mediante la GENNJI 2013 .....	325
1.2	Las necesidades jurídicas de la población.....	327
1.3	Elementos de análisis del conflicto .....	328
1.4	La administración judicial .....	329
1.4.1	Rumores populistas sobre la Justicia:.....	333
1.5	El poder ejecutivo.....	336
1.6	Los ciudadanos participando en la administración de justicia: .....	337
1.7	El sistema de compensaciones de la comunidad Wayúu .....	339
1.8	El Tribunal de aguas de Valencia.....	340
1.9	Los métodos exógenos de gestión de los conflictos.....	341
<b>ANEXOS .....</b>		<b>345</b>
<b>Bibliografía general.....</b>		<b>351</b>
<b>Relación de gráficas, ilustraciones y tablas .....</b>		<b>366</b>

## Acrónimos y abreviaturas frecuentes

ACNUR	Agencia de la ONU para los Refugiados.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial de España.
CAI	Centros de Atención Inmediata de la Policía, Colombia.
CEJ	Corporación Excelencia en la Justicia.
CEPAL	Comisión Económica para América Latina ONU.
CSJ	Consejo Superior de la Judicatura de Colombia.
DANE	Departamento Nacional de Estadística de Colombia.
DEH	Desarrollo a Escala Humana.
DEJUSTICIA	Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad.
EPS	Empresa Prestadora de Servicios de Salud.
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
GENNJI	Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas.
LGBTI	Lesbianas, gais, bisexuales, transsexuales e intersexuales.
MASC	Mecanismos Alternativos de solución de conflictos.
MinJusticia	Ministerio de Justicia y del derecho de la República de Colombia.
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
ONG	Organización No gubernamental
TJE	Tulela Judicial Efectiva



“Cuando el Estado actúa a nombre nuestro debilita el sentido de comunidad”

Juez Barry Stuar y Kay Pranis

## INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación gira en torno a la reflexión crítica sobre las posibilidades de participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos en el contexto de Colombia con referencias puntuales a experiencias españolas e iberoamericanas. Lo anterior porque existe desde hace tres décadas un auge generalizado para estimular el uso de mecanismos como la conciliación, mediación o arbitraje, entre otras, con la idea de que sirven para mejorar la convivencia, la gestión pacífica de los conflictos y la disminución de los litigios judiciales. Este auge por la resolución de conflictos viene ocupando la agenda de las políticas públicas e iniciativas de la sociedad civil interesadas en su impulso.

Otros países también se encuentran desarrollando estrategias en el mismo sentido por influencia de organismos multilaterales y por diagnósticos propios que indican la necesidad de promover políticas e influir en la cultura de la gestión pacífica del conflicto. Sin embargo las evidencias expuestas en esta investigación por medio de la metodología de identificación de *Necesidades Jurídicas* demuestran que de fondo hay problemas estructurales más grandes de lo que se pensaba y problemas de proceso en la implantación de estos mecanismos, provocados por enfoques insuficientes, por lo que es indispensable orientar el debate para analizar estos hallazgos.

La pretensión del siguiente trabajo de investigación es explorar el contexto de posibilidades donde los ciudadanos pueden participar de manera organizada para la gestión de un segmento importante de la conflictividad relacionada con aspectos cotidianos de su vida y demostrar que esa participación puede ser eficaz y oportuna si se hace desde el ejercicio de la democracia y la realización del Estado de Derecho.

La tesis integra varios elementos de investigación; el primero es la utilización de la novedosa metodología de identificación de *Necesidades Jurídicas*, enfoque que puede ser considerado dentro de la corriente del neoinstitucionalismo porque supera la investigación y análisis tradicional de los problemas sociales basado en el funcionamiento de

las instituciones estatales, ciudadanas o económicas, preocupándose más por la forma cómo la población, toma decisiones, interactúa elige, hace uso de ellas y crea de manera espontánea estructura institucional a partir de una elección racional generando predecibilidad, regularidad y confianza.

El antecedente de la presente tesis doctoral esta en las conclusiones del trabajo presentado para obtener el Diplomado de Estudios Avanzados (DEA) en 2009, que trató sobre “*Las necesidades Jurídicas en Colombia, un enfoque a la luz del Desarrollo a Escala Humana*”; de hecho sus conclusiones fueron el punto de partida que dio inicio a mi investigación doctoral, y coincidió que entre el año 2010 y 2013 se aplicó en Colombia la Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas GENNJI, lo que permitió conocer la situación general de la dinámica de los conflictos en las puertas de acceso a la justicia de los diferentes agentes sociales que se involucran en su tramitación.

Dicha encuesta descubre problemas estructurales de la justicia, el más destacado es la enorme área de *caos* de problemas jurídicos que son considerados por los encuestados como de alta afectación que no se resuelven, no reciben algún tipo de gestión. Pero también descubre la encuesta que más de una cuarta parte de la población soluciona sus controversias por medio de arreglos directos, fenómeno saludable puesto que es un indicador de habilidades sociales y el comportamiento más esperado como respuesta a un conflicto. Entre tanto otra cuarta parte de los conflictos son atendidos precariamente por autoridades administrativas y solo un residuo llega a las autoridades del poder judicial.

El estudio comprueba que la participación de los ciudadanos como gestores de conflictos es notoria en el ámbito comunitario, pero no en los escenarios de los operadores que el propio Estado promueve para descongestionar o desjudicializar, como es la conciliación extrajudicial en derecho o en equidad, principalmente porque la población busca autoridad a la hora de resolver sus conflictos. Porque todo sistema jurídico de gestión de conflictos comunitario o formal tiene unos requisitos de existencia, y uno de ellos es la coacción material o simbólica que en el caso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos se vinculan a la misma coacción ofrecida por el sistema formal; y si este no funciona lo demás pierde su poder simbólico.

En estas estadísticas se demuestra que los ciudadanos ayudan a gestionar un segmento de los problemas jurídicos de la población que es seis veces mayor de lo que

resuelven los jueces formales. Estos particulares son en su mayoría juntas de vecinos que en Colombia se denominan *Juntas de acción comunal JAC*; también ayudan oficinas independientes de asociaciones de quejas y reclamos; amigos, familiares, iglesias o líderes religiosos y servicios gratuitos de conciliación especialmente de prácticas universitarias llamados *consultorios jurídicos*.

En esta tesis hace un esfuerzo transdisciplinar para reflexionar en torno a la participación de los ciudadanos; echa mano de la estadística para conocer las dinámicas sociales generadas por la ocurrencia de conflicto en la población; con los resultados de la encuesta en la mano, se realiza un trabajo de interpretación y análisis, los cuales se encontrarán a lo largo de la tesis de manera transversal a medida que se van presentando los temas que conducen a demostrar las hipótesis y cumplir los objetivos.

Siendo este un análisis que parte desde lo ontológico, de la manera cómo la población enfrenta los conflictos realmente o desde el *ser*, fue necesario en la primera parte desarrollar una conceptualización de la manera como se entiende el conflicto en esta perspectiva. De modo que se recoge de los estudios generales para la paz, en las teorías sobre conflicto, el paso conceptual de conflicto en sentido general a problema jurídico, litigio y necesidad jurídica.

Además de la estadística, la conflictología, la teoría de resolución de conflictos y los estudios para la Paz, teóricamente este trabajo se apoya en la sociología jurídica, especialmente en la obra de Boaventura de Sousa Santos y en algunos aspectos en la economía a través del enfoque del neoinstitucionalismo. Por lo que se verán la presentación de las diversas formas de regulación social donde actúa el derecho junto con otras fuerzas sociales y se analizan instituciones y operadores participantes. Se desarrolla el concepto de *problema jurídico*, para a partir de allí identificar *necesidades jurídicas* y diferentes fenómenos o vicisitudes del acceso a la justicia.

Todos los estudios académicos, la literatura jurídica y las normas sobre acceso a la justicia coinciden en que los ciudadanos pueden participar en las funciones de administración de justicia. Desde la promulgación de la Ley 23 de 1991 de Colombia, se cumplen dos décadas de desarrollo e impulso de métodos como el arbitraje, la conciliación en derecho y en equidad como parte del conjuro a los problemas de congestión judicial de Colombia.

Pero la evolución nacional e internacional de los estudios para la paz y la resolución de conflictos y la mística despertada por sus operadores vinieron a demostrar que la



actuación del ciudadano no solo es pertinente por el criterio de descongestión, también es evidente que otras formas de gestionar el conflicto resultaban útiles para acercar a las partes a decisiones más justas y con menores consecuencias o costos sociales.

El continuo crecimiento de la litigiosidad, producto del reconocimiento de nuevos derechos y de la igualdad ante la Ley, hace que el Estado pase de mantener el control de la actividad jurisdiccional, a consolidar a la ciudadanía para convertirla en operadora jurídica de sus propios problemas con versiones de acceso a la justicia alternativas.

Esa participación de los particulares parece escasa comparada con el volumen de problemas jurídicos que la gente padece, pero en realidad es enorme si se tiene en cuenta que no son operadores jurídicos y que cualquier acción que hagan en pro de la gestión de problemas jurídicos es significativa e interesante de investigar.

Los abogados litigantes no prestan asesoría a la mayor parte de los problemas jurídicos siendo que son ellos son la puerta de acceso al sistema judicial. En tanto una décima parte de los problemas jurídicos se concilia extrajudicialmente en derecho o son atendidos por algún otro mecanismo alternativo de solución de conflictos bien ante autoridades administrativas o ante expertos. Lo que se percibe es que estos mecanismos como la conciliación lejos de ser “alternativos” son exageradamente formales, simbólicamente jurisdiccionales y asumidos por autoridades del poder ejecutivo que constitucionalmente no tienen licencia para tomar decisiones de fondo.

El anterior descubrimiento rompe cualquier argumento o discurso institucional que aspira a poner a la administración de justicia como la principal responsable de la gestión de los conflictos, pone en evidencia el fracaso de la gestión del Estado y prende las alarmas sociales ante la anomia en las que están envueltas millones de causas en potencia judiciales que en consideración de las partes fueron de alta afectación. No obstante la anterior situación, al consultar el volumen de asuntos resueltos por el sistema judicial se evidencia que los despachos judiciales están organizados de tal forma que no pueden asumir más carga de trabajo, y un leve aumento de la presentación de demandas judiciales, colapsaría aún más el sistema.

Además de esta encuesta hecha en Colombia, otras fuentes permiten conocer las conflictividades sociales o jurídicas en las que hay particulares que encuentran la manera de resolverla, no necesariamente por casualidad sino por el hábito o la costumbre que han constituido estructuras simbólicas de gestión del conflicto muy sofisticadas. Es así

como de Colombia o España se estudian las principales instituciones donde los ciudadanos resuelven conflictos, mediación, conciliación en derecho y en equidad, etc. También se exponen las instituciones ancestrales que aún perviven y de las cuales se pueden extraer buenas prácticas.

El título de la investigación utiliza palabras como: participación, ciudadanos, gestión y conflicto, por lo que es importante referirse al sentido dado a cada una de ellas para así orientar el debate.

El término *participación* es utilizado para hacer referencia a la organización que los ciudadanos desarrollan para gestionar el conflicto de otros. Dentro de la propuesta del Desarrollo a Escala Humana, por ejemplo, la participación es considerada una de las necesidades humanas, los individuos tienen la libertad de participar o no, sin embargo la legislación puede limitar este ejercicio o la falta de regulación puede también desconocerlo. En el caso de Colombia y España, la regulación en cuanto a participación democrática es similar, no se haya mayores diferencias. En el capítulo donde se hace el estudio a profundidad de las diferentes instituciones sociales por medio de las cuales se gestionan conflictos, se hace un análisis especial sobre el grado de participación, limitaciones y demás aspectos relevantes.

El término *ciudadano* hace referencia a quien es habilitado o autorizado para actuar en nombre de otro, esa actuación que una persona realiza en beneficio de otras para la superación de un conflicto es un acto de ciudadanía, lleva implícito un valor civil de gran importancia social puesto que pone al servicio de la comunidad un capital social acumulado.

Pero esa actuación es más importante aún si se efectúa por medio de organizaciones construidas socialmente y que han alcanzado cierto grado de sofisticación lo que en términos sociológicos se denomina *institucionalización* en el caso de la cultura Wayuú es el palabrero, en el caso de la comunidad de regantes del río Turia es el Tribunal de aguas, en el ejercicio de la conciliación, mediación o arbitramento, es una comunidad que se construye en torno al cumplimiento de las políticas públicas y de los intereses del mercado, no basta con declararlo en la ley.

El primer elemento que da sentido a estas instituciones de construcción social, son los valores civiles que tanto las partes como los operadores despiertan, para reconocer que hay un conflicto y luego participar en la construcción de un acuerdo. Entonces de la *participación de los ciudadanos* se desprenden las preguntas científicas y el pro-

blema que la tesis resuelve, puesto que una de las premisas en un Estado de derecho es que la administración de justicia es una tarea exclusiva del poder judicial.

Otros de los términos empleados es *gestión del conflicto*. La palabra gestión alude a una referencia genérica, es el tratamiento que recibe el conflicto a medida que se va presentado su dinámica; con la palabra gestión no se toma partido frente a la discusión planteada por la doctrina especializada que denominó a esta actividad de participación o intervención en los conflictos, con términos como; “solución”, “resolución” o “transformación”, términos que aluden más a la finalidad u objetivo de la intervención desde una postura del *deber ser* que a lo ocurrido realmente en cada conflicto.

Entonces con el término *gestión* se pretende dar a conocer el fenómeno sin tomar partido o apresurar anticipadamente una conclusión que debe ser el resultado del análisis, intervención en cada conflicto en particular. Simplemente lo que se busca es examinar cuál es la suerte de un conflicto, cuales los resultados en términos de recuperación de la relación entre las partes, estudiar si esa intervención tiene elementos verdaderamente trasformativos para las partes incluso si se quiere o puede ajustar a lo que la doctrina denomina justicia restaurativa.

El título incorpora por último el término *conflicto* es también otro genérico usado más por quienes han estudiado el tema de la *resolución de conflictos* que por los estudios propios de la ciencia jurídica. Para el mundo jurídico el término conflicto resulta un poco extraño, porque lo que llega a los despachos judiciales son litigios, pleitos, controversias, algunos mercantilistas le llamarían negocios, penalistas les dirían denuncias o querellas.

Por lo anterior el presente trabajo se orienta a intentar encontrar, visualizar o poner en evidencia algunos caminos donde la sociedad civil puede construir instituciones que permitan a través de una propuesta integral de intervención por medios restaurativos la gestión de los asuntos que se encuentran en el área de caos sin posibilidades de gestión del Estado.

## Aspectos metodológicos

Hipótesis investigativas

Se propone para orientar la investigación una serie de hipótesis:

1. La gestión del conflicto hecha por ciudadanos es comparativamente menor y de menor importancia en relación con la administración de justicia hecha por el poder judicial de los Estados.
2. La principal función de la participación de los ciudadanos en la gestión del conflicto es satisfacer las necesidades jurídicas no expresadas en la comunidad.
3. La participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos modifica los paradigmas del derecho público, la unidad jurisdiccional o la tutela legal.
4. Promover la participación para la gestión de los conflictos a través de la construcción y fortalecimiento de instituciones ciudadanas contribuye a: la convivencia pacífica, restaurar vínculos sociales destruidos, disminuir el caos.

Objetivo general y específicos

Analizar la participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos

Objetivos específicos

**Reflexionar** sobre la naturaleza y categorías de los conflictos.

**Identificar** en la sociedad cuáles son los contextos regulatorios de esos conflictos.

**Conocer** la manera cómo la sociedad gestiona sus conflictos

**Mostrar** la mayor cantidad de medios, mecanismos, procedimientos o técnicas en las que intervienen los ciudadanos para la gestión de los conflictos de su sociedad.

**Analizar** las condiciones de contexto en que los ciudadanos participan.

**Clasificar** de acuerdo con los elementos comunes

**Proponer** fórmulas de gestión de los conflictos a partir de las buenas prácticas y las vicisitudes examinadas.

Tareas investigativas:

Para el logro de los objetivos específicos esta investigación pretende:

- Conocer cómo es esa participación en la realidad, analizando los conflictos y la forma como realmente estos se presentan en la sociedad.
- Indagar por las diferencias entre someter un conflicto a una gestión pública y someterlo a una gestión hecha por ciudadanos particulares.
- Intentar ir más allá de la versión de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en adelante MASC y las disposiciones legales recientes para ver fórmulas que permitan enfrentar los problemas de la administración de justicia de manera integral, de modo que el ciudadano pueda recorrer desde la reclamación del problema jurídico hasta la ejecución de las decisiones un camino corto y sencillo.
- Descubrir fenómenos interesantes de analizar que surgen después de dos décadas de conciliación en Colombia.
- Investigar en esquemas ancestrales las causas por las cuales perviven estas instituciones a pesar de un sistema de derecho hegemónico.
- Detectar en los estudios de *necesidades jurídicas* un porcentaje estimado de problemas jurídicos y la manera como los afectados los resuelven.
- Constatar en el sistema judicial de Colombia su imposibilidad para alcanzar a gestionar un número siquiera representativo del universo de problemas jurídicos que padece la sociedad.
- Construir instrumentos que permiten analizar los elementos generales y particulares de cada una de estas instituciones.
- Estudiar instituciones ciudadanas según las categorías, para establecer en qué medida estas instituciones contribuyen a la generación de escenarios sociales que permitan la mejor gestión de los conflictos.

Los elementos implicados en estas tareas organizan el contenido de la investigación

Partes	Temas, Títulos y subtítulos	
Parte introductoria Estado de la cuestión Análisis y síntesis descriptivo	Justificación Marco teórico Problema Hipótesis Objetivos Metodología	
Primera: [Construcción del discurso] Análisis documental Construcción de herramientas conceptuales.	Teoría general del conflicto general Investigación para la paz Elementos de análisis de todo conflicto: Actores, contenido, contexto, interacción y dinámica Formas de gestión de los conflictos	
Segunda: [Antítesis]  Análisis descriptivo y valorativo	Necesidades jurídicas Insatisfechas Características de la gestión del conflicto en los sistemas formales de justicia Reflexión y críticas al principio de unidad jurisdiccional. Justicia: Campo para la equidad y el derecho Intervención de los ciudadanos en el Proceso Criminal (Jurados de conciencia) Vicisitudes de la administración de justicia.	
Tercera:  [Tesis]  Análisis inductivo general  Selección de la variables	Instituciones de justicia gestionadas por ciudadanos (Construcción social de la justicia) Autonomía de la voluntad Exógenos y endógenos Participativos e impositivos Positivistas formales y basados en normas sociales Heterocompositivos y autocompositivos Formales e informales De primera y segunda generación Según la tipología del conflicto	
Cuarta: [Tesis]  Análisis inductivo especializado	Matriz general para el análisis de las siguientes Instituciones:	
	<b>Latinoamérica</b> Colombia: Wayúu, Chocó. Perú: Jueces de Paz.	<b>España</b> Tribunal de Aguas de Valencia.
	Conciliación en equidad. Justicia de Paz Arbitraje Justicia Restaurativa	Mediación Arbitraje  Justicia Restaurativa
Quinta: [Síntesis] Discusión Conclusiones	Escenarios de fomento aplicación y utilidad. Integración (Una sola administración de Justicia) Límites de la acción de los ciudadanos. Tutela efectiva desde la ciudadanía. Competencia exclusiva de las autoridades formales Escenario para la realización de la justicia restaurativa	

Gráfica: 1 Metodología de investigación de la tesis

### Metodología de la encuesta de Necesidades Jurídicas:

A lo largo del presente trabajo se utilizará como línea de base y sustento de investigación los resultados arrojados por la Gran Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas en Colombia en adelante GENNJI, contratada por el Ministerio de Justicia de

Colombia, ejecutada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y dirigido por Rodrigo Uprimny entre los años 2011 y 2013.

Además de indagar por las Necesidades Jurídicas en general, la GENNJI desarrolló un módulo específico para conocer el comportamiento del uso de la Conciliación extrajudicial en derecho y demás Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, teniendo en cuenta que su desarrollo ya tiene veinte años y se hace necesario evaluar si esta política pública de acceso a la justicia cumple con los objetivos e institucionalmente que dificultades son evidentes.

### **Antecedentes de medición de Necesidades Jurídicas.**

El antecedente académico para analizar la participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos con la perspectiva metodológica de la necesidades jurídicas obedece a que fue el resultado concluyente del trabajo de investigación hecho para el Diplomado de Estudios Avanzados DEA leído en 2009 en el cual se utilizaron y compararon estudios de necesidades jurídicas hechos con anterioridad en el ámbito de Latinoamérica.

El primer estudio publicado fue hecho en Venezuela en el año 2000 encargado por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en desarrollo del “*Proyecto de Modernización del Sistema de Administración de Justicia Venezolano, financiado por el Banco Mundial*”, ejecutado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, fueron Carmen Luisa Roche, investigadores principales junto con Jacqueline Ritcher, Norma Pérez, Tosca Hernández y Said Dahdad.

Luego en Chile se publicó por la CEPAL el “Método de las Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) y sus aflicciones en América Latina hechos por Feres J.C Y Manceiro, J en 2001. Posteriormente en el año 2004 en Argentina por Böhmer, Pujó, Fernández Valle & Freedman el conocido como “Necesidades Jurídicas insatisfechas, un estudio en el Partido de Moreno; esta metodología de investigación fue promovida por el Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo PNUD que el año 2005 publicó en Buenos Aires, Argentina el “Manual de políticas públicas para el acceso a la Justicia” donde se propone la medición de Necesidades Jurídicas por medio de métodos de encuesta con el propósito de identificar barreras de acceso a la justicia y determinar cuál es la demanda.

Colombia se interesó por esta metodología de modo que en 2008 fue contratado para el Ministerio del Interior y de Justicia y efectuado por Fedesarrollo un estudio titulado “Desarrollo de una metodología para la identificación de Necesidades Jurídicas Insatisfechas de Resolución de Conflictos. También fue analizado el estudio de la Corporación Excelencia en la Justicia hecho en 2007 llamado “Un estudio de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, caso Chía -Cundinamarca y Armenia.

Aspectos técnicos de la Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas en Colombia GENNJI:

Como se viene mencionando, las encuestas de identificación de necesidades jurídicas insatisfechas son metodologías que permiten determinar en la demanda los defectos de la oferta. En este caso específico identificar barreras de acceso a la justicia y analizar el estado de los métodos alternativos de solución de conflictos.



Las poblaciones definidas fueron las siguientes:

	<b>1. Población General</b>	<b>2. Población en extrema pobreza</b>	<b>3. Población con discapacidad</b>	<b>4. Usuarios de conciliación extrajudicial</b>	<b>5. Empresarios</b>	<b>6. Oferta de conciliación extrajudicial</b>
Universo	Censo 2005. Actualización cartográfica a dic. 2011.	Integrantes de Red Juntos –ANSPE— (80 %) y personas en estrato 1 (20 %)	Población con discapacidad motora o sensorial (no cognitiva), de acuerdo con bases de datos de organizaciones sociales, y por concurrencia piramidal.*	Base de datos suministrada por el Ministerio de Justicia, el ICBF y notarías.	Representantes legales de empresas. Bases de datos de cámaras de comercio de cada ciudad	Base de datos suministrada por ICBF, Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho, y Superintendencia de Notariado y Registro
Marco muestral proyectado	10.792.342	109.597	292.818	32.374	525.909	1.283
Número de encuestas	1.103	1.100	1.118	1.102	1.103	584
Fecha de aplicación	6/10/12 – 19/10/12	3/10/12 – 16/10/12	1/11/12 – 27/3/13	22/10/12 – /11/12	22/10/12 – 6/11/12	1/11/12 – 15/2/13

Gráfica: 2 Población encuestada GENNJI tomado de: (MinJusticia 2013)

Entre octubre, noviembre y diciembre de 2012 y enero, febrero de 2013 se efectuaron 5866 encuestas presenciales en el área urbana de 14 ciudades representativas del censo nacional de 2005 con proyecciones poblacionales al año 2011. Se usó la técnica de muestreo probabilístico estratificado, con un margen de error máximo del 3 % (con nivel de confianza del 95 % para proporciones cercanas al 50 %).

Los instrumentos utilizados fueron divididos en cuatro grandes componentes;

- i) Preguntas generales: un grupo de información demográfica, socioeconómica del encuestado y su grupo familiar.
- ii) Lista de conflictos por dimensiones: en una ventana de cuatro años, se preguntó por una serie de 70 clases de conflictos en diez entornos sistémicos de la siguiente forma que se explicita en el anexo.
- iii) Matriz: a medida que el encuestado contestó la ocurrencia de determinado problema jurídico, se utilizó una matriz que permitía determinar lo que el encuestado hizo con ese conflicto, si lo institucionalizó ante autoridades o algún particular, si contó con asesoría de abogado, si intentó un arreglo directo, si no hizo nada y se resignó, además qué tanta afectación le causó ese conflicto.
- iv) Módulos: se le solicitó al encuestado que escogiera dentro de todos los conflictos el último de ellos para saber lo que ocurrió en el lugar donde lo llevó, ante autoridades administrativas, judiciales o particulares, con el fin de identificar las barreras de acceso y reconocer si fue una necesidad jurídica satisfecha o insatisfecha. Finalmente a todos se les hizo preguntas generales sobre el conocimiento de los mecanismos judiciales y alternativos de solución de conflictos.

Principales hallazgos de la encuesta relevantes para esta investigación:

- Los ciudadanos no tienen información sobre sus derechos, no cuentan con asesoría jurídica.
- Los Litigios se fugan de los operadores con poder jurisdiccional.
- Los servicios de conciliación están atomizados en demasiados operadores sin criterio de especialidad y alejados de los focos del conflicto, lo

que ocasiona que la conciliación se oriente a asuntos civiles y se descuide en la conflictividad de mayor ocurrencia.

- Los funcionarios públicos al compartir la función de mediar o conciliar con otras funciones de su cargo, confunden a los usuarios y simbólicamente proyectan autoridad incluso en el escenario autocompositivo.
- Los ciudadanos tienen una idea confusa de quien es el operador que jurisdiccionalmente resuelve su necesidad jurídica, si este es autoridad y por tanto lo que diga o sugiera en el escenario de gestión del conflicto.
- La conciliación en derecho cumple una función disuasoria que no es oportuna para todo tipo de litigios, especialmente si se atiende además de los criterios de orden público la evaluación de los elementos del conflicto y la comprobación por parte del facilitador de que no se está en presencia de juegos o abusos de poder.
- Hay dispersión de materias, los funcionarios atienden sin criterios de especialidad desconociendo los focos del conflicto o los entornos sistémicos.
- No toda la conflictividad es igual en términos de afectación para el ciudadano, la oferta no se organiza con respecto a ese criterio.
- Hay cuestiones de género por resolver dentro del sistema judicial puesto que si el 63% de los usuarios son mujeres, indica que las políticas de Acceso a la Justicia se deben orientar y organizar con ese criterio.
- No es usuaria de la conciliación las generaciones menores de 30 años y los mayores de 60. Puede indicar que esos grupos no sufren Necesidades Jurídicas, o constituyen *demanda no expresada*, o que no existen las condiciones institucionales para que esas poblaciones hagan uso de los MASC.
- Es imprescindible el fortalecimiento de los MASC comunitarios ya que aproximadamente el 10% de esta población acudió a las Juntas de Acción

Comunal y amigos cercanos para resolver su problema jurídico, antes de acudir a otro tipo de particulares o institución para resolver su conflicto.

El trabajo de investigación que sigue se presenta en seis capítulos y un séptimo de conclusiones, cuyos contenidos se resumen a continuación:

El capítulo primero presenta una conceptualización del conflicto a partir del análisis documental de la literatura de resolución de conflictos y se introduce información obtenida en la encuesta con el objeto de romper los esquemas teóricos y presentar una visión de conflicto acorde con los resultados de la encuesta que revelan la elección racional e irracional de la población.

El capítulo segundo se basa en estudios de sociología jurídica que permiten explicar fenómenos sociales y jurídicos, se utiliza como principal fundamento epistemológico el análisis del comportamiento social ante el conflicto y a su vez la dinámica del mismo ante las condiciones sociales, para explicar la gestión directa, desarrollar los conceptos inéditos de lo que se entiende por gestión institucional endógena y exógena, el fenómeno de la No gestión o áreas de caos y la violencia.

La gestión jurídica de los conflictos se presenta en el tercer capítulo como una de tres posibilidades sociales de gestionarlos y como antítesis argumentativa del presente trabajo, puesto que se demuestra a través de la encuesta que el Estado no puede estar obligado a lo imposible, ya que la gestión jurídica es inviable para las magnitudes de litigiosidad que se encuentran sin posibilidades de resolución.

Por lo tanto a partir del capítulo cuarto se inicia a explorar qué posibilidades tienen los ciudadanos para responder a las necesidades de justicia de la población, para esta parte se echa mano de las estadísticas y se hace una revisión de las diversas formas de participación ciudadana que son pertinentes para proponer una solución.

En el capítulo quinto de la investigación se recoge el trabajo de campo; por medio de entrevistas semiestructurada y narraciones orales se conoció de primera mano el funcionamiento de la sociedad Wayúu sin pretensiones de una investigación genuinamente etnográfica. También por medio del análisis documental se exploró el funcionamiento del Tribunal de aguas de Valencia, estos análisis conducen a examinar sus elementos comunes y los factores positivos que pueden contribuir a generar propuestas para mejorar la participación de los ciudadanos.

Finalmente el capítulo sexto, y en menor medida la investigación recurre a la hermenéutica jurídica, con el objeto de interpretar y desentrañar el sentido de la normatividad asociada a la regulación actual sobre la actuación de los particulares en la gestión de los conflictos, cuestión que queda reflejada en una parte del capítulo sexto, en la otra se hace análisis documental para determinar la existencia de metodologías de segunda generación para gestionar conflictos.

# CAPÍTULO I

## CONFLICTOS Y SU CONTEXTO REGULATORIO

Como fue mencionado en la parte introductoria de esta investigación, los contenidos aquí expuestos buscan presentar algunos elementos que construyen el discurso de la *teoría del conflicto* o como le denominan algunos académicos *conflictología*, con el doble objetivo de: i) identificar en qué circunstancias participan los ciudadanos en la gestión del conflicto y en cuales no participan, y ii) Generar propuesta de análisis de conflictos en general de modo que un ciudadano al intervenir en ellos se encuentre con herramientas para comprender y gestionar estratégicamente.

### **1. Aporte de la investigación para la paz a la teoría del conflicto**

La construcción teórica de los conocimientos sobre los conflictos vienen en parte englobados y dados por el aporte que se recibe del nuevo campo de estudio transdisciplinar de la *Paz*. Reconocido como una categoría analítica y normativa como lo explican y recogen es sus obras autores como: Vicenç Fízas en 1998, Johan Galtung en 2003, John Paul Lederach en 2000, Vicent Martínez Guzman en 1995 o Raimon Panikkard en 1993. (López M, dir. 2004, 595)

El avance de las ciencias sociales y las reflexiones académicas surgidas después de las dos guerras mundiales, dieron paso a investigaciones sobre los orígenes o circunstancias que dan lugar a la Paz, como también las causas de la violencia; paz y violencia como objetos de estudio dan lugar a la interpretación de conflicto como el medio que ayuda a moderar los tránsitos entre situaciones violentas y pacíficas:

En todo este proceso, la paz se ha convertido a la vez en una categoría normativa y una categoría analítica. La normatividad de la paz hace que la podamos percibir como un deseo, un valor que nos indican cómo queremos que se regulen los conflictos de manera que satisfagamos lo mejor posible las necesidades de los individuos y las sociedades. Como catego-

ría analítica nos permite reconocer las experiencias humanas en las cuales se han regulado los conflictos pacíficamente...qué circunstancias los han posibilitado, y cómo proyectar futuros que se construyan de acuerdo con estas exigencias (López M, dir. 2004, 597).

Todo investigador en Ciencias Sociales tendrá que ver con la gestión y transformación de conflictos como elemento transversal de su especialidad; en las relaciones internacionales, la economía, las políticas públicas, la seguridad y defensa, la psicología, la educación, la empresa, entre otros.

La investigación para la paz identifica en el desarrollo y la calidad de la democracia en el mundo un factor importante para el mantenimiento de la paz, tanto interna como externa. También en las estructuras institucionales conseguidas en la modernidad, como por ejemplo los estados nación o los sistemas garantistas de administración de justicia, desarrollan políticas públicas que se considera aseguran el mantenimiento de la paz y garantizan el ejercicio de libertades.

La investigación para la paz involucra los estudios sobre el origen de la violencia y sus diferentes matices (violencia directa, estructural o cultural como lo señala Johan Galtung), las circunstancias que dan lugar a escaladas que ocurren entre civilizaciones, bloques, países, etnias, comunidades o familias, y que son provocadas a menudo justamente por desgaste institucional, ya que si las estructuras de poder no logran gestionarlas, la historia se encarga de resolverlos a su manera.

Así entonces surgen o se revalorizan nuevas estructuras y formas de hacer que resultan eficaces para conseguir superar la violencia, las faltas de atención institucional y el caos. De la identificación de factores y de buenas experiencias está construido el nuevo discurso del campo transdisciplinar de la paz y la gestión del conflicto (Grasa R 2010, 84-90).

Los estudios de la paz se nutren de diversos campos del conocimiento, el derecho es uno de ellos, las relaciones internacionales, interétnicas e interculturales, también; inclusive las ciencias del comportamiento y hasta la tecnología aportan a la paz; la cuestión es establecer cuáles pueden ser las mejores maneras para llevar el campo de la resolución de conflictos a la mano de muchos, como posibilidad real de cambio del modelo cultural.

## 2. El conflicto

Un conflicto es un proceso con fases latentes o expresadas con aumentos o disminuciones de intensidad, de forma que el análisis de un conflicto, exige un enfoque *diacrónico* que tenga en cuenta su historia y su evolución, además un enfoque *sincrónico* que se preocupa por el instante en que se captura cada suceso, hecho o circunstancia. No tener en cuenta estos dos ejes conduciría a una apreciación equívoca de la realidad.

De allí los aportes hechos por algunos investigadores de la paz y los conflictos como Vicenç Fisas (2006, 29-30), para quien abordar un conflicto es valorar sus antecedentes y refiere la metáfora del árbol en la que solo vemos su tronco pero ignoramos el tamaño de las raíces.

Los conflictos tienen su propia dinámica, de ahí que no siempre las mismas conductas tengan las mismas consecuencias. También existen causas que provocan la *escalada*, vinculadas con las frustraciones por no alcanzar objetivos o realizaciones, polarizaciones entre puntos de vista o formas de hacer, percepciones diferentes de la realidad, falta de comunicación o patologías.

### 2.1 Definición de conflicto en sentido general

Un concepto tan amplio como el de “conflicto” suscita muy diversas definiciones o interpretaciones, desde las muy generales hasta las muy restrictivas, y asociadas con frecuencia al ámbito del conocimiento en que se crean.

Así una definición muy amplia sería: “conflicto es todo contacto de dos o más proyectos que produce la modificación de, al menos, uno de ellos” (Bolaños C, Acosta A 2009, 62) que permite un análisis de toda evolución desde el conflicto, y una mucho más restrictiva, propia del ámbito jurídico, sería la ofrecida por Leticia García Villaluenga citando en parte a Pruitt y Rubin “ ‘Divergencia percibida de intereses, o una creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente.’ Percepción, interdependencia e incompatibilidad, tienen que estar presentes para que podamos hablar de conflicto” (García L 2006, 141)

La ampliación del concepto de conflicto al análisis de la realidad social se ha de mover entre ambos extremos, lo que permite abordar desde los conflictos individuales más generales e indefinidos a los más concretos y estructurales.



Era indispensable hacer referencia a los estudios de la paz y de la violencia para establecer que el conflicto como categoría conceptual no hace referencia a aspectos negativos, se presenta más como un procedimiento, medio o estado de transición entre el choque de intereses, que sitúan a los sujetos en extremos diferenciados y a soportar dinámicas que tienen la contingencia de tornar en tres posibilidades: crisis violenta, superación pacífica o permanencia en área de caos sin posibilidades de transformación.

Uno concepto de conflicto de amplitud intermedia en el anterior sentido lo ofrece Vicenç Fisas:

Un *proceso interactivo* que se da en un contexto determinado. Es una construcción social, una creación humana diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia aunque no violencia sin conflictos), que puede ser positivo o negativo según se aborde o determine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (puede convertirse en Paz) por las mismas partes con o sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que como resultado se dan disputas (...) (Fisas V 2006, 31).

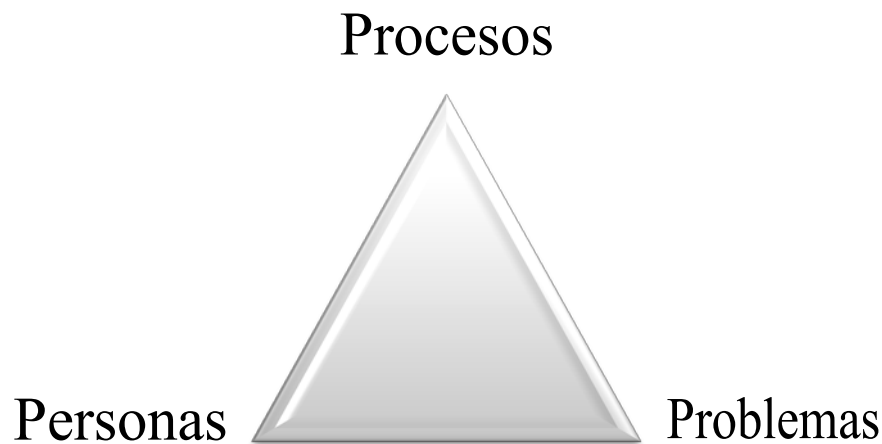
Consecuente con lo anterior Vicenç Fisas también hace referencia a los *factores de aceleración* incluso degeneración en violencia; o el surgimiento de rumores, la referencia a vocabulario bélico, por medio de la apología de la violencia o la influencia de la opinión desinformadora, son componentes que alimentan el conflicto violento.

Surgen entonces extremos inseguros, que dan apariencia de control de la situación, pero de fondo hay temor, hostilidad, inclinación al uso de la fuerza, imaginarios de enemigo y estereotipos que dificultan cada vez más las posibilidades de arreglo (Fisas V 2006, 36).

Dicho esto, a continuación se analizan los elementos que hacen característico un conflicto de aquello que no lo es, para luego dar paso a hablar de gestión y de los poderes de regulación.

### 3. Elementos del conflicto

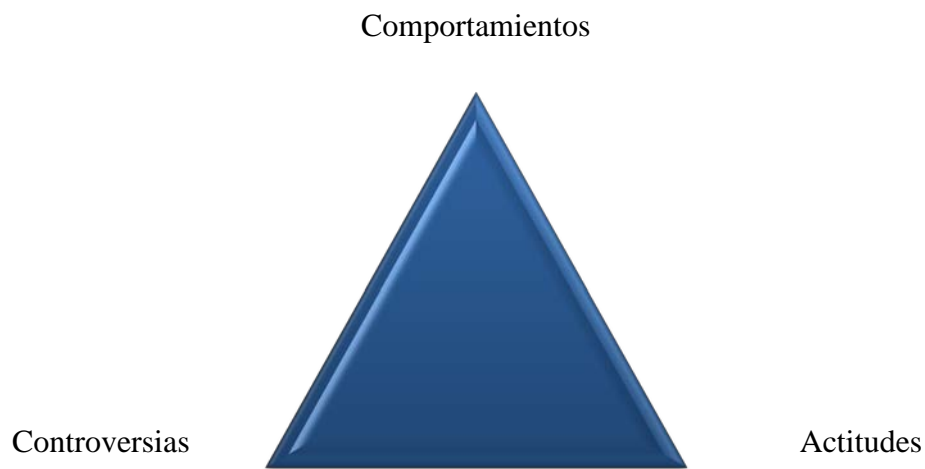
Para hacer adecuada gestión del conflicto es preciso establecer cuándo se está en presencia de él y cuáles elementos pueden contribuir a hacer adecuados análisis de casos en particular. Hay algunos autores que lo identifican a partir de elementos característicos más objetivos, como Juan Pablo Lederach (1993) que se refiere a: i.) proceso, ii) personas, iii) problemas:



Gráfica: 3 Visión triangular del conflicto, tomado de: (Lederach J 1993)

También Johan Galtung dentro de sus obras presenta interesantes referencias a la conceptualización del conflicto. Él lo entiende como: “una incompatibilidad que ocurre dentro de un sistema basado en la persecución de objetivos” y lo relaciona con: i.) conductas, ii) actitudes, iii) situación (Grasa R 2010, 86). Galtung diferencia el “conflicto directo” como aquel que ocurre entre partes, del “conflicto estructural” que es aquel presente en la sociedad.

## Estructura del conflicto (Galtung)



Gráfica: 4 Visión triangular del conflicto tomado de: (Galtung J 2003).

También en J.P. Bonafe Schmitt (1988) en una aproximación sociojurídica describe el conflicto como un proceso social que se transforma en tres fases i.) agravio, ii) reclamación iii) controversia.



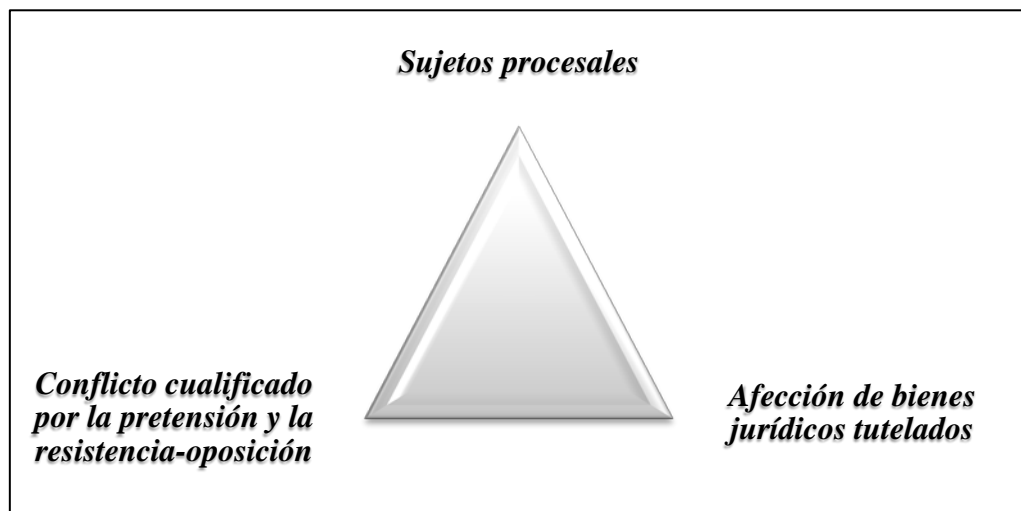
Gráfica: 5 Visión triangular del conflicto tomado de: (Bonafé J 1988,197)

Ante el *agravio* es donde se ve el conflicto como una construcción social; todo litigio comienza por ahí, es una fase de consciencia donde se atribuyen culpas a otra persona o entidad social, como en este caso lo señala J.P. Bonafé Schmitt, quien desde

la década de los ochenta del siglo pasado había analizado la situación de los sistemas judiciales de Francia y Estados Unidos, en exploración de las posibilidades de desarrollar sistemas de justicia independientes del oficial. El agravio provoca tres reacciones: la inacción, la reclamación directa o la elección de una tercera persona.

Entonces surge la *reclamación* el hecho de intentar el surgimiento de *arreglos directos* con la contraparte; ante su rechazo ocurre la denominada *controversia* o litigio. Este es el camino que recorre el conflicto en búsqueda de su solución judicial (Bonafé J 1988,198).

El litigio, como categoría de conflicto que es, también lo caracterizan tres elementos explicados en la teoría general del procedimiento de Francesco Carnelutti: i) sujetos procesales, ii) afección de bienes jurídicos tutelados, iii) conflicto cualificado por la pretensión y la resistencia-oposición (Carnelutti F 1994, 28).



Gráfica: 6 Visión triangular del conflicto, Tomado de: (Carnelutti F 1994, 28)

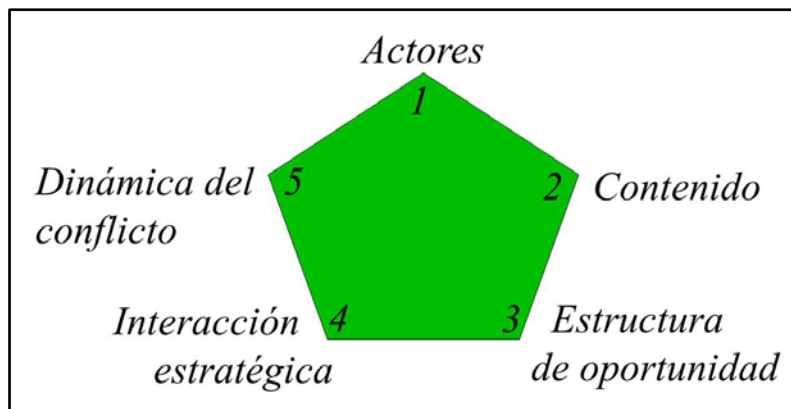
Explicada a lo largo de su obra la Teoría General del Derecho, Carnelutti hace una reflexión casi sociológica sobre la caracterización del conflicto donde lo expone como una *situación* que es como una fotografía (eje sincrónico) y un *hecho* como a una película (eje diacrónico) (Carnelutti F 2003,16), considerando que los *hechos* son *actos* que pueden ser voluntarios o involuntarios llamados a combinarse como complementarios:

La fuerza vital, consiste precisamente en que los que tienen vida sientan estímulo hacia tal combinación. El estímulo actúa mediante una sensa-

ción agradable cuando la combinación se produce. Esta tendencia hacia la combinación de un ente vivo con un ente complementario constituye una “necesidad” que se “satisface” con la combinación (Carnelutti F 2003, 49).

El ente apto para satisfacer una necesidad es un “bien” *bonorum quod beat*, se denomina así porque justamente hace el bien, esa condición de aptitud de los bienes para satisfacer las necesidades es lo que constituye su “utilidad”. La relación entre el ente que experimenta la necesidad y el ente apto para satisfacerla es el denominado “interés”. El interés es por tanto la utilidad específica de un ente respecto de otro. El choque de un interés con otro es el conflicto, por consiguiente el antónimo de conflicto será la solidaridad (Carnelutti F 2003, 49).

Vicenç Fisas va más allá, y considera que el conflicto puede darse cuando existen los siguientes cinco elementos: i) actores, ii) pleitos, iii) estructura de oportunidad, iv) interacción estratégica y v) dinámica del conflicto (Fisas V 2006, 31-32). Curiosamente resulta un pentágono que a manera de metáfora se utilizará en este trabajo para representar y hacer análisis de los conflictos de manera general, lo que permitirá identificar el ámbito de actuación de los particulares.



Gráfica: 7 Estructura o elementos del conflicto, elaboración propia basada en Fisas V (2006, 31-32)

Al recoger los anteriores aportes se puede concretar que para analizar un conflicto y hacer una lectura de él es necesario observar los siguientes aspectos:



A continuación se presenta la descripción de cada uno de ellos:

### 3.1. Primero: Extremos participantes



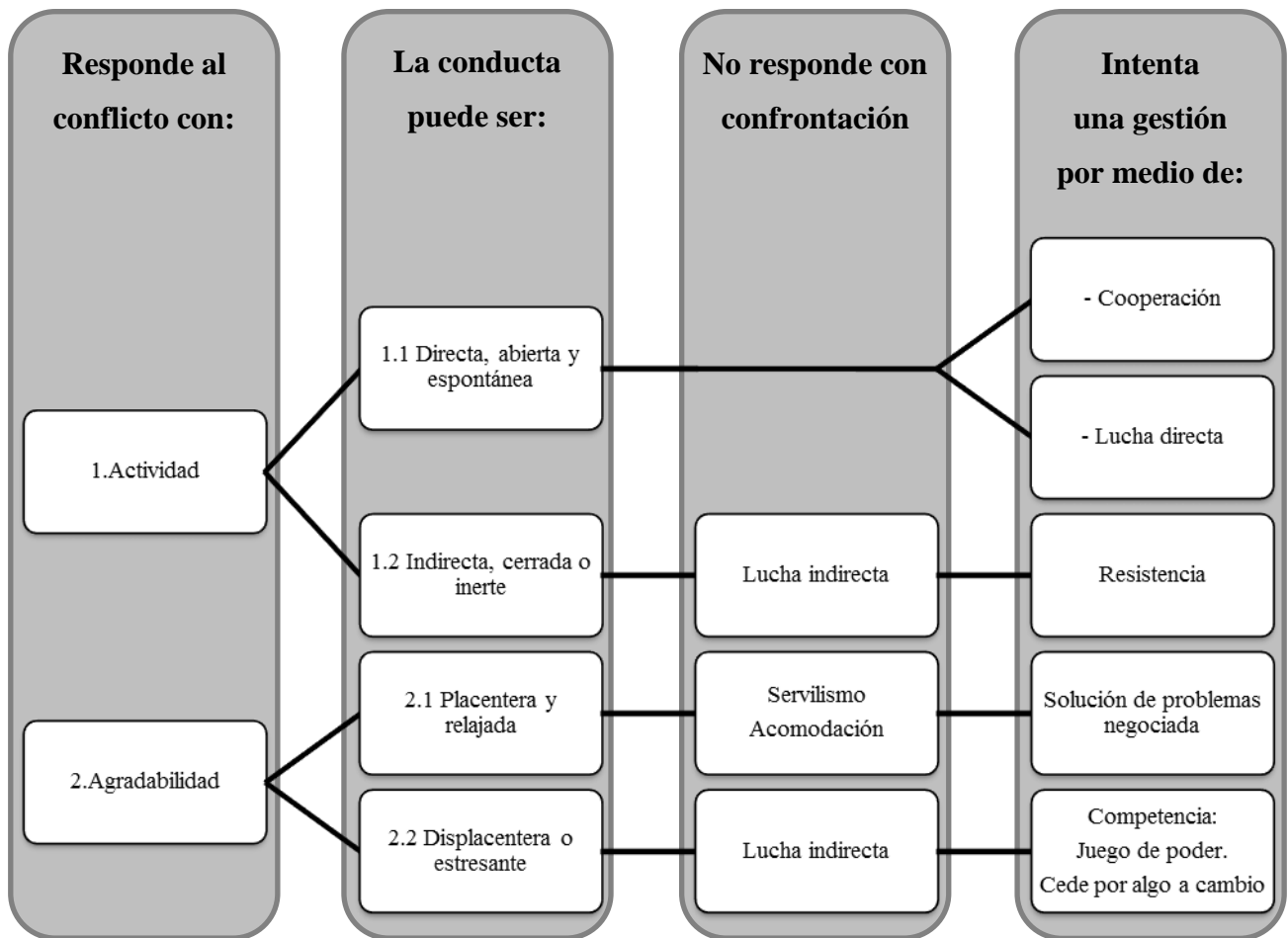
Siempre que existe un conflicto se identifica un número plural de extremos; de un lado ha de existir *resistencia* y del otro *oposición* como lo señala (Carnelutti F 2003) esto supone que las situaciones de índole intrapersonal escapan al objeto de estudio de la resolución de conflictos y en particular a este trabajo de investigación.

#### 3.1.1 Estilos de confrontación y conductas asumidas por los extremos participantes.

De la conducta de los actores, la de sus dirigentes y su poder de influencia depende la gestión positiva o satisfactoria del conflicto. Los investigadores de psicología social de la Universidad de Sevilla en su trabajo sobre “Gestión del conflicto, negociación y mediación”, publicado en 2005 analizaron esta cuestión y encontraron un completo aporte en la publicación del *Journal of Personality and Social Psychology*, 66, hecho por Van de Vlierl, E y Euwema, M.C., titulado “*Agreableness and activeness as components of conflict behavior*” del cual se desprende la siguiente conceptualización en la que se indica que ante el conflicto se puede expresar: i) actividad o ii) agradabilidad:

La actividad se define como el grado en el que la conducta de gestión del conflicto es directa, abierta y espontánea –más que indirecta, cerrada o inerte–, y la agradabilidad como el grado en que la conducta de gestión del conflicto es placentera y relajada, más que displacentera o estresante (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 60).

Así por ejemplo los extremos ante el conflicto pueden decidir confrontar o no confrontar asumiendo algunas de las siguientes posibilidades:



Gráfica: 8 Respuesta de los extremos ante el conflicto, elaboración propia basada en: Van de Vlierl, E y Euwema, M.C (1994)

Lucha directa: Es una conducta de dominación que se refiere a la confrontación abierta, donde uno de los extremos de manera egoísta quiere obtener los objetivos sin importar las personas afectadas, ignorando las necesidades y expectativas de los adversarios. Dentro de esta conducta se incluyen las amenazas, acusaciones, presiones, lenguaje bélico, presuntuoso o hiriente (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 62).

Estas alternativas se relacionan con los denominados *estilos de afrontamiento del conflicto* como se esquematiza a continuación, sin pretender ser exhaustivos:

Lucha indirecta: Es otra conducta de dominación que busca evadir el punto central que origina el conflicto e irse por caminos diferentes para mantener las ventajas a su favor o evitar responder por los perjuicios, dentro de estas se encuentra la *resistencia activa* para obstruir los planes del oponente o formar alianzas externas. El *sabotaje* que intenta destruir los intentos de la contraparte para hacer la reclamación, mediante el des-

conocimiento de evidencia o negación de los hechos, prolongación de la discusión, apelando a cuestiones de procedimiento o de competencia (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 64). También se denominan *prácticas del control del proceso* donde por medio de una especie de “guerra fría” la parte que sufre las consecuencias del conflicto ve frustradas las posibilidades de solución. Un ejemplo de esta lucha indirecta es el incumplimiento o no comparecencia a mediar o conciliar los conflictos, este es un problema que ocurre en las tres cuartas partes de los casos de conciliación en derecho en Colombia; las partes no acuden a la citación manteniendo de esta forma la tensión y dirigiendo los conflictos al trámite judicial (MinJusticia 2013).

**Solución de problemas:** Esta conducta es la más deseada en términos de habilidades sociales, pues resulta de una recíproca actividad colaborativa y de cooperación para alcanzar un acuerdo satisfactorio en el que las partes asignan recursos económicos, sociales o temporales, lo que permite reducir costes en la gestión del conflicto. Se caracteriza porque la conducta de la parte se orienta a la reparación e indemnización completa de los daños o perjuicios, sin que el extremo afectado tenga que acomodarse o resignarse a perder algo que estaba en juego (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 62).

**Conducta de compromiso:** Se refiere a aquellos casos donde la conducta de los extremos se ve forzada a hacer renunciaciones, ceder en sus pretensiones, los intereses de las partes se encuentran maximizados y el acuerdo solo se logra por concesiones mutuas (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 61).

**Conducta de servilismo o acomodación:** Se trata de una acción donde se amolda al punto de vista del oponente sin mayores resistencias, bien sea por altruismo, razones normativas de la cultura el mercado o el derecho, es una conducta que el sujeto realiza por diferentes motivos; de forma estratégica para preservar la relación o que prevé que jurídicamente la perdería (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 61). En esta conducta no hay confrontación del conflicto y es una de las razones por las que no se hablaría de necesidad jurídica a pesar de existir una situación fáctica que en otro contexto se reclamaría.

**Conducta de evitación:** Se identifica que hay un conflicto pero el extremo afectado, niega, elude o evade su existencia, no hace confrontación por motivaciones diversas; considera trivial o irrelevante el asunto, teme la confrontación y evita pensar o reflexionar (Medina F, Luque P, Cruces S, 2005 60). Puede considerarse como una *ne-*



*cesidad jurídica no expresada* por quien la sufre, porque desconoce sus derechos, es el caso de las deudas de mínima cuantía no reclamadas o la violencia machista.

Las anteriores conductas son indispensables de analizar tanto para el que interviene en la gestión de los conflictos como quien toma decisiones de política pública, teniendo en cuenta que conociendo el perfil de los extremos se establece qué tipo de gestión requiere cada caso, en la evitación es indispensable una labor pedagógica y fortalecimiento emocional, en las conductas de dominación directa o indirecta es indispensable la intervención coactiva del Estado, por cuanto es en ese perfil de conducta que se encuentra la mayor parte de los abusos de poder.

También es indispensable identificar los eventuales fantasmas, esos otros que en el momento del abordaje pueden constituir la clave para el escalamiento o la buena gestión. Los diferentes medios de movilización en el evento en que se trate de una asunto colectivo, el nivel de compromiso con el conflicto, lo que significa la evaluación de opciones que se desprenden de la relación con la contraparte, o alternativas que eliminan el conflicto mediante otras soluciones ajenas a la disputa.

### **3.1.2 Niveles de conflictos**

Sobre los extremos en los conflictos, Johan Galtung (2010) presenta una clasificación para explicar su propuesta de gestión de conflictos denominada en castellano *El método de trascender en mediación*, donde enseña diferentes niveles de conflictos que tienen relación con los extremos o los actores que intervienen y a su vez la dimensión en la que se viven:

Micro: Surge entre personas, según algunos expertos incluido el propio Galtung, los más fáciles de resolver, la cuestión con este tipo de conflictos es el elevado número que se presenta en la sociedad y la subestimación para garantizar oportunidades de gestión, también se le considera como un dilema o disputa.

Meso: Se presenta ente el grupo social, son los problemas familiares o vecinales.

Macro: Presentes entre las sociedades, Estados o grupos sociales, es el nivel en que se incluyen las guerras civiles y las guerras entre naciones.

Mega: Ocurre entre regiones y civilizaciones, uno de los trabajos que estudió e identificó este nivel de conflicto en el publicado por Samuel Huntington (1993) sobre el *¿choque de civilizaciones?*

Meta: Son los conflictos mundiales organizados en bloques por intereses e ideologías (Galtung J 2010).

Es difícil identificar los niveles a los que pertenece un conflicto, pues los conflictos a nivel *micro* pueden ser la manifestación de un conflicto *meta*, como explica Fernando Montiel en su conferencia sobre la obra de Galtung (2013). Entonces desde el punto de vista de los ciudadanos en la gestión de los conflictos es completamente posible que un simple ciudadano pueda contribuir en la gestión de un conflicto de cualquiera de los anteriores niveles sin importar lo *micro* o lo *meta* que este sea.

## 3.2 Segundo: Contenido de la discusión en los conflictos



Respecto del segundo elemento, el contenido del conflicto, Vicenç Fisas lo relaciona a “controversias o pleitos...”; son el choque o motivo de colisión que conforma la controversia sin el cual no hay lugar a su existencia, que pueden suceder por múltiples circunstancias de la vida humana; como el reparto de recursos escasos: poder, patrimonio, territorio, prestigio, legitimidad, privilegios, sucesiones, cultura... Nótese que aquí *pleito* no tiene necesariamente un sentido jurídico.

También presentarse por el desacuerdo sobre objetivos y medios: entre extremistas y moderados o pesimistas y optimistas, entre los que quieren negociar y los que insisten en vencer, o sobre los valores: Definición de lo que está bien y está mal, lo importante; sobre la identidad colectiva o sus amenazas.

Existen litigios irracionales sin causa justificable: Sentimientos de odio y venganza, aprovechamiento de los juegos de poder motivados por: frustración, sadismo, paranoia, fanatismo, masoquismo: Producto de un pasado mal asimilado, apertura de viejas heridas, o reivindicación de situaciones violentas (Fisas V 2006,72).

### 3.2.1 Conflicto como expresión de necesidades humanas

La presencia del conflicto surge de la motivación de una necesidad humana; así lo presenta John Burton cuya obra *Conflict: Human Needs Theory* (1990) contribuyó al análisis de conflictos; el conflicto afecta valores fundamentales, especialmente de gente que por ejemplo está dispuesta a matar o morir por necesidades humanas asociadas a factores como: i) desarrollo, ii) identidad, iii) seguridad (Alzate R 1998,19).

En la obra de John Burton (citado en Alzate 1998), las motivaciones humanas tienen que ver con tres aspectos:

Interés; que cambia según las circunstancias, aspiraciones sociales, políticas o económicas. Cuestión que también llama la atención de Carnelutti de quien se dijo que para la existencia de un conflicto era necesario el *in-*

*terés* (2003) que no es otra cosa más que libre albedrío, autonomía de la voluntad.

Valores; que se relacionan con la costumbre, creencias y cultura.

Necesidades; consideradas como las motivaciones universales, primordiales, genéticas, que serán perseguidas por todos los medios disponibles y que resultan esenciales para el desarrollo del individuo, impulsos compartidos por todo individuo social (Alzate R 1998, 20).

En esta perspectiva, “todo conflicto es la expresión trágica de una necesidad insatisfecha”, conclusión a la que llegan otros autores norteamericanos como Gabriele Seils y Marshall Rosenberg (2011, 35). Idea que sirve de pretexto para desarrollar una interpretación del conflicto vinculada al desarrollo de las sociedades, que sugiere aplicar una gestión diferente a la judicialización convencional, a lo que se refieren Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger en su clásica obra “la promesa de la mediación”:

La incapacidad asociada típicamente con el conflicto proviene de la existencia de un problema no resuelto acerca de cómo satisfacer simultáneamente necesidades incompatibles. Esta visión de que el conflicto surge de las necesidades insatisfechas e incompatibles conduce a un enfoque correspondiente, a saber que la respuesta ideal al conflicto es adoptar medidas de colaboración para resolver los problemas identificados. El tratamiento de los conflictos significa hallar soluciones que satisfagan las necesidades de todas las partes comprometidas en el más alto grado posible (Buch R y Folger J 1996, 96-97).

### **3.2.2 Categorías de conflicto según las necesidades humanas**

Existe una metodología propuesta por un equipo de investigadores encabezada por Manfred Max Neef (1993) que permite potenciar el “Desarrollo a Escala Humana” en adelante DEH a partir de las necesidades humanas, mediante la utilización de una matriz que cruza necesidades existenciales y axiológicas, esta metodología es un recurso importante para la identificación de necesidades humanas:

Necesidades según categorías existenciales	Ser Atributos personales o colectivos	Tener Instituciones, normas, mecanismos, herramientas, leyes, etc.	Hacer Acciones personales o colectivas	Estar Espacios y ambientes
Necesidades según categorías axiológicas				
SUBSISTENCIA	1/ Salud física, salud mental, equilibrio, solidaridad, humor, adaptabilidad.	2/ Alimentación, abrigo, trabajo.	3/ Alimentar, procrear, descansar.	4/ Entorno vital, entorno social.
PROTECCIÓN	5/ Cuidado, adaptabilidad, autonomía, equilibrio, solidaridad.	6/ Sistemas de seguros, ahorro, seguridad social, sistemas de salud, legislaciones, derechos, familia, trabajo.	7/ Cooperar, prevenir, planificar, cuidar, curar, defender.	8/ Contorno vital, Contorno social, morada.
AFECTO	9/ Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad, pasión, voluntad, sensualidad, humor.	10/ Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines.	11/ Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar. Apreciar.	12/ Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro.
ENTENDIMIENTO	13/ Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina, intuición, racionalidad.	14/ Literatura, maestros, método, políticas educacionales comunicacionales.	15/ Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar, meditar, interpretar.	16/ Ámbitos de interacción formativa: escuelas, universidades, academias, agrupaciones, comunidades, familia.
PARTICIPACIÓN	17/ Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega, respeto, pasión, humor	18/ Derechos, responsabilidades, obligaciones, atribuciones, trabajo.	19/ Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar.	20/ Ámbitos de interacción participativa: cooperativas, asociaciones, iglesias, comunidades, vecindarios, familia.
OCIO	21/ Curiosidad, receptividad, imaginación, despreocupación, humor, tranquilidad, sensualidad.	22/ Juegos, espectáculos, fiestas, calma,	23/ Divagar, abstraerse, soñar, añorar, fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar.	24/ Privacidad, intimidad, espacios de encuentro, tiempo libre, ambientes, paisajes.
CREACIÓN	25/ Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad, autonomía, inventiva, curiosidad.	26/ Habilidades, destrezas, método, trabajo.	27/ Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar.	28/ Ámbitos de reproducción y retroalimentación, talleres, ateneos, agrupaciones, audiencia, espacios de expresión, libertad temporal.
IDENTIDAD	29/ Pertenencia, coherencia, diferencia, autoestima, asertividad.	30/ Símbolos, lenguaje, hábitos, costumbre, grupos de referencia, sexualidad, valores, normas, roles, memoria histórica, trabajo.	31/ Comprometerse, integrarse, confundirse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crecer.	32/ Socio-ritmos, entornos de la cotidianidad, ámbitos de pertenencia, etapas madurativas.
LIBERTAD	33/ Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura, determinación, audacia, rebeldía, tolerancia.	34/ Igualdad de derechos	35/ Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar.	36/ Plasticidad, espacio-temporal.

Gráfica: 9 Matriz de necesidades humanas según Max Neef (1993)

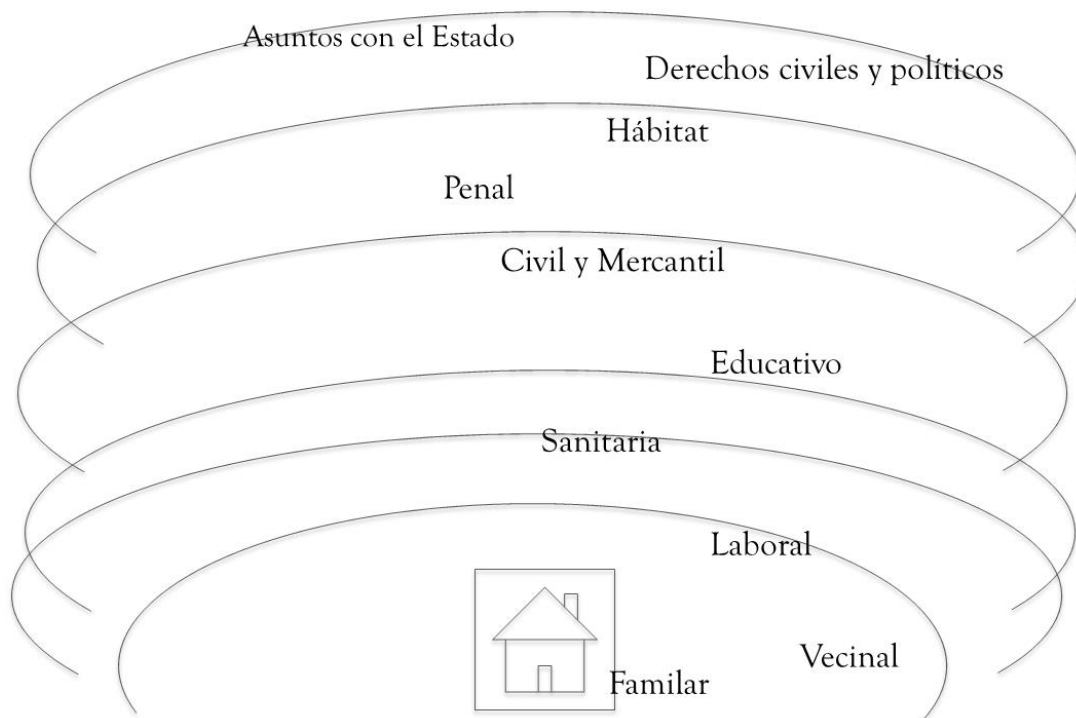
El anterior cuadro es tomado de la obra: “Desarrollo a Escala Humana, conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones” (Max-neef, et al, 1993). La filosofía de esta propuesta fue incorporada en Colombia para la identificación de necesidades jurídicas en la referida Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas GENNJI (MinJusticia 2013).

Según el Desarrollo a Escala Humana, la satisfacción de una necesidad humana depende de la potenciación o influencia de factores negativos o positivos (satisfactores); es lógico que la regulación del derecho y la administración de justicia intervengan de manera directa sobre la satisfacción de las necesidades humanas (Max-Neef, M, Elizalde, A, Hopenhayn, M 1998).

Es por esta razón que un Estado debe promover un modelo de justicia que actúe como *satisfactor sinérgico* de modo que logre incidir en la superación de las necesidades humanas de la población, con el objetivo de garantizar la calidad de vida de los ciudadanos y contribuir a corregir los desequilibrios que impiden una sociedad sustentable, es por esto que se justifican estudios de Necesidades Jurídicas como los hechos por el Ministerio de Justicia de Colombia (2008) (2013), que midan el volumen de conflictos.

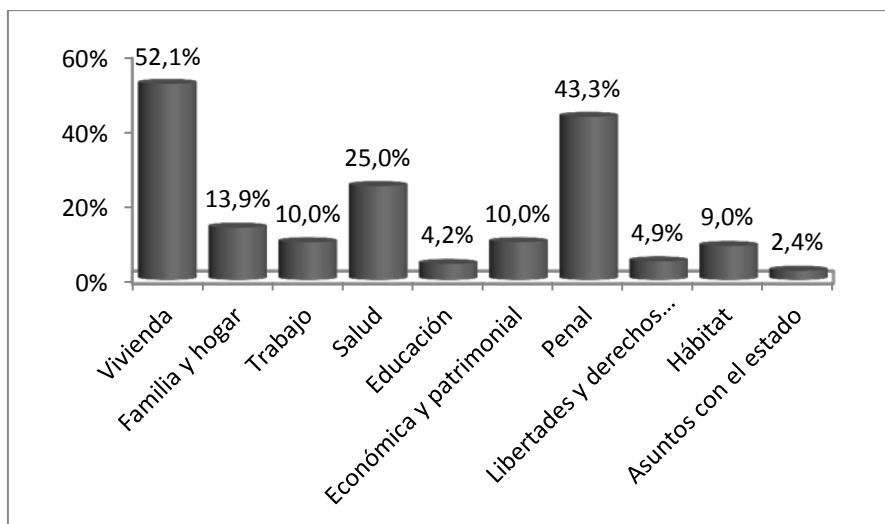
### **3.2.3 Conflictividad identificada por medio de la GENNJI**

Además de considerar que el contenido de un conflicto está vinculado a necesidades humanas es fundamental establecer el entorno o anillo sistémico al que pertenece; una alusión parecida hace Ramón Alzate y otros investigadores (2013) al referirse a la estructura del sistema social propuesto por Dugan en 1996. Pero al contrario de ellos se parte de considerar que todos los conflictos que le ocurren a los ciudadanos son de relación y ocurren a medida que el ciudadano se ve afectado por los diferentes subsistemas del medio que lo rodea.



Gráfica: 10 Contenido del conflicto según dimensiones sistémicas

Para la encuesta realizada por el Ministerio de Justicia GENNJI se construyeron instrumentos de medición de necesidades jurídicas teniendo en cuenta el cruce de las necesidades humanas con los entornos sistémicos; partiendo de preguntarse en qué escenarios el individuo tiene conflictos, desde su círculo más íntimo y familiar hasta lo contenciosos que enfrenta con el Estado. Para esta elaboración no se tiene en cuenta si el conflicto se encuentra protegido por un derecho o es reglamentado o limitado por las normas jurídicas.



Gráfica: 11 Incidencia de los conflictos por entorno: GENNJI (MinJusticia 2013)

La encuesta arrojó como resultado que los conflictos relativos a la vivienda dentro de los cuales se incluyen los asuntos vecinales son los de mayor incidencia, seguidos por los penales especialmente el hurto, luego los relativos a la salud especialmente por la negación del servicio responsabilidad de la Empresas Prestadoras de Salud (EPS), luego los relativos al trabajo, económica patrimonial, hábitat. El entorno de menor afectación o el menos visible fue el de libertades y derechos civiles, educación y asuntos con el Estado:

A continuación se puede ver con más detalle la distribución de los entornos del conflicto en las distintas poblaciones definidas.



<b>Población General</b>	<b>Población Pobreza</b>	<b>Población Discapacidad</b>	<b>Población Empresarios</b>	<b>Población usuarios de Conciliación</b>
<b>Frecuencia Alta:</b>	<b>Frecuencia Alta:</b>	<b>Frecuencia Alta:</b>	<b>Frecuencia Alta:</b>	<b>Frecuencia Alta:</b>
52 % Vivienda PROTECCIÓN SUBSISTENCIA	67 % Penal PROTECCIÓN	20 % derechos civiles y Políticos PARTICIPACIÓN LIBERTAD	71,9 % Penal PROTECCIÓN	37,5 % Familia hogar AFECTO SUBSISTENCIA
43 % Penal PROTECCIÓN	60 % Vivienda PROTECCIÓN SUBSISTENCIA	<b>Frecuencia media:</b>	25,3 % Inmueble de la Em- presa PROTECCIÓN	29 % Penal PROTECCIÓN
25 % Salud PROTECCIÓN	32 % Familia hogar AFECTO SUBSISTENCIA	18 % Penal PROTECCIÓN		28,1 % Vivienda PROTECCIÓN SUBSISTENCIA
<b>Frecuencia media:</b>	31 % Salud PROTECCIÓN	16,5 % Vivienda PROTECCIÓN SUBSISTENCIA		<b>Frecuencia media:</b>
14 % Familia hog AFECTO SUBSISTENCIA	<b>Frecuencia media:</b>	14,7 % Salud PROTECCIÓN	<b>Frecuencia media:</b>	16,9 % Económica y patrimonial SUBSISTENCIA
10 % Trabajo SUBSISTENCIA OCIO	12 % derechos civiles y políticos PARTICIPACIÓN LIBERTAD	11 % Hábitat PROTECCIÓN	9,6 % relaciones laborales	9,6 % Salud PROTECCIÓN
10 % Económica y patrimonial SUBSISTENCIA	12 % Hábitat PROTECCIÓN	<b>Frecuencia baja:</b>	SUBSISTENCIA OCIO	<b>Frecuencia baja:</b>
<b>Frecuencia baja:</b>	11 % Económica y patrimonial SUBSISTENCIA	8,8 % Familia hogar AFECTO SUBSISTENCIA	<b>Frecuencia baja:</b>	5,4 % Trabajo SUBSISTENCIA OCIO
9 % Hábitat PROTECCIÓN	<b>Frecuencia baja:</b>	4,6 % Económica y patrimonial SUBSISTENCIA	8,0 % Económica y patrimonial SUBSISTENCIA	2,9 % Hábitat PROTECCIÓN
5 % derechos civiles y Políticos PARTICIPACIÓN LIBERTAD	8 % Educación ENTENDIMIENTO	3 % Trabajo SUBSISTENCIA OCIO	5,6 % Gobierno corporativo PARTICIPACIÓN	1,3 % Educación ENTENDIMIENTO
4 % Educación ENTENDIMIENTO	7 % Trabajo SUBSISTENCIA OCIO	1,9 % Educación ENTENDIMIENTO	3,8 % Asuntos con el Estado PROTECCIÓN	1,1 % derechos civiles y políticos PARTICIPACIÓN LIBERTAD
2 % Asuntos con el Estado PROTECCIÓN	3 % Asuntos con el Estado PROTECCIÓN	1,1 % Asuntos con el Estado PROTECCIÓN	2,5 % Entorno de la empresa PROTECCIÓN	0,6 % Asuntos con el Estado PROTECCIÓN

Gráfica: 12 Relación de principales necesidades jurídicas más afectadas frente a necesidades humanas.

Fuente: GENNJI (MinJusticia 2013)

La gráfica anterior demuestra el contenido de los conflictos organizados en orden de incidencia; los problemas de alta frecuencia en todas las poblaciones pertenecen a la dimensión penal y el entorno de la vivienda (necesidades humanas de protección y subsistencia). Los problemas jurídicos relacionados con el desarrollo económico (dimensión económica y patrimonial) no ocupan una relevancia estructural (se encuentran en una frecuencia media en torno al 10 %), es decir no son los más recurrentes, y las de menor incidencia se refieren a asuntos con el Estado.

Sin embargo todas las poblaciones presentan heterogeneidad de frecuencias de tipologías de conflicto. La alta frecuencia tiene que ver con problemas estructurales y una baja frecuencia también dan cuenta de fenómenos como la *demandada no expresada* es decir la incapacidad del ciudadano para identificar que su problema tiene en el ordenamiento una protección jurídica.

Por lo tanto, los asuntos contenciosos entre partes deben tener en el Estado un nivel de conocimiento que por su naturaleza y misión constitucional corresponde a las autoridades que administran justicia. Pero también esos problemas jurídicos desbordados por su alto porcentaje de incidencia dan cuenta de un problema estructural en la sociedad sobre el cual el poder ejecutivo debe actuar por medio de políticas públicas de prevención, seguridad y asistencia social (ver *provencción* del conflicto capítulo II) (Burton J 1990).

Por ejemplo el hurto, homicidio o desplazamiento de la dimensión penal, los problemas de convivencia vecinal, o la prestación de servicios de salud, demuestran un déficit de la necesidad humana de *protección*; los problemas relacionados con los servicios públicos demuestran un déficit de la necesidad humana de *subsistencia*; los problemas jurídicos relacionados con las relaciones de pareja o las agresiones dentro de la familia, son el reflejo de un déficit o inadecuada interpretación de la necesidad humana de *afecto*.

Otro fenómeno complejo ocurre con las necesidades humanas que presentan baja frecuencia; por ejemplo los resultados de la encuesta no reflejan problemas jurídicos con la necesidad humana de *creación* pues desde el punto de vista de los derechos se trata de una necesidad que por su naturaleza presenta una baja incidencia que para efectos de una encuesta general de la población no alcanza niveles representativos.

Sin embargo hay algunas dimensiones o entornos donde resulta sospechosa su baja incidencia, por ejemplo en asuntos laborales y los relacionados con las libertades,

derechos civiles y políticos que al ser cruzados con la información demográfica pueden indicar desconocimiento de derechos o imposibilidad del ciudadano para identificar que se está en presencia de una necesidad jurídica; es lo que se denomina *demanda no expresada*, en este caso también es función del poder ejecutivo crear los mecanismos para hacer pedagogía de los derechos, modificar los esquemas que perpetúan la opacidad de la justicia e incidir para reducir el número plural de incidencias.

Como se puede apreciar, en la gráfica Gráfica: 11 Incidencia de los conflictos por entorno: GENNJI (MinJusticia 2013) se analizó la experiencia de población “usuarios de la conciliación extrajudicial en derecho”, con el objeto de identificar el perfil sociodemográfico y las diferentes vicisitudes que atraviesan sus problemas jurídicos. Se trata de una población que tuvo la oportunidad de conocer una instancia autocompositiva de acceso a la justicia, un nivel de conocimiento que puede reflejar parámetros de comparabilidad; teniendo en cuenta que la encuesta consta de tres partes: la que recoge información demográfica, la matriz que contiene todos los problemas que el ciudadano tuvo en cada una de las dimensiones y los módulos donde cuenta las instancias a las que acudió para resolver el último de los conflictos enunciados. Esta estructura da una idea de los niveles de conocimiento que él tuvo para utilizar la conciliación.

Analizada la población de usuarios de la conciliación que representa a 32.602 usuarios y comparada con las otras poblaciones, se puede confirmar que se trata de familias de nivel socioeconómico medio en relación a sus ingresos y estudios, laboralmente activos y la mayoría de ellos con hogares de uno o dos miembros, Los encuestados de esta población no solo hicieron referencia al problema jurídico conciliado sino que en la matriz reflejaron otra serie de conflictos de relevancia jurídica que les ocurrieron. Lo anterior permite concluir que se trata de personas que al tener un conflicto prefieren hacer menor uso de los jueces formales y mayor uso de los servicios jurídicos de instituciones y consultorios jurídicos. Como se puede apreciar es una población que institucionalizó con mayor proporción las dimensiones de familia, penal y de vivienda, las demás ni siquiera alcanzan a ser representativas por cuanto tienen incidencia menor al 10 %.

La población en situación de discapacidad para fines del diseño de la muestra se adoptó la definición recogida en la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de las Naciones Unidas, del 2006, donde se establece que las personas en situación de discapacidad son aquellas “(...) que tienen deficiencias físicas, mentales,

intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Las encuestas representan a 294.000 personas en situación de discapacidad; la dimensión con más conflictividad no es superior al 20 %, resultando como principal problema jurídico el de la discriminación por la propia condición de discapacidad. Seguido por ser víctimas del hurto y los problemas jurídicos derivados de la prestación de servicios de salud. Se aprecia que es un grupo muy vulnerable sin medios de protección jurídica especial que gestione sus necesidades jurídicas.

La población empresarial consultada representa a 515.049 empresas, el 87,2 % de su conflictividad vulnera la necesidad humana de protección relacionada con asuntos penales principalmente y relacionados con el inmueble donde funciona la empresa. La conflictividad asociada al desarrollo económico es de frecuencia media. Es la población que más utiliza el sistema judicial especialmente en los escasos casos donde se contrata abogado, también la que más acude ante autoridades del Estado (50 %) y la que más uso hace de MASC (12 %) por el contrario la población empresarial es la que menos acude ante particulares para la solución de sus conflictos.

La muestra de población en situación de pobreza extrema representa a 87.789 personas, evidencia un elevado porcentaje de problemas jurídicos en todas las dimensiones, estructuralmente hay déficits de protección y subsistencia relacionados con el hurto, la prestación de los servicios de salud, los conflictos entre vecinos, la prestación de servicios públicos y el desplazamiento, con porcentajes de incidencia más elevado que en resto de poblaciones. Además se evidencia que esta población sufre con mayor incremento y proporción de necesidades jurídicas frente al resto de poblaciones, de la misma manera es una población que recibe un porcentaje superior de atención ante autoridades de Estado tanto judiciales como administrativas.

Finalmente la población general representa a 10'792.342 de habitantes. La principal conflictividad está asociada a problemas jurídicos relacionados con la necesidad humana de la *protección* pues el hurto afecta al 32,8 % de la población de los cuales el 59,8 % no se denuncia quedando en la impunidad. El 22,4 % es afectado por problemas vecinales. Le siguen la prestación de servicios públicos (16,8 %) y la provisión de los servicios de salud (14,2 %)” (Ministerio de Justicia Colombia, 2013).

### **3.2.4 Conflicto privado, conflicto de interés público.**

Como quiera que los conflictos se viven entre las personas, algunos de ellos pueden tener un interés privado de modo que solo rompe esferas íntimas de la sociedad, pero también puede existir sobre la controversia un interés público, bien sea de modo que se involucra al grupo, o porque se convierte en un juego habitual de poder o una práctica generalizada. Esta distinción acompañara todo el recorrido de la discusión puesto que ayudará a determinar el ámbito de actuación de los particulares en los conflictos.

Para el conflicto de interés general los modernos Estados han dispuesto de mecanismos institucionales y normativos para abordarlo y romper sus orígenes estructurales; el derecho penal, laboral o de consumo donde en diferente grado de intervención, los extremos comprometidos en un crimen, contravención, o los intervinientes en la celebración de un negocio jurídico cualquiera no pueden disponer o actuar a su arbitrio sino que sus potenciales relaciones están regulas previamente de modo que al ocurrir el suceso no solo hay interés del afectado sino que el Estado mismo corrige, endereza o sanciona a los responsables.

### **3.2.5 Conflicto de contenido normativo que dificulta la *cohesión social***

Se visualizan aspectos que provocaron el *pluralismo social* en casi todas las sociedades del mundo: la universalización de la cultura occidental, del conocimiento y de los derechos, la creciente incorporación de las naciones a estructuras de gobierno cada día más democráticas, la globalización de los mercados, las consecuencias de guerras, conquistas violentas y dominación de territorios que implicaron éxodos masivos por causas culturales, económicas, religiosas o políticas.

Los anteriores aspectos, contribuyen a que actualmente el *pluralismo social* sea un fenómeno presente entre sociedades y también internamente. Lo anterior hace que no sean homogéneas, que resulte complicada la *cohesión social* porque se promueven cambios de visión sobre prácticas culturales que hicieron parte de la fundación de anteriores civilizaciones o formas de ver, entender el mundo o situaciones de caos desorden.

Así es como lo presenta Ricardo Diéz-Hochleitner, presidente del Club de Roma, en el informe de la Fundación Bertelsmann que pretende identificar las limitaciones que encuentran las sociedades modernas para garantizar la *cohesión social*:

“A pesar de los numerosos e importantes logros realizados en nuestra época, las raíces de la inequidad se hunden en buena medida en el profundo cambio inherente a la transición hacia una nueva sociedad global por encima del Estado Nacional y superior a él” (Berger ed., 1999)

No le falta razón al autor, como si no fueran pocos los conflictos interpersonales provocados por las necesidades humanas y las cuestiones comunes a la propia existencia, se identifican unos bloques de conflictividad ente civilizaciones, a los que Peter Berger denomina: *conflictos normativos* entendidos como esas grandes aspiraciones sociales que hacen chocar a ciudadanos por diferencias de valores. También el investigador social Hsin-Huang Michael Hsiao considera que:

A diferencia de otros tipos de conflictos – como los provocados por intereses divergentes de clases, ambiciones políticas o animosidades étnicas, los conflictos normativos acarrearán polémicas y diferencias relativas al carácter normativo de la sociedad en su conjunto (Berger ed., 1999, 470).

En resumen, los grandes conflictos normativos de las actuales civilizaciones se encuentran entre otras cuestiones en debates como los siguientes:

- La lucha por la identidad; con el surgimiento de nacionalismos.
- La separación entre iglesia y Estado; con el nacimiento de los movimientos laicos.
- La multiculturalidad; efecto vivido en sociedades colonialistas invasoras como Francia, Reino Unido o Estados Unidos.
- La lucha por el Estado de Derecho y Estado de Bienestar; como las aspiraciones de los países de América Latina o los comunistas de Europa del Este.
- La discusión de los derechos humanos; y su imposición en sociedades no occidentalizadas.
- Los derechos individuales y la equidad entre grupos frente a la moralidad personal.
- La discriminación positiva.

- La discusión de sociedad civil y Estado.
- La acomodación del post capitalismo y la amenaza de imposibilidad de financiar el Estado de Bienestar; caso de España u Holanda.

Desde sus orígenes en la historia y posterior al descubrimiento de América, Colombia o lo que era ésta, se desangró definiendo si imponía una república o mantenía un virreinato, luego si era federalista o centralista, posteriormente si era de régimen liberal o conservador, finalmente seducida por la revolución comunista soviética convocó a un derrocamiento de la democracia, ahora sumida en la desestructuración social y el caos, tiene que negociar hasta valores elementales para evitar más violencia directa.

Además de la exigencia de la participación política, Colombia discute internamente por la judicialización de los crímenes de lesa humanidad, por la tenencia y forma de explotación de la tierra, y los recursos naturales, por los derechos de los indígenas y minorías sexuales, por la violencia de género, las libertades e igualdad de derechos para los homosexuales y la libertad de consumir y comercializar alucinógenos.

Por su parte España aceptó la mediación de una monarquía para superar las pesadillas de la dictadura, afortunadamente introdujo una constitución progresista que le permitió conducir la nación a uno de los escenarios más prósperos y pacíficos de su historia a una reconciliación con sus antiguas colonias y a promover agendas de cooperación al desarrollo y diálogo de civilizaciones.

A pesar de su progresismo y de abrazar por décadas las ventajas del Estado de Bienestar internamente tuvo que lidiar con la violencia promovida por una organización que reivindicaba la independencia de la zona Vasca de su territorio, pero a pesar de las adversidades, la democracia de España supo dirigir el control al terrorismo por los cauces institucionales logrando la judicialización de los violentos. Aunque el pueblo español no es consciente de ello, de haber librado una batalla antidemocrática contra los separatistas hubiese causado el desgaste institucional que por ejemplo hoy tiene sumida a Colombia en la imposibilidad foral y material de judicializar las causas penales en contra de las guerrillas.

Los efectos de la economía internacional obsesionada por el crecimiento económico sumado al debilitamiento de la gestión institucional y a la apuesta en saturar sectores de la economía sobre explotados, contrajeron la economía y destruyeron empleo, lo

cual produjo nuevos retos y agrega a la agenda de prioridades elementos que dificultan la cohesión social.

Es lo anterior a lo que se refiere Peter Berger cuando habla de *conflictos normativos* aunque son asuntos que afectan a la población en su conjunto, se hacen evidentes en cada caso en particular y que una vez la sociedad logra ponerse de acuerdo, surge una paz social que permite mediarlo o gestionarlo.

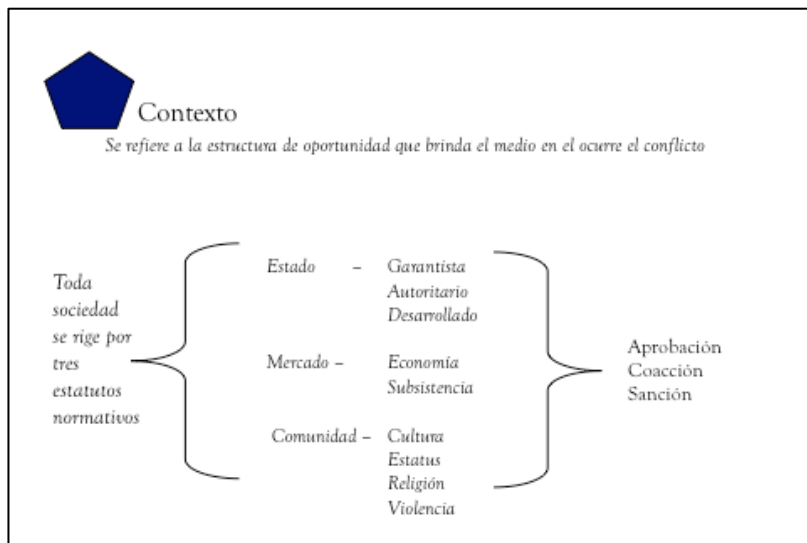
Los seres humanos han luchado a lo largo de su vida por las normas que han de regir tanto la vida pública como la personal. En el caso de la civilización occidental, nos bastará con recordar las guerras de religión que siguieron a la Reforma protestante y sumergieron a Europa en un océano de derramamiento de sangre y cuya mediación requirió varios siglos (Berger P 1999,517).



### 3.3 Tercero: Contexto en que se vive el conflicto



El tercer elemento para el análisis de un conflicto lo determina el contexto en que este se desenvuelve; el mismo suceso conflictivo se vive diferente en un contexto que en otro, por ejemplo la forma como una comunidad entiende la infidelidad, es diferente en la cultura de Japón, la de España o la de Colombia. La regulación del contrato de hipoteca es menos leonina en Colombia que en España, o la manera como las administraciones de Estado reparan la responsabilidad extracontractual cambia según los bienes jurídicos tutelados, son casos que se gestionan según el tipo de sociedad en las que el individuo se encuentra.



Gráfica: 13 Incidencia de los conflictos por entorno: GENNJI (MinJusticia 2013)

A toda situación conflictiva la gobiernan sistemas normativos o regulatorios, prácticas sociales o influencias que se pueden resumir en: i) contexto dado por el sistema político de Estado, ii) contexto del modelo económico y iii) contexto cultural. El Sistema político del Estado va a determinar el grado de reconocimiento de derechos y su protección institucional, no es lo mismo un Estado constitucional garantista de derechos

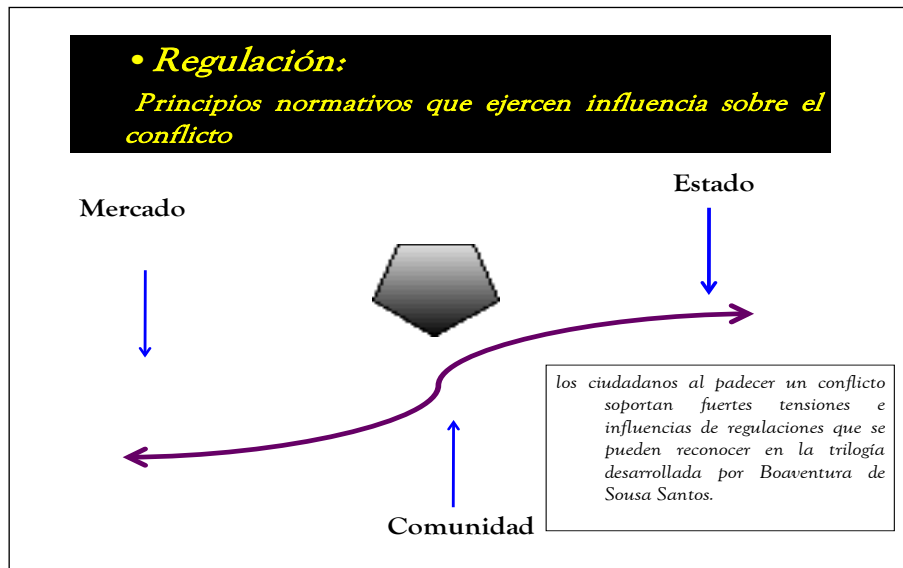
con instituciones fuertes y arraigadas en la sociedad a un Estado de corte autoritario o tradición militarista por ejemplo, o un Estado precario con democracias frágiles.

Desde el punto de vista del modelo económico no resulta igual vivir una situación conflictiva en una sociedad desarrollada, con crecimiento económico a una sociedad con modelos de subsistencia precarios o en vía de desarrollo o subdesarrollo según sus ciclos económicos o en un régimen socialista donde los bienes pertenecen al Estado y los ciudadanos no son titulares.

Es al contexto a lo que se refiere Vicenç Fisas cuando habla de *estructura de oportunidad*, a cuestiones culturales como el estatus, el estatuto de legitimidad social externa o interna o la capacidad de manipular opinión, ingredientes como el tamaño de la comunidad involucrada, el territorio, las relaciones de poder entre las partes y a los factores del entorno favorables o desfavorables para la existencia del conflicto, o por el contrario la relativización de fenómenos que realmente son graves dentro del contexto de civilización y derechos pero que los ciudadanos ignoran en aras del mantenimiento de tradiciones o costumbres (FisasV 2006) .

La visión del mundo religiosa, las obligaciones morales y los sistemas de creencias ancestrales son factores que determinan el contexto de un conflicto, tanto desde el punto de vista de su origen como el medio para su gestión. También influyen el grado de violencia o arbitrariedad, el uso de armas, el clima de tolerancia de la población y su capacidad de resistencia entre múltiples aspectos que demarca la cultura.

Dentro de la estructura de oportunidad se introduce el tema de las diversas formas de *regulación social*, puesto que se ve en la práctica, que los ciudadanos al padecer un conflicto soportan fuertes tensiones e influencias de regulaciones que se pueden reconocer en la trilogía desarrollada por Boaventura De Sousa Santos y que para efectos de la presente reflexión se presentan así: i) comunidad: construcción y entendimiento de la interacción del individuo con sus redes más próximas. ii) Estado: construcción jurídica de un orden hegemónico y positivo. iii) mercado: presencia de prácticas, costumbres o hábitos que se reproducen en y para el intercambio de bienes y servicios (2009: 31, 32, 72, 88, 342, 344, 490).



Gráfica: 14 Regulación: principios normativos que ejercen influencia sobre el conflicto

### 3.3.1 Creación de sistemas normativos en la sociedad

Los tres principios anteriores necesariamente construyen normas, y de alguna manera las normas permiten la construcción social; en los apuntes de sociología de Jorge Sánchez Azcona se recuerda una cita a Fedor Dostoiewsky de Crimen y Castigo: "El crimen es una protesta contra el orden social mal organizado y nada más".

En efecto, la siguiente reflexión sobre las normas sociales contribuye a favorecer la idea según la cual una sociedad organizada tiene menos conflictividad que aquella que no lo es, aclarando dos cuestiones que van de la mano; el volumen de conflictividad y la forma como ésta se gestiona, las dos exigen unas condiciones sociales de Estado, mercado y comunidad que mantienen un equilibrio dinámico constante, imperfecto y frágil.

La interrelación social y la existencia constante de problemas por solucionar hace que los individuos construyan sistemas de normas basados en el hábito y la visión de su mundo por lo que a continuación se hacen algunas referencias apoyados en los escritos de Jorge Sánchez Azcona (1941):

El hombre, hemos visto se encuentra inserto en un contorno bio-psíquico y social; por tanto parte de este contorno lo forma la comunidad dentro de la que se halla necesariamente la persona. Para el individuo, los miembros del grupo son, a su vez, parte del contorno, y una parte determinante de él. Aunque la personalidad es única, las

estructuras biológicas y síquicas del hombre, como ya dijimos, son comunes y por tanto, frente a un ámbito determinado las personas que se encuentran dentro de él, tienden a reaccionar análogamente. Esto no solo es el origen de los modos colectivos de conducta, sino que además, es el supuesto del que parte la sociología, es lo que le proporciona el elemento de generalidad que permite afirmar su carácter científico (Sánchez J 1941, 24).

En su origen último, un modo colectivo proviene de conductas individuales que llegan a convertirse en colectivas al vincularse y unirse entre sí, formando como veremos más adelante, una estructura social, para que ésta a su vez venga a influir, presionar, sobre el ámbito de las personas que le dieron su origen. Por supuesto que en este caso, aunque se conservan caracteres individuales, se forman otros nuevos no explicables por aquellos en su particularidad, sino tomando en cuenta su vinculación (afirmación del autor citando a Recaséns Siches Luis, Sociología) (Sánchez J 1941, 26).

Esto quiere decir que no existe un psiquismo colectivo y que por lo tanto, no podemos hablar científicamente de él. Según Sánchez Azcona el psiquismo colectivo existe, es una realidad pero no como un ser con personalidad propia, sino que existe como un proceso social, con una serie de influjos recíprocos que se dan entre las psiques individuales; estos actúan no en función de su particular individualidad sino como participantes de un grupo en que se ven presionados análogamente por el contorno en que se hallan insertos.

En esta forma si podemos hablar del actuar colectivo como un conjunto de fenómenos sociales que no se explican exclusivamente en los individuos en particular, pero que como unidad se explican y comprenden cuando se ubica al individuo como miembro actuante de un grupo." "Recordemos que la sociología es una ciencia cultural y su estudio científico no se agota en la explicación del fenómeno social, sino que hay que ir a su comprensión (Sánchez A 1941, 26).

Surge entonces la pregunta ¿Por qué se obedecen normas? anterior a la existencia de un conflicto, los ciudadanos han construido e interpretado su realidad por influencia de un sin número de enseñanzas, estatutos, valores o sistemas normativos. Pero

es enigmático resolver la pregunta ¿Por qué se obedecen normas? Para lo cual se hace la siguiente reflexión:

La necesidad de aprobación:

Según Sánchez Azcona la principal motivación para que el individuo actúe de acuerdo a los órdenes normativos de la sociedad, deriva de la *necesidad de aprobación social*: Pero esta necesidad no es suficiente para garantizar una estabilidad permanente de las estructuras sociales.

Es por ello que la sociedad demanda de un orden institucional, que si bien tiene su validez en el reconocimiento psíquico de los miembros de la comunidad, puede emplear en última instancia y precisamente fundado en esa validez un medio de coacción física que garantice en todo momento su vigencia y, por lo tanto, la seguridad de la continuidad histórica de la comunidad. Siguiendo a Hart, el establecimiento de un orden normativo secundario que proteja por medio de un cuadro coactivo legítimo, de acuerdo con la concepción de Weber el cumplimiento de cierto tipo de patrones comunales primarios de conducta por su trascendencia social demandan de esa protección (Sánchez A 1941, 77).

Es muy probable que sea la “necesidad de aprobación” la que conduzca a la especie a cumplir acuerdos, estatutos o normas, pensar por ejemplo en una relación de pareja en la que constantemente se rompen acuerdos hace insostenible la convivencia y finalmente produciría una ruptura de la relación, a menos que dentro de su contexto existan otra serie de condicionantes (la sumisión por ejemplo) que obliguen a las partes a permanecer en la relación a pesar de que uno pierde la aprobación de otro.

La coacción:

Existe también la *coacción* tratada en la obra de Max Weber como otro aspecto más elaborado de la convivencia en sociedad en ella se basa la existencia de los órdenes normativos. Otros autores lo aceptan así; El inglés H. L. A. Hart, analiza el derecho desde la filosofía, en su clásica obra *The concep of law* él también hace la división entre normas primarias y secundarias (Hart H.L.A 2004, 118-122).

Pero de otra parte puntualiza que: “la administración de justicia está hecha para garantizar la certeza y seguridad que el orden positivo se cumplirá...” La finalidad de todo orden jurídico, como veremos en el posterior desarrollo de este trabajo, es la reali-

zación de la justicia, pero la razón de ser del derecho es que actualice esa certeza y seguridad; de que ese orden considerado como jurídico se cumplirá, que lo estipulado por el orden normativo se impondrá, esto como requisito esencial de la convivencia. Gracias en última instancia a la imposición coactiva, los hombres saben que el derecho se realizará (Sánchez J 1941, 49).

Una referencia histórica sobre la coacción la ubica Rober Bates en su obra Prosperidad y violencia de 2004.

Siguiendo a Bates la coacción y la fuerza forman parte de la vida diaria tanto como los mercados y los intercambios económicos. Sin embargo, en el proceso de desarrollo la coacción cambia de naturaleza. Su provisión ya no es privada sino pública. Y se convierte en un medio para fomentar la creación de riqueza en lugar de ser un instrumento para llevar a cabo costosos actos de redistribución (2004, 57).

Órdenes normativos según Max Weber:

Es conocida en Max Weber la clasificación de los más importantes órdenes normativos: i) uso, ii) costumbre, iii) orden legítimo, que se da por el sentimiento, o por coacciones externas. Así como también se refiere a la convención y el derecho; convención, termino importante para este estudio; porque es la fuente de legitimidad de la justicia hecha por los ciudadanos: "Es aquel orden normativo que está fundado en la convicción de considerar ciertas normas como obligatorias, porque se cree en su legitimidad (Weber M 1993).

Quien no las cumple se expone a una desaprobación general de los demás individuos del grupo; estos esperan que las personas actúen de acuerdo con ellas. Estas pautas además de que se han estado repitiendo constantemente, están vinculadas a un sentimiento de obligatoriedad.

### 3.3.2 Contexto normativo y regulatorio de la comunidad

Comunidad • Estado ○ Mercado \$

En palabras de Boaventura de Sousa Santos la regulación comunitaria: “es el producto de sincretismos culturales: prácticas ancestrales con universalismos religiosos, de la ilustración y tradiciones “occidentales”. Hacen parte del poder regulador de la comunidad, todas aquellas micro instituciones que construyen normas sociales y hábitos de conducta parámetros éticos o doctrinas religiosas o políticas como la iglesia, los partidos sindicatos, asociaciones de vecinos etc.” (Santos B 2009,32).

Otro aspecto relacionado con el poder regulador de la comunidad es el desarrollado por el denominado *Capital social comunitario* que en términos de Pierre Bourdieu significa “El agregado de los recursos reales o potenciales ligados a la posesión de una red durable de relaciones más o menos institucionalizadas de reconocimiento mutuo” (Durtol J 2000, 8).

Se hace referencia a este término y a este autor, porque una de las intenciones de la reflexión es la visibilización de *instituciones* de orden comunitario que gestionan conflictos. De hecho se confirma que ninguna institución de construcción social existe, si no hay un fuerte proceso de inversión de capital social.

El de *Justicia Comunitaria* también es un concepto de reciente uso y desarrollo académico; en su sentido más puro se utiliza para referirse a las dinámicas de administración de justicia que se desarrollan en comunidades muy localizadas, la justicia de los clanes; la indígena la ubicamos en este gran grupo, pero también la justicia gitana, la justicia popular en Sudáfrica, los Consejos Comunitarios del Chocó en Colombia, entre otros. (Ardíla É 2006, 94).

Sucede que algunos académicos estrangularon el concepto de Justicia Comunitaria para involucrar en él las prácticas de gestión del conflicto que hacen los ciudadanos a partir del uso de los denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos MASC o la aplicación de modelos foráneos como la Justicia de Paz en Colombia que es una imposición artificial traída del sistema ancestral peruano.

Mas para efectos de esta reflexión, se propone preservar el concepto de *justicia comunitaria* exclusivamente a las instituciones de carácter *ancestral*, en tanto las otras

instituciones de carácter *exógeno* merecen una consideración diferente eso sí; no menos importante pues en ellas se ha consolidado un saber hacer, nuevas construcciones de escenarios ciudadanos dónde el conflicto pueda encontrar mejores posibilidades de gestión.

Junto con el concepto de *Justicia Comunitaria* surge también el concepto de *Justicia en Equidad*: “lo esencial es que la equidad hace relación a la búsqueda en un ejercicio de administración de justicia en cada caso, anterior o previo a los dictados del derecho, se trata de una justicia justa. Es decir a la relación entre administración de justicia y la realización de unos valores considerados supremos en la vida social” (Ardila É 2006, 54).

El anterior concepto no es lo suficientemente claro, puesto que la noción de equidad es más una referencia a la fuente jurídica que el operador acoge para construir una decisión *justa*, la justicia en equidad se diferencia de la “justicia en derecho” que es aquella basada en la tónica construida a través del sistema positivo. En el ordenamiento jurídico español y colombiano la equidad es un principio constitucional que sirve al operador para aproximar su decisión lo más justo posible en cada caso concreto.

Mientras la justicia en derecho moderna exige que el operador sea una persona experta, el operador de la justicia en equidad no tiene por qué acreditar una cualificación especializada, lo anterior no significa que deba ser poseedor de cierto reconocimiento y conocimiento de las normas sociales presentes en su comunidad y de las particularidades especiales de cada caso.

### 3.3.3 Contexto normativo y regulatorio del Estado



Desde un punto de vista sociológico, la continua institucionalización del Estado con todos sus elementos construye o crea el derecho mayoritario y positivo, por medio del cual se regulan verticalmente las relaciones entre ciudadanos. La anterior pretensión incluye, involucra o reconoce otros sistemas jurídicos que también han regulado la vida de comunidades indígenas y artificialmente reconoce otras jurisdicciones, permite que particulares construyan acuerdos basados en la autonomía de la voluntad incluso con alcance de cosa juzgada, o por medio de procedimientos judiciales.



El derecho moderno se funda en la *legitimidad*, requisito sin el cual carecería de espíritu; y *coerción*, requisito sin el cual carecería de fuerza. Se funda también en los poderes constituidos e independientes que garantizan la promulgación de normas, la ejecución administrativa y el control judicial de las mismas.

Dice Max Weber que esta es la función que lleva a cabo el Estado definido como: “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida que su cuadro administrativo mantenga con éxito, la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (1993, 54).

“El orden institucional estatal adquiere el carácter de jurídico cuando recibe el reconocimiento de su legitimidad como tal y al disponer del monopolio de la coacción física. Ésta como vimos, puede estar amparada por diversos cuadros coactivos, que vienen a representar una diversidad de ordenes normativos, los cuales a su vez requieren de un control” (Sánchez J 1941,77).

La validez del orden jurídico surge a consecuencia de:

La tradición: Sentimientos de afecto. Se entiende de manera que emana de seres suprasensibles, se acepta un nuevo mandato con la esperanza de cumplir otro superior.

Creencia racional de ciertos valores: (derecho natural) que conforman un sistema lógico de creencias.

Por la legalidad: Se cumple la norma porque se han cumplido los requisitos que le dan validez. Esta legalidad está legitimada por dos aspectos: a) Por un pacto efectuado entre los sujetos interesados. b) Por el otorgamiento, esto es, el sometimiento que los sujetos tienen frente a una autoridad que para ellos se presenta como legítima.

La clasificación advierte Weber no es exacta de la realidad porque puede suceder que una minoría no acepte el proceso de ordenación de una ley, y aun así para él le sea impuesta.” (Sánchez J 1941, 42).

Según Ronney Jay y Maier J. “Desde el punto de vista político se reconoce en la obra de Maquiavelo el origen del concepto de Estado tal y como hoy se conoce, pero desde el punto de vista sociológico el Estado tiene su origen en la desaparición del clan como esquema de gobierno. Es la afirmación de un cuadro coactivo extracomunitario (Rumney J, Maier J 1961, 134) La sociedad indígena Wayuú estudiada para este análisis presenta esta característica.

En la vida práctica la evolución de los Estados de derecho ha llevado a institucionalizar tanto la gestión de los conflictos, que se producen situaciones donde los extremos, la comunidad o el mercado, no consideren que lo haya, pero el Estado disponga que se trata de un bien jurídicamente tutelado y, por tanto, se investigue y sancione.

Algunos de esos tratamientos jurídicos pueden corresponder a un interés general relacionado con el orden y el mantenimiento de la organización social en su conjunto, pero otros valores normativos se encuentran sobrevalorados.

### ***3.3.3.1 Mantenimiento de la Ventana de la disciplina social***

Un interesante aporte para analizar el contexto regulatorio del Estado se encuentra en el desarrollo conceptual de la justicia restaurativa. Pues a través de la propuesta de Ted Wachtel escrita en (1997) y presentada en castellano en la conferencia “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología en Río de Janeiro (McCold P, Wachtel T 2003), conocemos un planteamiento novedoso que se resume a continuación:

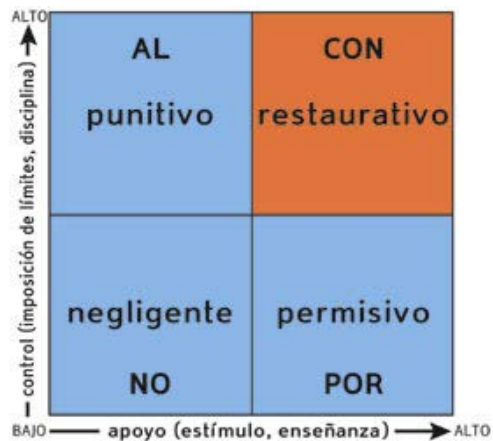
Ante las diferentes circunstancias de conflicto los agentes responsables de mantener control social, como los padres de familia, educadores, las autoridades de policía o judiciales tienen varias estrategias; la principal es el castigo lo que denomina el *control* que puede ocurrir en dos extremos; uno altamente controlador y reglamentario [punitivo] otro a la baja muy laxo [permisivo] con normas débiles o inexistentes (McCold P, Wachtel T 2003).

La otra estrategia es el “Apoyo social” que se caracteriza por la asistencia activa y un alto interés por el bienestar [restaurativo], el extremo contrario son las faltas de estímulo y baja consideración por las necesidades físicas o emocionales [negligente] (McCold P, Wachtel T 2003).

Un escenario alto en [punitivo] + alto en [permisivo] = equivale a un esquema [retributivo] con consecuencias para el ofensor.

Un escenario bajo [permisivo] + alto [restaurativo] = equivale a un esquema [rehabilitativo] que protege al ofensor de las consecuencias de la pena.

Un escenario menos esperado es aquel bajo [permisivo] + bajo [negligente] = equivale al caos (McCold P, Wachtel T 2003).



Gráfica: 15 Ventana de la disciplina social (Wachtel T 1997)

La anterior propuesta de análisis del contexto del conflicto es muy oportuna para la gestión de los conflictos hecha por los ciudadanos pues permite a las instituciones responsables hacer una valoración de la pertinencia de intentar procedimientos restaurativos que vincule a la comunidad para recuperar la relación con las partes, fortalecer a la víctima, resolver proactivamente la situación del ofensor y disminuya la intervención del Estado (McCold P, Wachtel T 2003).

### 3.3.4 Contexto normativo y regulatorio del mercado

Comunidad • Estado  Mercado \$

Es imposible separar del análisis las implicaciones que tiene el *mercado* como factor de regulación de la sociedad, ya que es transversal a todas las formas de gestión del conflicto. El “mercado” lo entiende la sociología en una de muchas interpretaciones como: las “relaciones mutuas autointeresadas, promovidas por agentes localizados y globalizados” (Santos B 2009, 32), su acción promueve una serie de situaciones que en términos de conflictos estimula o por el contrario reduce el volumen de conflictividad, además que se convierte en un potente regulador de la vida social. De este factor también depende la valoración de costos que las partes hacen del conflicto y la decisión de gestionarlo o no como lo demostró el teorema de Ronald Coase (1960)

De otra parte, en la obra general de Carnelutti también hay referencia a la economía, y de hecho sugiere que las necesidades tienen diversas formas de satisfacción por medio de bienes que para los ciudadanos tienen el carácter de *utilidad* y que solo existirá un conflicto si las partes tienen *interés* (Carnelutti F 2003, 49).

Cuando no existe interés se entiende que las partes dejan ese conflicto al arbitrio del mercado, desde el punto de vista de entender que asumen los costos de la falta de acción. Eso fue mostrado empíricamente en la última encuesta sobre necesidades jurídicas en Colombia donde el 37 % de la población general que tenía un problema jurídico, prefirió no hacer nada por considerar que no es un asunto que se deba solucionar por la justicia (MinJusticia 2013).

En la relación que existe entre conflicto y mercado se pueden establecer tres escenarios: El primero que el mercado es un catalizador de conflictos y logra hacer distribución o asignación de bienes y servicios a partir del intercambio.

El segundo que en sí mismo el mercado es un generador de conflicto, sucede cuando hay ruptura de equilibrios dinámicos o en términos de Galtung hay incompatibilidad en la consecución de objetivos.

El tercer escenario y más relevante para este análisis consiste en que el mercado mismo contribuye a la gestión de conflictos, sobre este aspecto del mercado es en que se busca hacer el énfasis puesto que de este factor también depende la valoración de costos

que las partes hacen del conflicto y la decisión de gestionarlo o no como lo demostró el teorema de Ronald Coase (1960, 1-44).

Sobre esos costos de transacción Salomon Kalmanovitz afirmó algo que a continuación se sintetiza:

Los neoinstitucionalistas introducen un concepto que es muy importante para establecer el nivel de fricción en un sistema económico: *el de los costos de transacción*. El estudio de este tema fue iniciado por Ronald Coase en 1937, cuando observó que las empresas tenían la opción de hacer transacciones a través del mercado o dentro de sus predios, donde las operaciones se contabilizaban pero no tenían que ser transadas una a una. Esto lo indujo a pensar que la empresa se organizaba como una jerarquía para ahorrar costos de transacción: “en ausencia de costos de transacción, no existe fundamento económico para la existencia de la empresa” (Kalmanovitz S 2003).

El aporte de Ronald Coase en la resolución de conflictos es justamente que propone una valoración de los costos de transacción cuando las empresas tienen que solucionar un conflicto, como opción para evitar las consecuencias de litigar un conflicto ante Tribunales o que se base únicamente en reglas jurídicas.

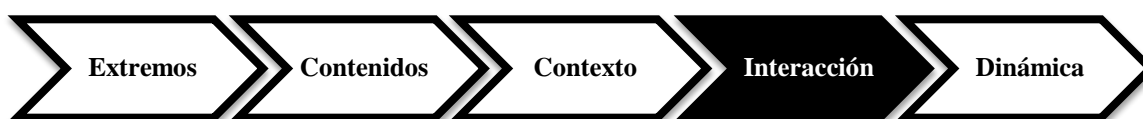
La intensión de este debate sobre la incidencia del mercado en la gestión de los conflictos no es hacer un desarrollo exhaustivo, simplemente dejarlo planteado y llamar la atención en relación con su existencia y dependencia social, como un elemento que no puede dejarse fuera del contexto del estudio que se presenta en esta investigación.

A manera de conclusión sobre los sistemas de regulación de la sociedad (Comunidad, Estado y mercado) tenemos que los tres están presentes en la sociedad con mayor o menor influencia dependiendo del contexto y del grado de intervencionismo; es indudable que el poder de Estado es hoy en día superior, y de él se desprende una institución vital para el mantenimiento de la Paz social como es la *Tutela Judicial Efectiva* (TJE) la cual se analizará en el capítulo cuarto cuando se desarrolle el tema relacionado con la gestión del conflicto a través del sistema judicial.

Sin embargo es interesante mencionar la opinión que presenta el investigador Pablo Iglesias y Xosé Arias sobre la sinergia de la TJE con otras en su criterio *externa- lidades*:

Es cierto que la institución de la tutela judicial no despliega sus efectos en un entorno aislado, por lo que existen otras instituciones que van a influir en la misma y por tanto en su efectividad, como por ejemplo el contenido específico de las normas sustantivas que configuran los derechos materiales de los sujetos de derecho. También el entorno político – social y cultural en el que el juez desarrolla su actividad va a influir en el *output* final que este genere. Se puede hablar de una red de externalidades en el sentido de Dasgupta (1995) constituida por una serie de bienes que a su vez van a influir en la efectividad de la tutela judicial (Iglesias P, Arias X 2007,139)

### 3.4 Cuarto: Interacción estratégica



*“Los conflictos no se encuentran entre los actores sino en las relaciones entre ellos”*  
(Montiel F 2013, 45’)

El cuarto elemento se refiere a la posición de las partes frente al conflicto, lo cual depende del estilo de ellas al conducirlos o vivirlos (*conflictuar* si se permite el verbo ya que es indicador de una acción). De las actitudes de los representantes que en muchas oportunidades son el producto del contexto. La interacción de los representantes ante sus representados y de aquellos frente al oponente (Fisas V 2006, 31-32).

La literatura de resolución de conflictos reconoce que existen formas de enfrentar el conflicto dependiendo del carácter de los extremos y de los demás elementos que someten el conflicto a tensiones. El estudio de (Domínguez R, García S 2003,10) clasifica los siguientes modos de afrontar el conflicto estructural:

**Evitación:** No quiere decir que se cierren los ojos al conflicto, sino que éste se aborda en sus manifestaciones inmediatas ignorando los aspectos estructurales. De ese modo se evita el entrar en el conflicto estructural.

**Aceptación:** La aceptación es el reconocimiento del mismo pero dando por hecho que lo único que podemos hacer con él es estudiarlo y no intervenir en él. El conflicto es inherente a la sociedad humana y cualquier intervención destinada a reducirlo está condenada al fracaso.

**Reforma gradual.** Los conflictos estructurales están asentados en un largo devenir social por lo que la intervención en ellos tiene que adoptar los mismos tiempos. Por ejemplo contra las diferencias entre los miembros de la sociedad –ricos y pobres-: progresividad de los impuestos.

Confrontación no violenta: La ausencia de violencia por una de las partes puede debilitar la violencia de la otra y hacer más posible el cambio (Gandhi, Luther King, sindicato polaco Solidaridad).

Confrontación violenta: Los que sostienen esta opción defienden que todo cambio se produce mediante el conflicto y que el conflicto tiene un componente violento insoslayable. Tanto el miedo a la violencia, para provocar pequeños cambios, como la violencia a gran escala serían opciones a considerar en el afrontamiento del conflicto.

En la interacción se miden las circunstancias de la *asimetría* balance de poder entre las partes y la introducción de herramientas para su abordaje (Lederach J 1995,13) La posibilidad de que el más débil se legitima con violencia (dificultad para emparejar la negociación). Incluso la necesidad de escalar el conflicto para sobrevivir u obtener reconocimiento.

### **3.4.1 Teoría de Juegos**

La interacción entre los actores o extremos del conflicto obviamente evoluciona con su dinámica, pero siempre tiene un componente estratégico. Como se vió en apartados precedentes, un proceso conflictivo es como una “película” en la que se pueden distinguir los “fotogramas” secuenciales; pues bien a cada uno de estos instantes corresponde a una específica interacción entre los extremos que sugiere posiciones estratégicas.

La combinación de las estrategias de los actores determina, junto a los elementos del entorno (controlables o no), la dinámica futura del conflicto. En el análisis estratégico, la llamada teoría de decisión, y en particular la teoría de juegos, tiene un importante papel clasificador.

La enciclopedia de paz y conflictos menciona la teoría de juegos como:

Es una teoría que intenta explicar en qué forma se interrelacionan las decisiones de personas, instituciones, grupos, naciones, etc., y qué resultados se obtienen de llevar a cabo dichas decisiones. Por tanto, la teoría de juegos estudia las relaciones de interdependencia existentes, en



una determinada situación denominada *juego* entre las decisiones de dos o más individuos (o entidades colectivas), denominados *jugadores*, cuya ouesta en práctica determina un resultado de la situación (López M, dir. 2004, 1885).

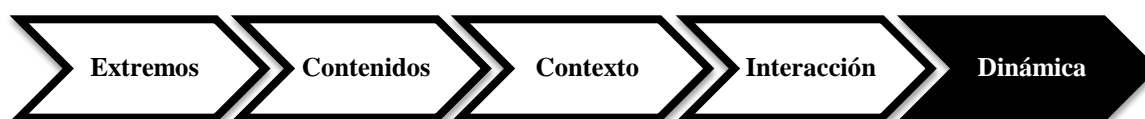
Intenta predecir qué harán los otros jugadores en réplica a sus propias acciones, y optimizar el resultado dichas acciones en su beneficio sabiendo que los demás están pensando de la misma forma (López M, dir. 2004, 1886).

A menudo el uso de esta teoría en el análisis de conflictos ha sido criticado por no reflejar los aspectos subjetivos, sentimentales o emocionales, del conflicto, pero ello es precisamente su mayor virtud, ya que identifica de forma objetiva la estructura básica del conflicto en cada momento y las estrategias deseables para su evolución eficaz y pacífica.

El análisis estructural es especialmente útil para los profesionales de la intervención como “terceras partes”, árbitros, mediadores, conciliadores... ya que les sitúa estratégicamente en el conflicto y en su desarrollo deseable.

La investigación en teoría de juegos es fundamental para analizar de manera controlada las decisiones de las personas en situaciones de conflicto de intereses con otra parte. Partiendo de un esquema estrictamente racional ha servido para mostrar los límites del uso de la racionalidad y la multitud de factores que pueden mediatizarla. Ahora bien, en ningún caso pueden optar a ser una explicación general del comportamiento humano en situaciones de conflicto (Domínguez R, García S 2003,10). Sería más bien como el análisis de la estructura de un edificio, que debe ser complementado con el resto de elementos arquitectónicos y decorativos.

### 3.5 Quinto: Dinámica del conflicto



El quinto elemento es la consecuencia de los anteriores; hay conflicto cuando existe un choque que posiciona a dos o más sujetos, instituciones o grupos en extremos opuestos, por una situación cuyo contenido suele originarse en una necesidad humana, que anterior a su existencia recibe la influencia del contexto comunitario, estatal y del mercado donde ocurre, lo cual determina la interacción entre los extremos; de todos los factores anteriores depende el vuelo que el conflicto toma para gestionarse o permanecer en el área de caos.

Una vez enganchados los extremos en un conflicto este puede sufrir alguna de las siguientes reacciones que la doctrina identifica como: escalamiento, estancamiento, maduración o transformación. A continuación se explican sus síntomas:

- i) El escalamiento: El conflicto deja de ser lo que originariamente es y comienzan las partes a asumir posiciones en alguna medida irracionales para tratar de superarlo, en este escenario se involucran a otras personas y se ejerce presión por los medios culturalmente próximos a las partes, produciendo un atrincheramiento de posiciones alejado del origen del conflicto. Escalar el conflicto implica subirlo de nivel, desde el punto de vista humano antropológico puede entenderse que los individuos requieran del escalamiento para hacer visible su inconformismo ante circunstancias injustas; la cuestión es cuál es el escalamiento socialmente permitido, aquel que puede llamar la atención de otro extremo en el conflicto sin que pueda considerarse violencia. Utilizar los sistemas de justicia o acudir a la redes sociales que afectarían la imagen del individuo puede ser entendido por el extremo contrario como una forma de escalamiento del conflicto, muchas de las veces un frente abierto independiente del conflicto original.
- ii) Estancamiento: Se produce cuando quedan trabadas las discusiones en un esquema de guerra fría, producido por la falta de disponibilidad para el dia-

logo, de ceder ante pretensiones, mantener asimetrías, juegos de poder, abuso del derecho o de posición dominante, produce desgaste, desconfianza y pérdida de la comunicación.

- iii) **Maduración:** Si el conflicto ha permitido a las partes una reflexión en la cual están implícitos los valores, un aprendizaje de lo ocurrido, se experimenta cierto cansancio y la necesidad de superar la situación ocurrida. Si en términos de agenda del conflicto están lo suficientemente aclarado el contenido y las razones por las cuales existe el choque de intereses, además se evidencia objetivamente una responsabilidad por la que uno de los extremos deba cumplir una prestación, las partes pueden llegar a establecer un acuerdo por autocomposición.
- iv) **Transformación:** Si las partes y el contexto permiten construir acuerdos donde los dos colaboran para hacer minimizar los efectos del conflicto y estos acuerdos se cumplen con la recuperación de la relación se está en un escenario transformativo. Sin embargo todos los conflictos no tienen por qué tener la misma suerte; en los capítulos siguientes se reflexionará sobre la satisfacción de las necesidades jurídicas.

Hasta aquí se intenta definir lo que es el conflicto y sus características. El primer aporte, tiene que ver con identificar que cuando existe conflicto ocurren muchas cuestiones; la estructura de oportunidad y la dinámica del conflicto hacen parte del análisis que un operador, gestor o transformador debe involucrar, para hacer un correcto análisis de caso que permita tener una visión más o menos completa.

A continuación, en el siguiente capítulo se intentará responder sobre ¿qué hacer con el conflicto? A ello se referirá la *gestión* es decir los caminos que un determinado caso conflictivo recorre para terminar o superar la situación, cuestiones a las que aporta el campo transdisciplinar de investigación para la paz y del estudio del conflicto (Grasa R 2010, 83-91).

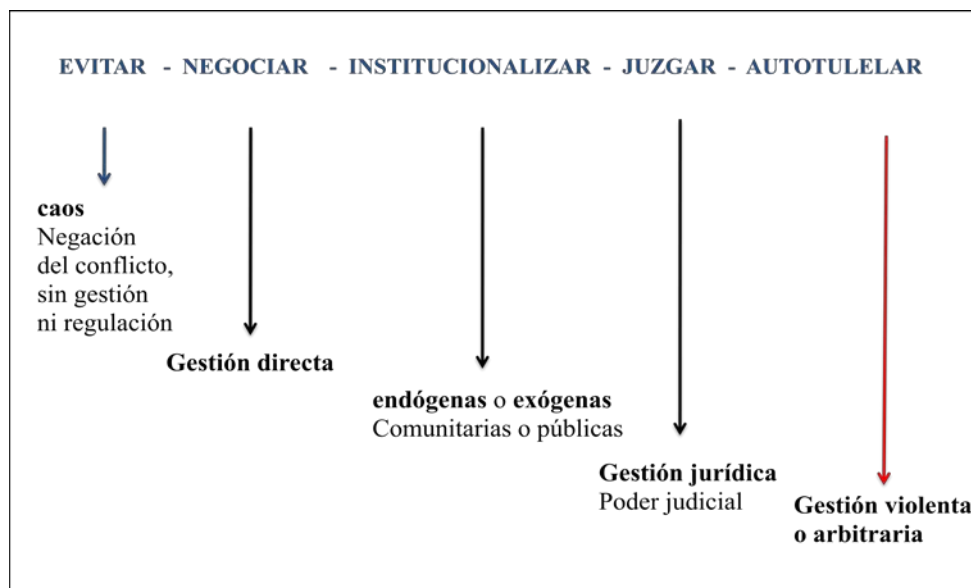
## CAPÍTULO II

### GESTIÓN DEL CONFLICTO

Desde el principio es necesario aclarar que la reflexión aquí presentada parte desde una visión ontológica; desde “el ser” se intenta reconstruir cómo es que los ciudadanos en su cotidianidad enfrentan las situaciones conflictivas, a diferencia del enfoque jurídico que parte de la consideración equivocada de suponer que todos los conflictos tienen gestión jurídica. También se analiza a partir de la evidencia ofrecida por los trabajos de encuesta, que la sociedad gestiona jurídicamente un pequeño residuo de situaciones que si bien constituyen un problema jurídico, el poder judicial no se entera de su existencia.

#### 1. Las opciones del ciudadano cuando tiene un conflicto

Es interesante el esquema de alternativas que se presentan ante un conflicto



Gráfica: 16 Opciones del ciudadano para conducir su propio conflicto,  
Butt T, Munduate L, Barón M, Medina F (2005).

Desde el punto de vista del ciudadano, cuando presenta un conflicto, puede tomar alguna de las siguientes alternativas que van desde no hacer nada y permitir que el extremo contrario obtenga ventaja, beneficio o no responda, hasta utilizar la fuerza para conseguir un resultado, pasando por intentar solucionar directamente o utilizar los servicios formales de justicia.

En el resto del capítulo se analiza en detalle esta cuestión, ya que la gestión directa, los mecanismos endógenos y exógenos y la gestión jurídica resumen las alternativas de gestión del conflicto.

## 2. Los objetivos de gestionar un conflicto.

Al analizar cuál es el propósito de la gestión de un conflicto en cada uno de los operadores que interviene para conseguirlo, sorprende la diferencia de objetivos que se pueden identificar. El conflicto se interpreta y lee en el lenguaje de la misión institucional del operador que asume su gestión. Por ejemplo el objetivo del Estado a través de la administración de justicia será el de evitar que los ciudadanos se tomen la justicia por su propia mano, establecer un orden y control sobre los abusos de los ciudadanos, actuando en un marco de garantías y derechos preestablecidos.

En la literatura de resolución de los conflictos e investigación para la paz se identifica un objetivo en la mediación que en sus diferentes discursos aboga por la obtención de un acuerdo, la transformación de la relación o ambas cosas.

Es claro que, al no tener una valoración negativa del conflicto, los nuevos modelos de gestión, diferentes al judicial o al violento, apuntan a desaparecer la denominada *suma cero* tan característica del proceso judicial y orientar más el acuerdo al mutuo beneficio. Esta nueva cultura de gestión del conflicto va de la mano del movimiento pacifista, de la eliminación de la violencia como recurso para reivindicaciones que de fondo son consideradas justas.

Pero no es adecuado afirmar que todos los fallos de los jueces son de suma cero; aunque el veredicto se funda en normas preestablecidas y deben declarar la responsabilidad penal o civil, los jueces tienen un espacio de interpretación lleno de matices permitidos por el ordenamiento, donde además del derecho también la equidad aplicada a cada caso en concreto sirve al juez para construir una decisión que dé en justicia a cada cual lo que le corresponde.

Aunque los objetivos del sistema de justicia de una Nación deben ser claros y definidos, su aplicación dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. También la *gestión del conflicto* debe entenderse en un sentido amplio, que incluye alternativas como la gestión directa, la restauración, el tratamiento de resolución, etc., lo que se trata de sintetizar en lo que sigue.

Se dice que un conflicto puede superarse mediante un arreglo directo, si por ejemplo con ocasión de un choque de tráfico, se decide que cada conductor paga los daños de su propio vehículo; esto será un simple *acuerdo directo*.

Se hablará de *tratamiento* cuando supone una relación de dependencia entre los extremos, donde se exige el cumplimiento de unas condiciones para que se produzcan otras. Por ejemplo en el dialogo sostenible entre administración municipal y comercio de calle o ambulante. Será un objetivo la *transformación* si durante la gestión de un conflicto particularmente violento se logra pasar de la competencia a la cooperación.

Pero cuando el conflicto está en manos de un tercero con plena capacidad para tomar una decisión, luego de atender a una valoración de los hechos y la realización de un análisis motivado y explicado por razones jurídicas o fundadas en su leal saber y entender el objetivo será *resolver*.

De otra parte se hablará de un objetivo *restaurativo* cuando bajo la tutela del Estado y la participación de la comunidad la gestión del conflicto conlleva al perdón, reparación y recuperación de la relación entre víctima y victimario. Finalmente si la cuestión es definir por medio de la autoridad, como consecuencia de una conducta antijurídica el objetivo será la *adjudicación*.

Las anteriores son denominaciones de las diversas formas de abordaje que académicos y facilitadores usan sin ponerse completamente de acuerdo para hacer referencia al proceso en el que participan. Por ejemplo en la obra de John Burton se entiende la disputa como un asunto negociable, factible de compromiso que no se institucionaliza; a diferencia del conflicto que ya lo ve como un enraizamiento en las necesidades humanas que no puede ser negociable. También diferencia el hecho de *acordar* como obtener una solución donde una de las partes pierde algo, a *resolver* que se da en situaciones donde el resultado satisface a las dos partes (Alzate R 1998, 20).

En fin, unas maneras de gestionar pueden ser sinónimo de otras, lo importante es que quieren matizar que la intervención debe buscar como objetivo algo más que un simple acuerdo entre partes. O dicho de otra manera dependiendo del camino escogido para terminar el conflicto y de las características de esa solución el proceso tendrá una denominación u otra.

Para efectos de esta reflexión se selecciona el término *gestión* que pretende ser genérico de todos los anteriores y a la vez comprende el principio de acercamiento entre partes, Redorta así lo analiza:

El campo de la gestión de conflictos (*conflict management*) se revela como un área de conocimiento donde pueden aplicarse recursos que se estudian en lo que ya podemos ir llamando conflictología o ciencia que se ocupa del estudio de los conflictos

desde una visión multidisciplinar. De alguna manera, pues, en la conflictología se agruparía todo el saber teórico y en la gestión de conflictos el saber más práctico orientado a la intervención y a resolver el caso concreto (Redorta J 2011, 22).

Por la cita anterior se comprenderá que un servicio de gestión de conflictos al margen de circunscribirse a mediar, conciliar o arbitrar, puede dirigir sus procesos hacia la situación más óptima para la paz social y para la relación de los extremos comprometidos en el conflicto, obviamente dependiendo del contexto y circunstancias de cada uno de los casos.

Ahora bien se supone que una de las funciones del Estado es la *resolución de conflictos* (Arnaud J, Fariñas M 1996,134-135), pero se comprobará que es imposible, el panorama de la justicia que los modernos Estados se han esforzado en construir no satisface todas las expectativas sociales.

Una de las razones que a la vez se convierte en principio aquí desarrollado, es entonces la imposibilidad de los sistemas jurídicos para asumir toda la carga de conflictividad social. También ocurre que un exagerado institucionalismo formal, ha hecho que la noción de administrar justicia sea cada vez más ajena a los ciudadanos y se convierta en un asunto de competencia exclusiva de funcionarios especializados.

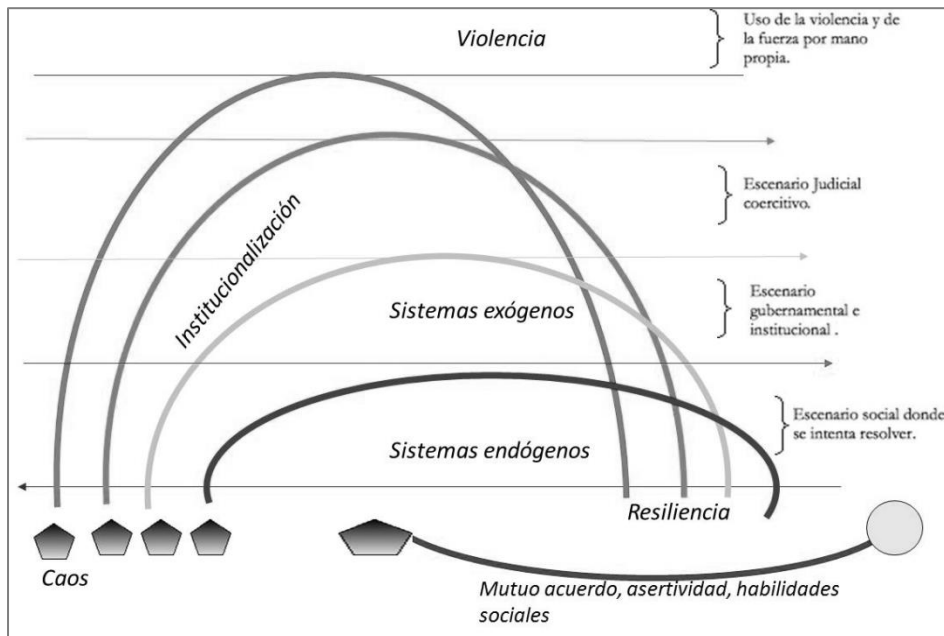
Por esta razón, para donde se quiere orientar la discusión de esta tesis, es hacia la acción de los agentes diferentes al Estado para la intervención en los conflictos; por esto otra visión muy pertinente sobre la gestión de los conflictos en las organizaciones la ofrecen los estudios de psicología social hechos por los profesores de la Universidad de Sevilla Francisco J Medina, Pedro J Luque y Serafín Cruces, en el que reconocen que algunas clases de conflicto tienen efectos positivos en las organizaciones, por lo que no se deben negar sino gestionar, lo que implica conocer sus circunstancias, y afrontarlos de forma que permitan conseguir resultados positivos, en tanto que hay otra clase de conflicto que es indispensable resolver para evitar escalar (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 46)

Como se ve, las investigaciones para la paz y la gestión de conflictos, han desarrollado nuevo conocimiento y reconocido en prácticas ancestrales un *saber hacer* que las administraciones de justicia pueden plantearse incorporar. Este dialogo transdisciplinario es muy oportuno toda vez que en la teoría del derecho clásica hay también respuestas olvidadas que deben conversar con las actuales investigaciones académicas.



### 3. Mapa conceptual de la gestión del conflicto

El siguiente grafico permitirá identificar algunas de las posibilidades que tienen los ciudadanos para encontrar una determinada y gestión en el contexto de la sociedad:



Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, elaboración propia basado en Fisas V (2006)

El gráfico es un mapa conceptual que representa las múltiples situaciones que en la vida cotidiana suelen convertirse en *conflicto* y por tanto requieren de un nivel de *gestión*. En la parte inferior entre el pentágono y el círculo, se representa el escenario social donde suceden las relaciones humanas de manera pacífica, allí donde la especie interactúa cotidianamente, choca, se establece la vida de relación familiar, laboral, comunitaria, de intercambio económico y el entorno con la naturaleza.

#### 3.1. Gestión directa del conflicto

Los pequeños pentágonos en la parte inferior de la Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto. Son la representación del conflicto con todos sus elementos, según el desarrollo en la primera parte, donde se trató los elementos de análisis del conflicto. Es natural que la mayoría de los conflictos se solucionan en ese mismo escenario en que ocurrieron, no afectan la vida de relación y suelen pasar desapercibidos, por lo que en la

gráfica están representados por la línea circular azul de modo que se diluye o resuelve sin trascendencia dependiendo de la estructura de oportunidad, las condiciones de los actores y demás factores que inciden para que una situación cotidiana no degenera o escale.

Entonces se espera que la cultura principalmente, y las políticas educativas de la sociedad moderna, preparen a sus ciudadanos en habilidades sociales para que respondan con *asertividad*<sup>1</sup> ante situaciones conflictivas. Se trata del desarrollo de *competencias ciudadanas*, para la gestión de los propios conflictos, definidas como: “... el conjunto de conocimientos y de habilidades cognitivas, emocionales y comunicativas que, articulados entre sí, hacen posible que el ciudadano actúe de manera constructiva en la sociedad democrática” (Ministerio de Educación Colombia 2013).

Lo esperado es que el ciudadano se encuentre preparado para responder a situaciones conflictivas o imprevistas, aproximarse a los conflictos y promover acuerdos directos. De no lograr ese nivel elemental, tendrá que empezar a reconocer en su entorno social o *capital simbólico* en términos de Pierre Bourdieu, las posibilidades de gestión, es allí donde los poderes de regulación aparecen.

Pero esa no es la suerte de todas las situaciones conflictivas; algunas requieren salir de su esfera propia y empezar a recorrer un camino que, dependiendo de las redes sociales en las que los ciudadanos se encuentren involucrados, tardará más o menos en recuperar la forma y en encontrar una gestión satisfactoria para que las situaciones vuelvan a su cotidianidad, retornen nuevamente a su estado inicial o se acomoden a una nueva estructura.

### **3.1.1. Gestión directa reflejada en la encuesta GENNJI**

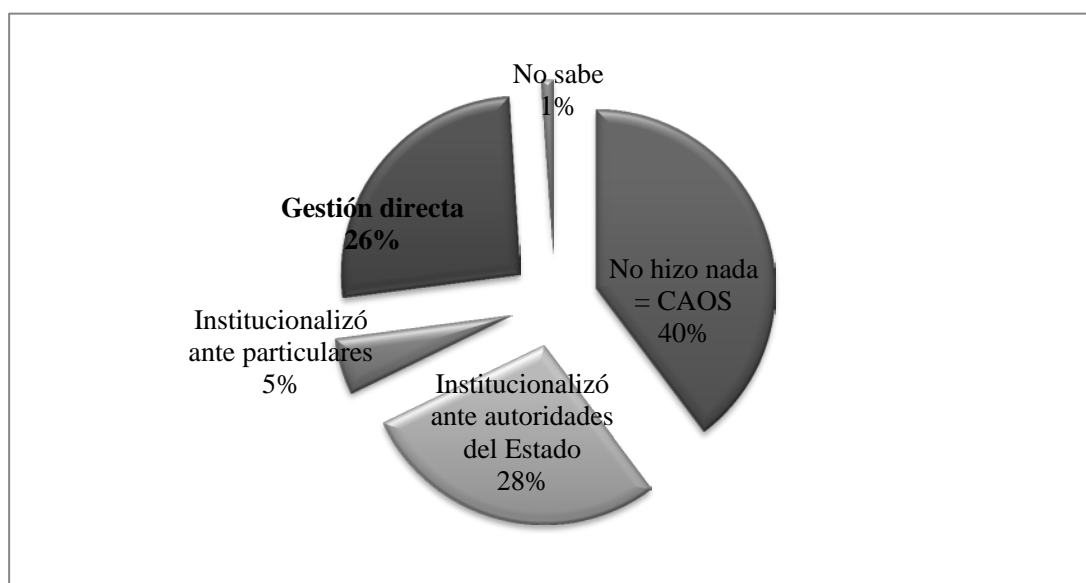
El estudio de las Necesidades Jurídicas permite identificar que en Colombia el porcentaje de acuerdos directos es un segmento equivalente a la cuarta parte de los pro-

---

<sup>1</sup> Asertividad proviene del latín *asserere*, *assertum* que significa afirmación de la propia personalidad, confianza en sí mismo, autoestima, aplomo, fe gozosa en el triunfo de la justicia y la verdad, vitalidad pujante, comunicación segura y eficiente. (Rodríguez y Serralde 1991)

blemas jurídicos<sup>2</sup>, es una cifra muy positiva dentro del conjunto estadístico que arrojó el estudio, pues reconoce la existencia de un valor social importante que debe seguir potenciándose.

Los objetivos de una sociedad sustentable en términos de resolución de conflictos se deben medir a través de este indicador; en la capacidad que tienen los ciudadanos de arreglar sus conflictos; ya tiene mérito el hecho de sacarlos del área de caos y luego el hecho de no institucionalizarlo ante las autoridades del Estado o sus redes próximas.



Gráfica: 18 ¿Qué hacen los ciudadanos frente al conflicto? (GENNJI MinJusticia 2013)

---

<sup>2</sup> En el contexto de la encuesta GENNJI, se identifican los conflictos y los problemas jurídicos, lo que no siempre corresponde con la realidad a nivel general, así cuando en este trabajo se afirma “por cuarta parte de los problemas jurídicos” debe entenderse “cuarta parte de los conflictos de los encuestados”.

## 4. Institucionalización del conflicto

Se echa de menos o se da por supuesto en los estudios de resolución de conflictos la cuestión de la *institucionalización* como concepto, como fenómeno social, y como enfoque de análisis; puesto que, es en esa construcción donde los individuos pueden gestionar con mayores probabilidades sus controversias. Las que ocurren por actos ocasionados por voluntad de los individuos o el encuentro fortuito entre ellos, sucesos derivados del voluntarismo o el contractualismo, etc. y sin embargo cuando esos dispositivos sociales fallan, los ciudadanos no tienen un remedio diferente que el de acudir a sus redes más próximas, buscar apoyos basados en el mundo que conocen y del cual esperan un respaldo.

Una institución puede ser definida como: “una red de procesos interhumanos relativamente continuos que inician y mantienen conexiones entre personas y grupos dentro de una estructura plural, con objeto de conservar esta estructura o de servir sus intereses” (Smith H 1962, 93-104).

En el acto de institucionalizar, el individuo hace una elección del tipo de organización a la que acude y sobre la cual existe expectativa de solucionar su conflicto, bien sea por la tipificación de la conducta o porque se puede garantizar que hay un medio donde hay autoridad, roles y normas que permiten una forma de reclamación.

Cuando las personas presentan un conflicto, rompen la esfera íntima para someter la situación a un escenario institucional, y sobre dicha situación actúan los tres poderes de regulación:

La comunidad, con sus usos, costumbres, redes de apoyo, en la iglesia, barrio, familia, etc.

La presión del mercado, con la valoración económica de la situación, estimación de costo beneficio, alternativas, oportunidades de riesgo y negocio, donde interviene el capital, o los organismos como el gremio, la empresa, asociación profesional, mutual o cooperativa.

Finalmente la regulación del Estado circunstancia en la que se revisa el discurso oficial para hallar en el catálogo de derechos e involucrar operadores jurídicos, que también se encuentran institucionalizados.

## 4.1 Aspectos del Neo-institucionalismo relevantes en la gestión del conflicto

Del estudio de las políticas públicas en materia de justicia surge la reflexión sobre la influencia del neoinstitucionalismo y su importancia en la gestión del conflicto; por ejemplo en el año 2004 el PNUD publicó un documento sobre acceso a la justicia escrito por el profesor Jorge Iván Cuervo donde identifica tres movimientos de políticas de acceso a la justicia que entroncan con tendencias globales:

El primero es el movimiento de *Justicia y desarrollo* que promovía con una visión paternalista el mejoramiento de los servicios judiciales para garantizar el desarrollo económico y la igualdad, especialmente con acciones afirmativas para la inclusión de los menos favorecidos. Este movimiento recibió la influencia de los *critical legal studies* que demandaban el fondo ideológico que tienen los discursos jurídicos (Cuervo J 2004, 4).

El primer movimiento *-law and development* – tuvo como principales impulsores a la Fundación Ford, la AID (Agency for International Development de los Estados Unidos) hoy USAID, y algunas prestigiosas universidades y centros de pensamiento entre los que se destacan Wisconsin, Princeton, Stanford, Harvard, Columbia, Yale y el Internacional Legal Center que se transformaría en el Center for Law in Development, ICLD, uno de los centros abanderados del enfoque del uso alternativo del derecho que surgió como crítica al determinismo del movimiento *derecho y desarrollo* (Cuervo J 2004, 4).

El segundo es un *enfoque institucional* que apunta a redefinir la oferta, en el cual se circunscriben estas reformas que introducen los Estados para mejorar la eficiencia del servicio judicial y desjudicializar muchas demandas que el sistema no puede asumir; “El segundo movimiento fue estimulado por la propia AID, pero también por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo” (Cuervo J 2004, 4). Este enfoque sigue manteniendo los defectos de la endogamia, en el sentido que los expertos solo pueden percibir los errores del sistema internamente pero no cuentan con elementos para comprender la dimensión del fenómeno social en su conjunto, lo que hace que las

soluciones sean tal vez correctas pero los problemas más grandes, por lo tanto no se producen los cambios estructurales suficientes.

En el análisis de Jorge Iván Cuervo se considera que centrar en análisis no tanto en la oferta como si en la demanda de justicia, es decir conocer las necesidades jurídicas de la sociedad, es acercarse a un tercer enfoque, el *neoinstitucional*, que ha subrayado la importancia del acceso a la justicia como el componente fundamental de las reformas: “el tercer movimiento que dio origen a una tercera generación de reformas a la justicia ha estado impulsada por el Banco Mundial y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, en la lógica de las llamadas reformas post consenso de Washington (Cuervo J 2004, 4).

Ahora bien, sobre el neoinstitucionalismo como enfoque de análisis desde el punto de vista de las Instituciones Jurídicas y su cohesión social, Mauricio Villegas presenta una opinión muy importante en la Revista de Economía Institucional de la Universidad Externado:

Las instituciones “reducen las incertidumbres propias de la acción humana. Ellas proporcionan la estructura del intercambio que (junto con la tecnología) determina el costo de la transacción y el costo de la transformación” (North, 1993, 51). Pero esto no garantiza que las instituciones sean eficientes. Qué tan bien resuelven los problemas de coordinación y producción es algo que está determinado por la motivación de los jugadores y la complejidad del medio.

Las instituciones imponen normas de comportamiento a los participantes. Estas normas, según North, pueden ser formales, por ejemplo, leyes, constituciones, reglamentos, etc., o informales, filtros culturales e ideológicos con cuya ayuda interpretamos los hechos y las normas formales. La falta de normas formales en las sociedades primitivas era compensada por una densa red de estructuras informales de tipo moral y religioso que creaba lazos estrechos entre las personas, de modo que las conductas desviadas eran consideradas como atentados contra la sociedad (Villegas M 2004, sp).

También Pablo Iglesias y Xosé Arias en su análisis del derecho interpretan a Nort (1990) sobre la importancia de las instituciones en el cumplimiento de la tutela judicial efectiva:

Cuando se emite una resolución estricta y coherente desde el punto de vista de la aplicación del derecho vigente, y además el aparato judicial cuenta con las características necesarias para hacerla efectiva a un bajo coste para la parte beneficiada, las partes penalizadas por la resolución se sentirán incentivadas a adaptar su comportamiento a las instituciones vigentes y a no volver a incurrir en las conductas que han motivado la resolución que les ha sido desfavorable, Se confirmaría así el planteamiento northiano acerca de que una de las principales funciones de las instituciones consiste precisamente en modelar la conducta de los individuos. (Iglesias P, Arias X 2007, 139).

La anterior discusión no deja dudas acerca de la pertinencia de involucrar el fenómeno del institucionalismo cuando de gestión de los conflictos se trata, porque si para algo el ser humano estructura sociedad es para la gestión eficiente de los conflictos, de hecho la misión del Estado es contribuir para que la respuesta de la sociedad ante el conflicto sea racional en el sentido de desarrollar habilidades para solucionar el conflicto y en su defecto pueda dirigir su reclamación por los cauces institucionales.

Pero qué es el neo institucionalismo:

La ciencia social reconoce dos tendencias relacionadas con el institucionalismo: i) uno el clásico es al que nos hemos referido y del cual se hace eco la política y el derecho positivista, como lo recoge la tradición inglesa. ii) otro moderno, el *neoinstitucionalismo* que R. A W Rhodes en 1997 definía como: “un enfoque funcional -descriptivo que concede un papel más autónomo a las instituciones” (Leone J 2003, 4).

A continuación se presenta una reflexión sobre institucionalismo basada en los conceptos de José Antonio Rivas, el cual aporta una ilustración muy interesante sobre el nuevo contexto en el que se analizan las instituciones. Resultando estas la base del sistema político y de ellas dependiendo el funcionamiento de la economía, reducen la incertidumbre y proporcionan una estructura a la vida diaria (Leone J 2003, 4).

Desde el Neoinstitucionalismo como enfoque de estudio; flexible y dinámico, que interpreta su comportamiento ya que al ser creaciones humanas, las instituciones evolucionan y también decaen, esos cambios institucionales son de gran importancia para el análisis. La mayoría de los agentes sociales, políticos y económicos de la actualidad son organizaciones formales, procedimientos legales, prácticas institucionalizadas, por eso ellas: articulan, estructuran, integran, promueven positiva o negativamente nuestra conducta, normas, reglas códigos y tradiciones.

En el sistema normativo *comunitario*, para que sea institución esta debe ser de suyo *endógena* a la interacción entre los actores, en la medida en que son el juego mismo y a la vez su estructura entre actores. En el proceso de socialización los ciudadanos promueven categorías: hábitos, roles, patrones, valores y marcos de referencia que determinan su vida. Alrededor de las instituciones se desarrollan procesos de socialización - deliberación - participación eso sirve de soporte social y además impone roles, normas, conductas, usos, costumbres, sanciones, premios, incentivos, castigos, moldean y canalizan nuestras expectativas y preferencias políticas, económicas, sociales y culturales (Leone J 2003, 4).

Desde el sistema normativo producto de la *economía* o el mercado, el neoinstitucionalismo busca analizar teorías económicas y sus interrelaciones sistémicas. Parte de la base que institución es conjunto de reglas que se obedecen debido a la amenaza de una posible sanción. Como seres racionales son capaces de calcular si el beneficio de no obedecer las reglas es mayor a la posible sanción, o cuál es la probabilidad en caso de romper una regla de ser descubiertos o sancionados (Leone J 2003, 4).

Se concede importancia y hace énfasis en los procesos de negociación y transacción de las instituciones donde los actores se desenvuelven con racionalidad e información que les permite maximizar sus decisiones en virtud de una utilidad y objetivos. Según Nort Las instituciones económicas son: “mecanismos desarrollados para disminuir costos de transacción implícitos en todo intercambio, aumentando la eficiencia en términos de fines y ganancias” (Leone J 2003, 4).

Las instituciones económicas imponen una serie de limitaciones al comportamiento basado en el interés personal, luego restringen las estrategias políticas, sociales o económicas que los actores se trazan para alcanzar sus objetivos. Ellas también están basadas en rutinas que permiten disminuir la atomización y simplificar procedimientos, lo cual reduce la incertidumbre. La calidad, el nivel, el desempeño y la eficiencia son



fundamentales puesto que el objetivo es reducir los problemas, alcanzar la maximización para obtener alguna ventaja comparativa en el mercado (Leone J 2003).

Finalmente el *Estado* como principal sistema de normas recibe influencia del neoinstitucionalismo, pues pretende que la política se analice según los anteriores parámetros ofrecidos al contexto económico, de modo que se concede atención a los mecanismos de decisión de las organizaciones, con una visión pragmática que se fija más en el “ser” de la organización, no tanto en el “deber ser” normativo.

De las instituciones políticas del Estado se examina el liderazgo, el desempeño, su burocracia, se propone el cambio institucional como proceso donde surgen nuevos entramados, nuevos actores, nuevos costos de transacción, nuevas rutinas reglas de juego que buscan la eficiencia y estabilidad, sucede que en la mayoría de los casos es más fácil iniciar los cambios que controlar los resultados.

Para el neoinstitucionalismo el papel del Estado como productor de normas y de estabilización política e integración se replantea, pues en la sociedad permean otros grupos como los partidos, grupos económicos, ONGs o parlamentos que cumplen funciones integradoras y de estabilidad, es más que su actividad simbólica es tan importante que de no existir, o entrar en decadencia generarían una grave desestructuración social (Leone J 2003, 4).

Hay una clasificación de las instituciones que expone José Antonio Rivas y las cuales se originan en la obra de James March y Johan Olsen *Rediscovering institutions: the organizational Basic of politics*, según la cual toda sociedad requiere de dos variables institucionales que se pueden categorizar así: i) agregativas a través de procesos de negociación: agregan los intereses de los ciudadanos, se aceptan ciertas preferencias a cambio de sacrificar otras, donde se asume la política como un conflicto de intereses. ii) integrativas: se valen del dialogo ciudadano para construir y compartir nuevas preferencias compartidas que contribuyen a la cohesión social; (Leone J 2003,4), un programa de mediación o resolución de conflictos estaría en esta categoría

Por ejemplo en el caso de las instituciones de justicia comunitaria realizada por simples ciudadanos sin formación jurídica, se ve como estas estructuras que en su momento fueron institucionalizadas, dieron paso a otras especializadas motivadas por el auge o desarrollo institucional del Estado y la necesidad de garantizar los derechos; el anterior fenómeno encuentra su justificación en la necesidad de garantizar derechos, debidos procesos y remuneración por el ejercicio de la actividad. También por el au-

mento de la demanda. Sin embargo una exagerada sofisticación de las instituciones desprende los vínculos que los ciudadanos tienen con sus instituciones y se pierde la proximidad territorial e ideológica que tenemos sobre ellas.

De otra parte, para Peter Berger las instituciones proporcionan maneras de actuar por medio de las cuales es modelada y obligada a marchar la conducta humana, en canales que la sociedad considera los más convenientes” (Leone J 2003, 4). También así lo entendió también Bonafé: “el desarrollo de estas instituciones informales, sean de creación estatal o espontánea, conduce a reconsiderar la función judicial, y más generalmente la razón de ser del derecho” (Bonafé J 1988,17)

Triste resulta la evaluación del estado de “institucionalidad” en Colombia, lo institucionalizado en la violencia según lo expone Galtung en reciente entrevista a Hernando Roa:

La violencia estructural está institucionalizada y no percibo voluntad de cambiarla. La matanza de los grupos violentos es un rito, es una pauta común; hay que romper con estas pautas” Johan Galtun en (Roa H 2012 pp139-153).

Mi primera visita en Colombia fue en 1963; los he visitado unas 10 veces y veo con tristeza la institucionalización de la violencia estructural y la violencia directa de los paramilitares que han estado vinculados con sectores gubernamentales; las tumbas que se han descubierto y todas sus acciones criminales. Es lo contrario de Afganistán, por ejemplo. Allí hay mucha sombra, pero hay un poquitín de luz; no está fácil el futuro para Colombia” Johan Galtun en (Roa H 2012 pp139-153).

Si pensamos en el tema de la paz, concebida como ausencia de guerra entre Estados, puede resultar útil recordar mi experiencia en el conflicto entre Ecuador y Perú, donde participé como mediador. Su solución se me presentó relativamente fácil. La idea de tener una zona bi-estatal en los Andes ha funcionado muy bien. Entonces, desde el punto de vista de paz interestatal, América Latina lo ha hecho relativamente bien; los conflictos que existen, pueden resolverse. Más desde el punto de vista de la violencia estructural, todavía tenemos serias dificultades; hace falta encontrar

los caminos. Tenemos movimientos en Venezuela y en Bolivia; hay un cierto tipo de dinamismo; en Colombia no veo mucho dinamismo; existen algunos avances, pero sus desafíos son muy grandes si se trata de institucionalizar la paz y profundizar la democracia. Johan Galtung en (Roa H 2012 pp139-153).

De lo visto en el análisis del neoinstitucionalismo como movimiento de pensamiento, este trabajo lo acoge para preguntarse por las relaciones sistémicas del Estado la economía, la comunidad y la relación que guardan con la metodología estadística utilizada para identificar las Necesidades Jurídicas desde las perspectiva de los usuarios de los servicios de justicia, es decir haciendo un análisis que parte desde el “ser” y no desde el “deber ser” por lo que se aspira a que este trabajo de investigación se enmarque dentro de este enfoque.

## **4.2 Instituciones endógenas de gestión del conflicto**

Por *instituciones endógenas* se entenderán aquellas estructuras que por autonomía fueron construidas por la propia comunidad para la gestión de conflictos. Dicho de otra manera, el poder de regulación del Estado de Derecho escapó a ciertas conflictividades que encontraron gestión en estructuras sociales consolidadas a través del tiempo.

Es por medio de la costumbre que la acción social se encamina de manera que logran imponerse dentro de la sociedad ciertas dinámicas que la gobiernan, es lo que se denomina el principio de regulación de la comunidad, que junto con el principio de regulación del Estado y el mercado son los principales pilares de emancipación y regulación de toda sociedad “El principio de comunidad implica la obligación horizontal que relaciona entre sí a los individuos según criterios de pertenencia que no se refieren al Estado ni al mercado. Estabiliza expectativas al definir qué puede esperar o alcanzar un grupo particular colectivamente, dentro de los límites políticos fijados por el Estado y por fuera o más allá de cualquier obligación de mercado (Santos B 2009, 32).

Ejemplo de ellos son: El sistema de compensación de la justicia Wayúu, los Consejos Comunitarios de las comunidades afrocolombianas de Colombia, el Tribunal de Aguas de Valencia, España, los Jueces de Paz de Perú. Son algunos ejemplos de sistemas endógenos de justicia que se caracterizan por: primero, coexistir en medio de un derecho hegemónico oficial; segundo, desarrollar un alto grado de institucionalidad, lo que implica un uso frecuente entre los miembros de la comunidad; tercero y más importante, por la participación de ciudadanos sin injerencia de la burocracia, retórica o coacción oficial; cuarto la coacción frente al incumplimiento.

En alguna medida los sistemas jurídicos actuales son instituciones endógenas de justicia respecto de los pueblos que las construyeron; el *common law* respecto de Inglaterra o el sistema romano - germánico respecto de Francia, Alemania, Italia, España (Sánchez R 1975, 355). Sistemas que iniciaron como prácticas de regulación rupestres y que hoy en día se universalizaron bajo la noción de Estado Nación se impusieron sobre otros órdenes de regulación que en palabras de Boaventura de Sousa Santos fueron considerados inferiores como por ejemplo la familia, la iglesia, las asociaciones profesionales o voluntarias (Santos B 2009, 32).

La hipótesis que se plantea en este análisis es la de afirmar que los sistemas jurídicos ancestrales que aún perviven a pesar de la coexistencia de un derecho hegemónico tienen la capacidad de ser más eficaces en términos de confianza, legitimidad y cumplimiento de regulaciones sociales, lo cual no quiere decir que no sufran externalidades que amenacen su extinción o que no resulten garantes de los derechos fundamentales contemporáneos.

#### **4.2.1 Instituciones endógenas comunitarias**

En este orden de ideas y siguiendo la explicación de la Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, con líneas circulares ascendentes se representan las diversas posibilidades que un conflicto tiene para solucionarse, siendo la primera el escenario social más próximo al que se vive el conflicto, en él los actores pueden encontrar aliados estratégicos que inciden para solucionar sin más complicaciones, esto dependiendo del conflicto pero también de la red de apoyo con la que cuenta el ciudadano afectado.

Sucede que las personas dan más importancia a sus relaciones personales que a los mandatos jurídicos en sí, es por eso que la “convención” puede

llegar a ser más efectiva que la misma norma jurídica. Pues a la gente le interesa quedar bien con los miembros de su colectividad, porque en esta forma protege sus propios intereses y por lo mismo actúa de cierta manera, que aunque se apegue al mandato jurídico, no lo hacen por este (Sánchez J 1941, 47).

## 5. Gestión institucional del conflicto ante el Estado

El derecho moderno se funda en la *legitimidad* requisito sin el cual carecería de espíritu, y coerción, requisito sin el cual carecería de fuerza. Se funda también en los poderes constituidos e independientes que garantizan la promulgación de normas, la ejecución administrativa y el control judicial de las mismas. Conformado en estructuras independientes, funcionales y siempre perfectibles, dotadas de un canon de normas y procedimientos que permiten la seguridad jurídica y la garantía de principios constitucionales modernos que regulan la vida de los ciudadanos.

Desde un punto de vista sociológico, la continua institucionalización del Estado con todos sus elementos construye o crea el derecho mayoritario y positivo, por medio del cual se regulan verticalmente las relaciones entre ciudadanos. La anterior pretensión incluye, involucra o reconoce otros sistemas jurídicos que también han regulado la vida de comunidades indígenas y artificialmente reconoce otras jurisdicciones, permite que particulares construyan acuerdos basados en la autonomía de la voluntad incluso con alcance de cosa juzgada, o por medio de procedimientos judiciales.

Si se sigue con la Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, la franja que representa la oportunidad en el ámbito de lo gubernamental, donde las instituciones del Estado de Derecho pueden brindar un apoyo no coercitivo pero si *persuasivo* como lo llamaría J.P. Bonafe Schmitt cuando afirma: "...el derecho no desaparece el conflicto del contexto social, sólo actúa con cierta capacidad de persuasión" (Bonafé J 1988).

Como ya se ha dicho, un conflicto es conflicto dependiendo de factores relacionados con el contexto, la dinámica y las posibilidades que existen para hacer efectiva tanto la reclamación como el surgimiento de la controversia

## 5.1 Instituciones exógenas de gestión del conflicto

La mayor parte de las instituciones jurídicas y sociales que gobiernan la vida contemporánea, tienen esta característica, surgen como producto de la organización del Estado para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, no nacen de los impulsos sociales.

Este matiz entre lo endógeno y lo exógeno puede dar la clave para comprender por qué algunas instituciones ancestrales son más eficaces para gestionar la vida social en general y los conflictos en particular, que las instituciones promovidas por el propio Estado a través de los procesos de institucionalización de las normas. La observación de las circunstancias que facilitan el funcionamiento de este tipo de instituciones puede contribuir a mejorar la respuesta del Estado y el vínculo de los ciudadanos con las políticas públicas<sup>3</sup>.

El mapa conceptual propuesto en la Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, muestra con una de las líneas ascendentes la representación del nivel más especializado de justicia, el de la judicialización de los asuntos, aquellos donde se dirimen las situaciones con la intervención de un juez. Según los principios generales del procedimiento puede ser voluntario, que busca la prevención de eventuales litigios, declarativa o inquisitiva dependiendo del intervencionismo del Estado, de la autonomía de la voluntad, del grado de afectación y del interés de protección de bienes jurídicos que no sólo afectan a las partes sino al conjunto de la sociedad.

Todos los sistemas judiciales del mundo son caóticos y presentan tendencia a la congestión, salvo Suecia o Nueva Zelanda, ninguno resuelve todos los “problemas jurídicos” y como se reitera tampoco tiene por qué hacerlo. “El ordenamiento jurídico, cuyo

---

<sup>3</sup> Los términos endógenos o exógenos son incorporados a este trabajo de manera inédita con el propósito de lograr una clasificación que permita diferenciar algo que resulta muy relevante a la hora de analizar la construcción de estas instituciones de justicia. Teniendo en cuenta que no es lo mismo hablar de instituciones *ancestrales* que a través de fuertes procesos de institucionalización comunitaria hoy logran un nivel sorprendente de cohesión social como es el caso del Tribunal de aguas de Valencia o la justicia ancestral del litoral pacífico de Colombia, a pretender desarrollar una política pública de mediación a partir de un mandato oficial que aunque legítimo es extraño a sus destinatarios, aunque son instituciones que comparten elementos comunes, el estudio de sus elementos característicos es lo que permitirá desarrollar un nuevo conocimiento para fortalecer nuevos escenarios de justicia.

mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que deberían ser los guías, consiguen orientarse.” (Carnelutti F 1959, 66) Esta lapidaria frase ya vaticina que el interés por resolver un conflicto ante los jueces no siempre es garantía de justicia.

### **5.1.1 Gestión Jurídica del conflicto**

Es de carácter jurídico todo conflicto conducido ante organismos del Estado, que tienen competencias regladas en las normas promulgadas; dependerá de la apropiación que exista entre el que usa el servicio y el organismo propiamente dicho para considerarlo institucionalizado.

En principio todos los asociados tienen la posibilidad de acceder a dirimir un conflicto mediante la gestión jurídica, pero se demostrará que acceder a este nivel requiere de unas condiciones especiales de contexto y ciudadanía a las que no todos tienen posibilidad; más adelante en el Capítulo III se abordará con detalle todas las circunstancias relativas a este tipo de gestión.



## 6. Formas procesales de gestionar los problemas jurídicos

El derecho procesal desde sus más clásicas argumentaciones ha ofrecido una clasificación de la manera como se resuelven los litigios, para introducir y comprender el funcionamiento de los procedimientos judiciales. Es así como en la obra de Francesco Carnelutti (1994) se haya apuntes que dan cuenta de esta clasificación muy importante para comprender la actuación de la sociedad civil en los conflictos y los límites jurisdiccionales.

### 6.1 La autocomposición como medio de gestión

Es la denominación que el derecho procesal utiliza para referirse a los arreglos directos y privados que las partes han de utilizar para resolver sus diferencias. Los dos elementos más importantes de la autocomposición son: primero, en el objeto, pues se requiere que este sea de naturaleza transigible o como lo señala la doctrina española *disponible*. Segundo, el acuerdo al que se llega por voluntad expresa de las partes, opera el consentimiento mutuo sin la imposición de un tercero o del Estado (Carnelutti F 1994, 28)

Se incluye la transacción y la conciliación dentro del concepto de autocomposición, pues aunque intervenga un tercero, este no tiene poderes para imponer la decisión. No obstante lo anterior los investigadores Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger en su obra *la promesa de la mediación*, presentaron una interesante investigación por medio de la cual concluían que los mediadores en la práctica conducían el proceso no siempre hacia los objetivos que las partes buscaban (Folger J 2007-2008)

En la medida que el uso de la mediación se expandía entre diversos sectores de resolución de disputas durante los ochenta y noventa, un importante cuerpo de investigación documentaba que cada vez más, en la práctica, ella se estaba asemejando a los foros de intervención en conflictos que se proponía reemplazar<sup>4</sup>. Los mediadores esta-

---

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, Folger, J, Sydney, B, (2008) *Divorce Mediation: When Mediators Challenge Selective Facilitation: Some Preliminary Observations on a Strategy Used* CDE 8202 *Revista de Derecho* N° 18 Interior.indd Sec2:36 13/05/2008 11:39:44 by *Divorce Mediators*, 23, *Law and Society Review*, 613 (1989); William A. Donohue, *Communication, marital dispute ans divorce mediation*, , Jossey-Bass

ban llegando a ser altamente dirigistas y críticos cuando intervenían en disputas entre partes. A menudo, ellos decidían los temas que las partes podían discutir y moldeaban los términos del acuerdo que ellas alcanzaban<sup>5</sup>. En muchas ocasiones, los mediadores ignoraban los intereses que las propias partes identificaban y querían tratar (Folger J 2007-2008).

A veces, el control impuesto por un mediador, estaba dirigido a proteger a las partes de la adopción de decisiones potencialmente “malas”, en concepto del mediador, que podrían ser perjudiciales para una o ambas partes. En otros casos, el control del mediador se usaba para imponer la forma en que las partes participaban en el proceso de mediación (Folger J 2007-2008).

Generalmente, este tipo de control del proceso era usado para contener la interacción en el conflicto y limitar la expresión de emociones por las partes. En otra práctica en mediación, el control era ejercido con el fin de asegurar que las partes finalmente llegaran a un arreglo, incluso aunque ello implicara que el mediador promoviera términos de acuerdo que las partes fueran reacias a aceptar (Folger J 2007-2008)<sup>6</sup>.

Así el derecho quiere mostrar una distinción entre lo autocompositivo y las decisiones por adjudicación pero la práctica infiere otra muy distante al método por autocomposición.

## 6.2 Heterocomposición

Si la decisión del problema jurídico la toma un tercero y ésta vincula a las partes, se dice que es de carácter heterocompositivo, hay procesalistas que suelen involucrar en

---

(1991); Folger, J (2001) *Mediation Research: Studying Transformative Effects*, 18, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 385-397.

<sup>5</sup> Algunos ven la falta de énfasis en la autodeterminación de las partes como el resultado de la institucionalización de los programas de mediación en ambientes judiciales. Para ejemplos, ver Nancy Welsh, *The Thinning Vision of Self-determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 1-96 (2001); Joseph P. Folger, *Mediation Goes Mainstream: Taking the Conference Theme Challenge*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 1-10 (2002).

<sup>6</sup> Bush, R (2002) “*Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation and What it Means for the ADR Field*”, 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, pg 111-131.

esta categoría de decisiones las que resultan de una conciliación, por cuanto allí interviene un tercero; es probable que tengan razón si como lo se ha sostenido en esta tesis, ocurre que la intervención del mediador o el conciliador puede generar tanta influencia en las partes que estas puedan considerar sus intervenciones como un mandato de autoridad.

Sin embargo para efectos de esta investigación el concepto de heterocomposición se asigna a la decisión que una tercera parte toma como producto de la habilitación que otorgan los extremos; dicha decisión vincula a las partes y les ata al cumplimiento de lo decidido; es el caso del amigable componedor, arbitrador, árbitro o juez de paz.

### **6.2.1 Justicia por adjudicación**

Dentro del grupo de decisiones heterocompositivas y para efectos de esta investigación se utiliza el término justicia por adjudicación para referirse a la justicia impartida por el poder judicial, que tiene la autoridad suficiente para decidir en un problema jurídico incluso ante la ausencia o renuencia del extremo responsable de la falta. La justicia por adjudicación se diferencia de la *justicia por consenso* termino desarrollado por Marió Jaramillo en su clásica obra sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Jaramillo M 1996).

### **6.3 Autotutela**

El derecho procesal hace referencia a la opción que tiene el sujeto de tomar la justicia por su propia mano, por medio del uso arbitrario de la fuerza para invocar sus propias razones; justo la herencia de la revolución francesa de 1789 quitó esa posibilidad a los ciudadanos para que una institución superior a los individuos en nombre del Estado se arrogara el poder de administrar justicia; recordando que para asumir esta prerrogativa el derecho procesal rememora unas etapas: la mensajero, conciliador, árbitro y juez.

Sobre la violencia como forma de gestión del conflicto se hará referencia especial en el siguiente apartado.

## 7. Gestión violenta

En la Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, en la línea que representa el uso de la violencia como medio para solucionar los conflictos, si se observa la distancia que existe entre reparar un conflicto en el ámbito más próximo al ciudadano (situación más deseable) y la distancia en términos de reparación cuando se buscan soluciones violentas, se ve que las posibilidades de recuperación de un conflicto cuando intervienen los órganos coercitivos del Estado o sobre todo el uso de la violencia y de la fuerza, dificulta más su reparación.

En este apartado no se trata de hacer referencia de la violencia en general o sin causa, sino aquella que ocurre como consecuencia de un conflicto entre partes Galtung se refiere a la violencia también como una forma de salida al conflicto que se manifiesta de dos formas, la primera en la imposición y la segunda la venganza (Montiel F 2013, 49).

Para citar un ejemplo que se encuentra documentado, en 2009 la Revista Colombiana de Psiquiatría publicó el estudio: “Escenarios de violencia: interpretación de las lesiones personales no fatales, Colombia”, en él se presenta un estudio hecho en el Departamento de Antioquia con personas que llegaron al servicio de los Hospitales como víctimas de lesiones; un resumen de los resultados es que la mayoría de las agresiones ocurrieron en hombres, de 20 a 49 años de edad, residentes en áreas urbanas, trabajadores informales; sucedieron entre viernes y domingo, en medio de una riña en la vía pública o en un establecimiento público; fueron ocasionadas por armas cortopunzantes, cortantes o contundentes, y fueron realizadas por un conocido, amigo o familiar.

Lo escenarios construidos ayudan a comprender el fenómeno de la violencia en el departamento y las diferencias entre regiones. Estos fueron: apropiación de bienes, reivindicación económica o moral, lesión por azar, conflictos personales, control social, fracaso en la tramitación de los conflictos dentro de la familia, agresión a símbolo identitario, sobrevivencia y coexistencia de prácticas o normas con actores armados (Giraldo C 2009, 405).

Cómo se puede concluir del estudio hecho en el departamento de Antioquia, Colombia, al indagar por las causas de las lesiones personales, un porcentaje de ellas tienen que ver con la mala gestión de los conflictos, la imposibilidad de racionalizar argumen-

tos, superponerse a juegos de poder o mantener la jerarquía y la asimetría en las relaciones.

Otra de las causas está relacionada con la sobrevivencia, ocurrido en personas que se encuentran en circunstancias de marginalidad y recurren al uso de la fuerza para satisfacer sus necesidades básicas elementales. Así sugiere el análisis basado en un criterio de Arendt, H en 1970 sobre la violencia: “en cambio puede servir para dramatizar reivindicaciones y llevarlas a la atención pública” (Giraldo C 2009, 416).

En este punto es útil referirse a la *resiliencia*, término utilizado en física que aplicado a las ciencias sociales permite entender la manera como unas personas e incluso comunidades tienen mejor capacidad de recuperar su vida cotidiana después de sufrir una situación conflictiva o violenta, gracias a la intervención de múltiples factores; como la actuación de redes sociales de apoyo, la preparación y madurez de los implicados, la intervención de servicios sociales o coercitiva de las autoridades del Estado.

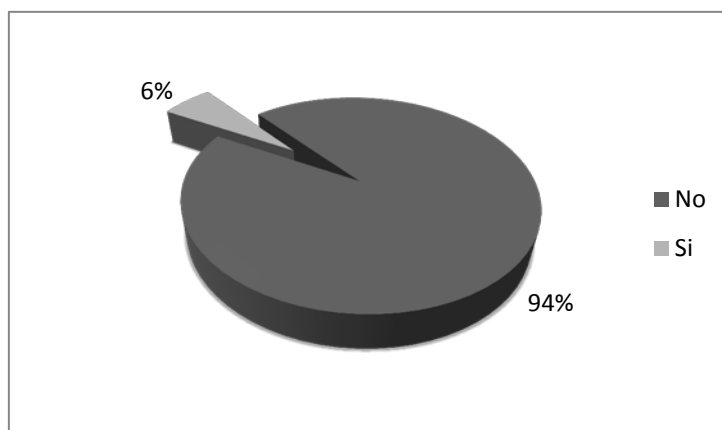
Hay una constante preocupación sobre el control de la violencia e indudablemente no falta razón para ello, pero luego de examinar las estadísticas sobre lo que hacen los ciudadanos con sus problemas jurídicos y observar que el problema no es la violencia sino la inanición del conflicto, esa inanición donde se puede propender a pensar que la violencia es una forma posible de resolverlo.

Sobre el particular, el sociólogo francés Maffesolli plantea:

“En las sociedades equilibradas, se logra una cierta forma de ritualización de la violencia. Aunque no conozco muy bien el asunto de los *emos* y los *floggers*, la cuestión me remite a las peleas de barrio, entre chicos. Antes que nada tenemos que aceptar que somos animales, y esa violencia tiene que salir. La violencia es útil si se la sabe ritualizar (Verdú V 2006, 12-18)

Sobre el vínculo entre violencia organizada y resolución de conflictos, para Colombia resultó paradigmático reconocer, a partir de la obra de Boaventura de Sousa Santos y Mauricio Villegas, que los grupos armados como las guerrillas y los paramilitares administraban justicia en las zonas sobre las cuales mantienen el control territorial (2001). Por esta razón en la GENNJI (2013) se quiso preguntar por la recurrencia de los ciudadanos a estos grupos ilegales.

Se comprobó que las poblaciones estudiadas en la encuesta no recurren a grupos ilegales para la resolución de los conflictos o al menos su relevancia es mínima y no se advierte un problema estructural, salvo el porcentaje de 6 % de empresarios quienes si manifestaron haber recurrido a autoridades ilegales para la solución de sus necesidades jurídicas.



Gráfica: 19 ¿Acudió a una organización ilegal para solucionar su conflicto? (GENNJI MinJusticia 2013)

## 8. Áreas de caos, negación del conflicto sin gestión ni regulación.

Parece inadvertido para la literatura de resolución de conflictos el fenómeno de que los ciudadanos no hagan nada, dejen así, se resignen y soporten estoicamente las consecuencias de un conflicto sobre el cual se tiene una alta o mediana afectación y a pesar de eso no exista ese *interés* en gestionar o reclamar. Ya no se trata de que el mercado u otra forma de regulación actúen. Se trata de una extensa base de marginalidad, pérdida o deterioro de las instituciones estructurales de la democracia, desinformación y ausencia de pedagogía de los derechos.

Sobre estas situaciones de caos Carnelutti se refería: “El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden así el orden se resuelve en la paz... Lo que pone fin a la guerra es el *pactum*; y la raíz del pacto es *pax*” (Carnelutti F 1959, 22).

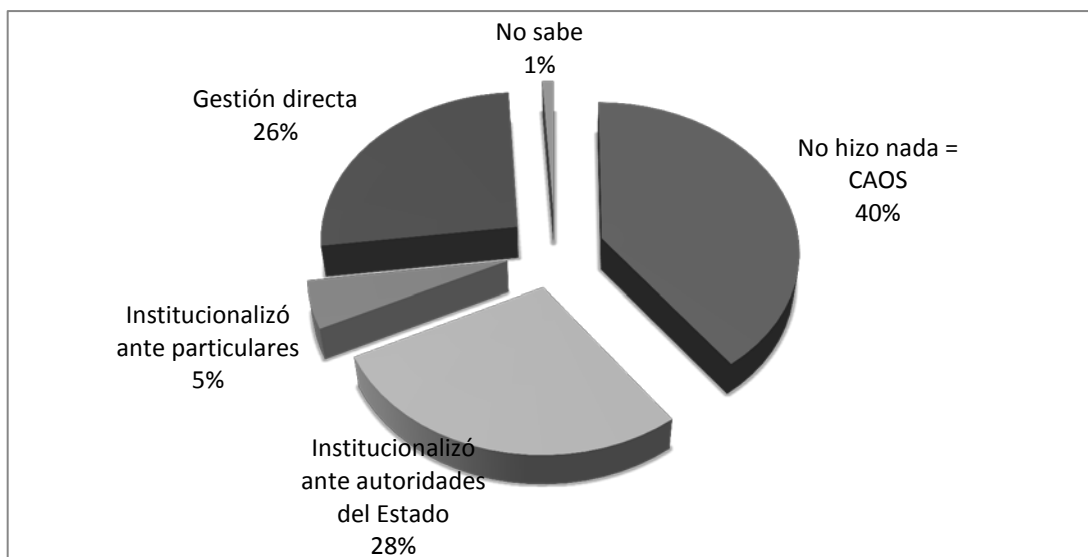
Esta referencia a las áreas de caos no sería puesta en consideración, si no fuera porque la mencionada encuesta sobre necesidades jurídicas demostrara que casi la mitad de la población general no hace nada para resolver su problema jurídico, se trata de conflictos de toda índole, familiares, vecinales, penales, civiles, asuntos con el Estado entre otros (MinJusticia 2013).

El 40,4 % de los problemas jurídicos se encuentran en el área de caos o resignación.

No se hace nada, porque no se tiene medios o pruebas suficientes.

De éstos, el 16 % de toda la población aseguran que es un asunto que no vale la pena judicializar.

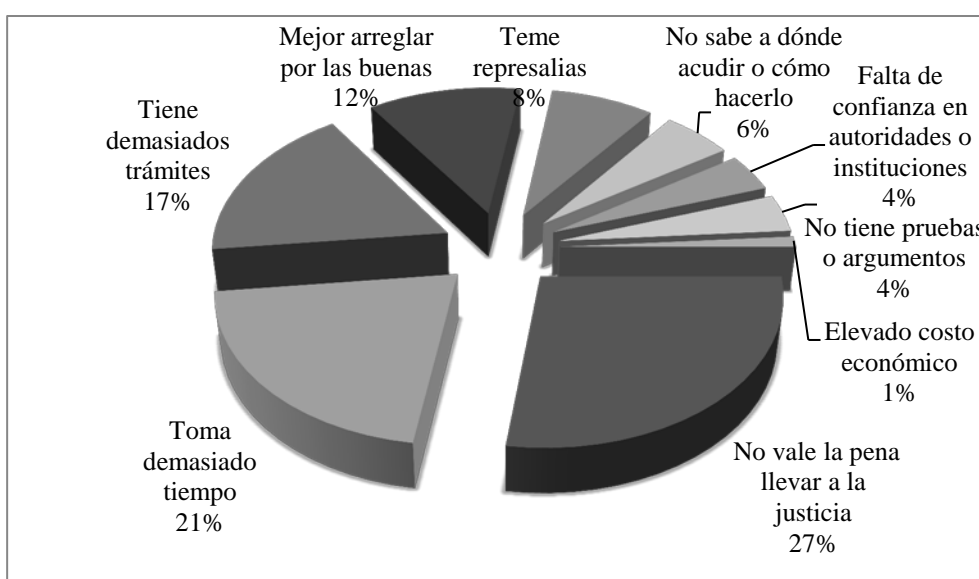
No acuden por descontento con las autoridades del sector justicia, sino por el total desconocimiento de su existencia. Aspecto que debe prender todas las alarmas de la comunidad jurídica y poner todos los medios institucionales para gestionar los problemas jurídicos de tamaño marginalidad.



Gráfica: 20 Porcentaje de problemas jurídicos donde el ciudadano se resignó o no hizo nada (GENNJI MinJusticia 2013)

Lo que en este trabajo se denomina caos, Boaventura de Sousa Santos llama *resignación* (Santos B 2009, 127), se puede entender como la falta de acción de las partes o una incapacidad ciudadana para iniciar procedimientos legales o reclamos.

En la GENNJI 2013 se preguntó a los ciudadanos que no acudieron, sobre las razones por las cuales decidieron no institucionalizar su conflicto ante autoridades de Estado o particulares; a continuación en la gráfica se muestra el porcentaje de las respuestas donde se reflejan sus razones:



Gráfica: 21 Razones por las que el ciudadano se resignó o no hizo nada (GENNJI MinJusticia 2013)



De alguna manera es plausible admitir que no es posible para los sistemas de justicia, brindar posibilidades de resolución a todos los conflictos que en la sociedad se presentan, de hecho la propia encuesta demuestra que el 27 % de los asuntos que se encuentran en el área de caos son asuntos que, en criterio de los afectados, no merecen ser llevados a la justicia.

Es de esperar que un porcentaje de esos asuntos no tengan la importancia suficiente como para judicializarlos, aunque el ciudadano haga una valoración de su juridicidad y si intentara una acción judicial tendría reconocido el derecho, este asume las consecuencias de la falta de acción o la somete a otras formas de regulación social. Una parte de ese 73% de conflictividad merece entrar a un sistema de gestión del conflicto. Sobre este aspecto Ronald Coase se refiere de la siguiente manera:

Existe, por supuesto, otra alternativa, que es no hacer nada por el problema. Y aceptado que los costos involucrados en la solución del problema mediante las regulaciones de la máquina administrativa gubernamental serán a menudo pesados (particularmente si los costos incluyen todas las consecuencias que se deducen de la dedicación del Gobierno a este tipo de actividad), sin duda que la ganancia que provenga de la regulación de las acciones que dan lugar a los efectos nocivos será menor que los costos asociados a la regulación del Gobierno (Coase R 1960,101).

Ahora bien, sea esta la oportunidad para derribar otra de las creencias sin fundamento que se escuchan en los discursos de los analistas según las cuales los ciudadanos no acuden a los servicios de justicia en razón de los altos costos económicos; curiosamente en las encuestas (GENNJI 2013) y en la hecha por Fedesarrollo (2009) se demuestra que los elevados costos económicos no son la razón para dejar de iniciar acciones para resolver el conflicto.

Por el contrario como lo refiere Coase los costos de resolver un conflicto están más asociados a la valoración del tiempo o los trámites; lo anterior invita a proponer que en aquellas causas donde hay una pluralidad de afectados por la misma situación, ocasionados por los abusos de una posición dominante o juego de poder, sea posible que se intenten formas de equilibrio sin la necesidad de establecer demandas. Por ejemplo

hay asuntos como los relacionados con el consumo de bienes y servicios, donde una compañía cobra de más pero es tan insignificante iniciar un proceso que se queda en área de caos pero que al compilar uno y otros abusos la sumatoria representa una ventaja abusiva de gran magnitud que bien vale la pena la intervención de un organismo estatal en calidad de *Ombudsman* que proteja los intereses de todos.

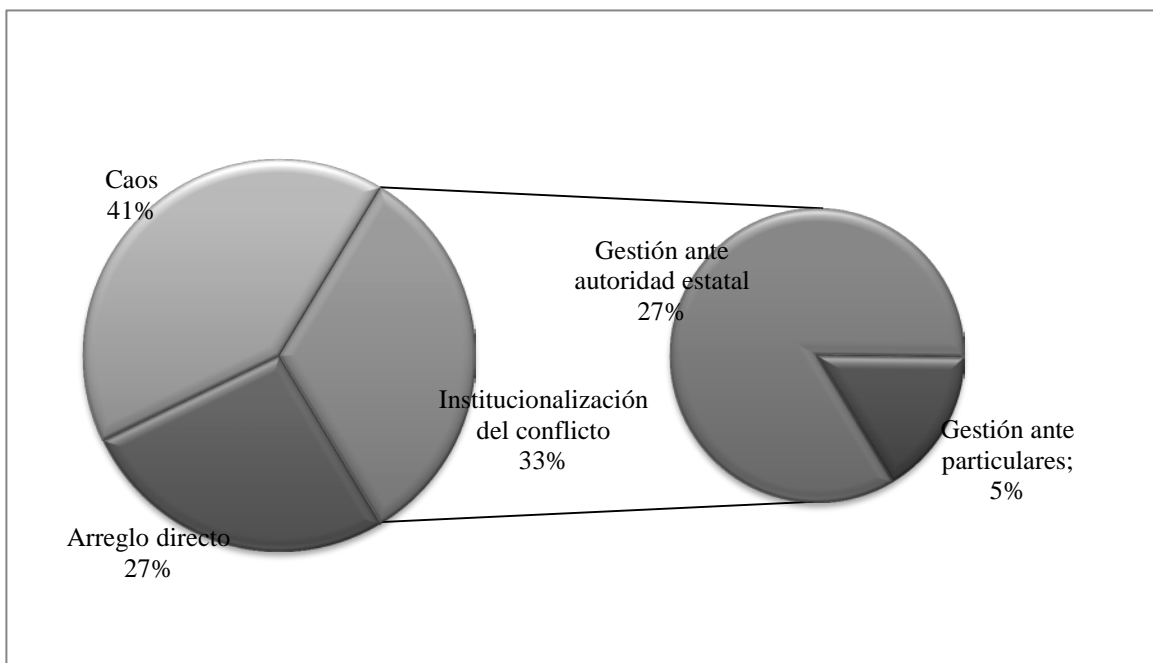
“El caos es el enemigo de la libertad entendida como participación”. Fue deslumbrante descubrir esta afirmación en los trabajos de Adela Cortina sobre ciudadanía cuando se refería a los valores cívicos para educar, donde relaciona el caos como la ausencia de libertad entendida como “participación en asuntos públicos, derecho a tomar parte de las decisiones comunes, después de haber deliberado sobre las posibles opciones” (Cortina A 2001, 131).

El caos según Adela Cortina es acogerse a una decisión por heteronomía: “como sigue siendo heteronomía, plegarse a los hechos, conformarse con lo que hay y acabar afirmando que no podemos transformar el mundo, porque es como es y no puede ser de otra manera” (Cortina A 2001, 136).

Este hallazgo del caos obtenido de la encuesta GENNJI realizada entre 2010 y 2013 en Colombia modifica la orientación de la discusión de la presente tesis ya que a partir del mismo lo que se intentará es explorar la forma como los tres poderes de regulación: Estado, Mercado y Comunidad deben establecer estrategias para impedir su expansión y reducir al máximo esta franja de conflictividad no resuelta porque como lo afirma Adela Cortina: “El conformismo de los hechos es un auténtico fundamentalismo paralizante” (Cortina A 2001, 137).

## 9. Dónde institucionalizan los colombianos sus conflictos

El siguiente es el resultado obtenido luego de preguntar a los encuestados lo que hicieron con su conflicto por medio de una matriz que hizo parte de la encuesta que permitió conocer a qué autoridad lo presentaron y las razones que tuvieron tanto para presentarlo como para no hacerlo; sorprende que la tendencia es a que más del 50 % de los problemas jurídicos quedan en el área de caos, a la que se hizo referencia en el capítulo anterior, como también sorprende la escasa relevancia de los asuntos tramitados ante el poder judicial puesto que no representa sino el 1,2 % de los problemas jurídicos que tiene la población general:



Gráfica: 22 La suerte de los problemas jurídicos, población general (MinJusticia 2013)

Esta y la siguiente gráfica es el producto de varios cruces de información, obtenida de los microdatos y tablas arrojados por GENNJI aplicada en octubre de 2012 y publicada en agosto de 2013.

	Acudió a un juez de paz	0,52 %	0,8 %	0,1 %
	↗ Conocido por jueces formales (litigio)	1,2 %	1,4 %	5,8 %
	↗ Contó con asesoría de abogados.	10,0 %	7,5 %	20,0 %
	↗ Sometido ante particulares	6,6 %	10,6 %	4,9 %
	↗ Se concilió o uso MASC	9,4 %	10,7 %	12,3 %
	↗ Fue llevado a autoridades administrativas	24,8 %	27,0 %	52,2 %
Institucionalización del conflicto ↑				
	↗ Opina que es mejor arreglar por las buenas	16,0 %	21,8 %	6,3 %
	↗ Arreglo directo	34,0 %	31,3 %	17,6 %
	↗ Según el usuario es un asunto que no vale la pena judicializar	37,0 %	30,0 %	19,0 %
	↗ Resignación: No hace nada por que no tiene los medios o las pruebas	51,9 %	66,7 %	23,0 %
	↗ Cien por ciento de problemas jurídicos ↑	100 %	100 %	100 %
<p>*Una persona puede tener más de un problema jurídico o alguno no tener ninguno.</p> <p>**El servicio de MASC lo pudo recibir de cualquiera de los operadores: Particulares, Administrativos o Judiciales.</p>		↑	↑	↑
		Población general	Extrema pobreza	Empresas

Gráfica: 23 Comparativo problemas jurídicos en poblaciones (MinJusticia 2013)

Si se lee de abajo a arriba, se observa que en la base de la tabla, a la derecha, se hace referencia a tres poblaciones: general, pobreza extrema y empresas, y se ve que a partir del 100 % de los problemas jurídicos, a medida que se sube, disminuye el porcentaje de problemas jurídicos que tienen acceso a servicios de justicia

Se descubre gracias a la estadística: que el caos o resignación en las tres poblaciones es una cuestión estructural de grandes magnitudes, que en caso de ser una necesidad jurídica no expresada y salir a flote en forma de reclamación ante las autoridades que administran justicia, no existiría capacidad institucional para gestionarla; que, sumados el acuerdo directo y el acudir a particulares, por esas vías se tramita el mayor

porcentaje de problemas jurídicos; y, que la participación de los MASC, especialmente la conciliación, es verdaderamente relevante como medio de descongestión judicial.

Las autoridades del poder ejecutivo conocen de una cuarta parte de los problemas jurídicos de la población general y en extrema pobreza, y se encargan del 50 % de los problemas de los empresarios; la asesoría de abogados es del 10 % entre la población general, mientras los empresarios la reciben en un 20 %.

Finalmente, los jueces no tienen participación significativa en este panorama, salvo respecto de los problemas jurídicos de los empresarios; por el contrario, sorprende la relevancia demostrada por la actividad de los jueces de paz. Los anteriores datos permitirán desarrollar diferentes análisis sobre los fenómenos de acceso a la justicia que se explican a continuación.

## 10. Razones de los afectados para institucionalizar ante determinadas autoridades

Depende del tipo de necesidad jurídica el ciudadano escoge una de tres posibilidades: o acude a las autoridades administrativas a las, judiciales o a particulares. A las primeras acudió la mayor parte de todas las poblaciones especialmente los empresarios que lo hicieron en unos (52 %), seguidos de población en condición de pobreza (27 %) y la población en general un (24 %).

<i>Autoridad ante la que resolvió su necesidad jurídica</i>	<b>Porcentaje de población que acudió a Autoridades administrativas</b>			
	<b>Población General</b>	<b>Población Pobreza</b>	<b>Población Empresas</b>	<b>Población usuaria de MASC</b>
<i>1. Tiene la autoridad o el conocimiento para resolver su conflicto</i>	44,7	39.8	74.4	45.9
<i>2. Se lo aconsejaron o recomendaron</i>	18,6	33.0	4.4	23.9
<i>3. Es fácil y sencillo</i>	32,1	16.2	20.1	24.2
<i>4. Lo remitieron</i>	3,0			0.8
<i>5. Es barato</i>	1.6	11.0	1.3	5.2

Gráfica: 24 Razón por la que acude ante autoridades administrativas.

Como se puede observar en la gráfica la razón por la que acudió la mayor cantidad de población a las autoridades administrativas es porque atribuye autoridad y conocimiento para resolver su necesidad jurídica.

Especialmente los empresarios, esto tiene que ver con el tipo de conflictividad que más los afecta pues está relacionada con Centros de Atención Inmediata de la poli-

cía, inspecciones de policía y superintendencias de vigilancia inspección y control de actividades privadas. 52.2 %.

El segundo grupo donde más se gestionaron problemas jurídicos fue ante los particulares, principalmente lo hizo el (10,6 %) de la población en condición de pobreza que acudió a instituciones de orden comunitario, seguidos del (4.9 %) de los empresarios que prefirieron operadores jurídicos más especializados y las oficinas de quejas y reclamos. Luego un (6,6 %) de la población en general que acudió a Centros de conciliación.

<i>Autoridad ante la que resolvió su necesidad jurídica</i>	<b>Particulares</b>			
	<b>Población General</b>	<b>Población Pobreza</b>	<b>Población Empresas</b>	<b>Población usuaria de MASC</b>
<i>1. Tiene la autoridad o el conocimiento para resolver su conflicto</i>	38,8	43.4	70.9	31.6
<i>2. Se lo aconsejaron o recomendaron</i>	15,6	18.4	15.6	35.5
<i>3. Es fácil y sencillo</i>	37,8	25.0	13.5	17.7
<i>4. Lo remitieron</i>	7,1		0,3	
<i>5. Es barato</i>	0,8	13.2	13.8	

Gráfica: 25 Razón por la que acuden los encuestados ante particulares

Nuevamente la tendencia es que el segmento de población que acude ante particulares lo hace porque considera esa persona tienen la autoridad o el conocimiento para resolver el caso. Que sea por recomendación o un asunto fácil y sencillo solo lo hacen con mayor relevancia los encuestados de la población general y de extrema pobreza. Finalmente los encuestados que utilizan el sistema judicial que son el (5,8 %) de los

empresarios, seguidos de la población en condición de pobreza extrema (1,4 %) y en menos proporción la población en general (1,2 %).

<i>Autoridad ante la que resolvió su necesidad jurídica</i>	<b>Autoridades judiciales</b>			
<i>Razones por las cuales la población acude a determinada autoridad</i>	<b>Población General</b>	<b>Población Pobreza</b>	<b>Población Empresas</b>	<b>Población usuaria de MASC</b>
<i>1. Tiene la autoridad o el conocimiento para resolver su conflicto</i>	72.6	56.6	40.3	71.2
<i>2. Se lo aconsejaron o recomendaron</i>	15.6	30.9	55.8	20.2
<i>3. Es fácil y sencillo</i>	2.1	6.6	1.8	4.3
<i>4. Lo remitieron</i>	6.8			
<i>5. Es barato</i>	3.0	5.9	2.1	4.3

Gráfica: 26 Razón por la que acude ante autoridades judiciales

En este segmento la mayor parte de la población general y la usuaria de la conciliación manifiestan que acudieron por considerar que tienen la autoridad y el conocimiento para conocer de su caso. Resulta relevante el que el (55.8 %) de empresarios y el (30.9 %) de población pobre, acudieran a los jueces por consejo o recomendación.

Es más plausible que se atribuya autoridad y conocimiento a las autoridades judiciales antes que a cualquier otra instancia, teniendo en cuenta que esta es la más legitimada para tomar decisiones de fondo sobre los asuntos que afectan a los ciudadanos, pero da la impresión que la ciudadanía no puede diferenciar entre la autoridad que tiene un juez a la autoridad que representa un inspector o un policía.

Si estas cifras permiten concluir que en general las personas expresan una necesidad jurídica ante las instituciones administrativas, judiciales o particulares porque ellos constituyen autoridad y conocimiento para resolver el conflicto, esto quiere decir que el discurso de conciliación según el cual es preferible solucionar el problema por medio del dialogo y llegando a un buen arreglo autocompositivo no ha permeado en el usuario que decide hacer una gestión jurídica del conflicto.



A algo de esto ya se refería Galtung en la presentación del método Transcend de mediación (Montiel F 2013). Según su propuesta no tiene sentido intentar reunir a las dos partes en el primer encuentro de mediación ya que si las partes hacen institucionalización de su conflicto se supone que ya intentaron arreglar por las buenas, como lo demuestran estas estadísticas de la Gráfica: 23 Comparativo problemas jurídicos en poblaciones. Dentro de la población que realizó arreglo directo hay un porcentaje del 16,0 % de la población general, el 21,8 % de la población en condición de pobreza extrema y el 6,3 % de los empresarios manifestó que acudió al acuerdo directo porque considera que ese conflicto que le ocurrió es mejor arreglarlo por las buenas.

Los argumentos de Fernando Montiel explicando el método Transcend de mediación contribuyen a aclarar el mensaje que debe ofrecer la mediación. Por ejemplo para la gestión del conflicto es inconveniente que se efectúen encuentros de las partes a la vez. La mediación solamente se ejecuta con una de las partes a la vez, salvo al finalizar el proceso, y en ocasiones no es necesario un momento en que se junten las partes. Lo anterior se explica porque cuando se reúne en un proceso de negociación a dos partes en conflicto, tienden a comportarse con efecto teatral, más en función de lo que se espera que se perciba de ellos que como son en realidad, en ese sentido no hablan con libertad, no piensan con libertad, se atienen a papeles prescritos de lo que ellos suponen que la contraparte tiene que leer en ellos (Montiel F 2013, 38’).

Entonces lo que hay es una serie de monólogos con resultados previsibles. Por lo que el método Transcend propone reuniones por separado que hacen del proceso mucho más intensivo pero mucho más seguro en términos de proceso para garantizar que se pueda hablar con libertad, donde las partes no van a recibir reproches moralizantes, por separado pueden darse la licencia de la imaginación de futuros posibles sin tener el riesgo de ser ridiculizados en público (Montiel F 2013, 40’).

La creatividad para la solución de los conflictos, construir soluciones nuevas solamente ocurre cuando los sujetos y conflictos se encuentran relajados cosa que no va a ocurrir cuando el motivo de la furia se encuentra a cuarenta centímetros de distancia; en el método citado se propone efectuar un encuentro al final del proceso, porque allí los sujetos saben qué esperar de la reunión, se ha negociado de forma indirecta por gracias al mediador.

Un principio que se tiene es que hay muchas más posibilidades de las dadas por sentadas (opciones y alternativas) un conflicto donde solo hay dos partes puede llegar a tener más o menos cinco salidas para resolverse. Ganar Ganar, ganar perder; veamos:

Imposición, si gana uno de los extremos, se polariza es lo más socorrido en procesos judiciales la ley sirve como mecanismo y resulta polarizante en una revancha o una venganza que es el castigo al otro por haber ganado.

Todo acuerdo debe ser aceptado por las partes y perdurables en el tiempo donde las dos partes ganan.

Las dos partes pierden, en casos sobreseídos, donde la justicia no actúa y las dos partes pierden, ocurre cuando ninguna de las partes tiene.

“Si las partes por si mismas pudieran venir con la solución de su conflicto, no acudirían a su solución en búsqueda de un tercero, la solución ya habría salido e ellos” (Montiel F 2013, 45’).

Por lo tanto no se trata de transmitir el mensaje de las ventajas de arreglar por las buenas un conflicto cuando al ciudadano se le ofrecen ante las autoridades públicas mecanismos de resolución de conflictos. Sino de unas ventanas institucionales que demuestren autoridad y conocimiento que dentro tengan involucrados medios de gestión del conflicto que deben ser ofrecidos al ciudadano para que tenga la oportunidad de escoger hasta dónde quieren llegar y de sentir a la vez que tiene protección institucional y consecuencias jurídicas y sociales.

## **11. La *provencción* del conflicto**

Sobre este aspecto John Burton contribuye a aclarar dos aspectos fundamentales en la misión especialmente de los Estados frente a la gestión de los conflictos, una es la tarea de administrar justicia bien sea por adjudicación o por consenso mediante la resolución de conflictos y otra misión es la organización de las condiciones para la eliminación de la fuente de conflictos, es decir la atención a las causas estructurales (Burton J 1990).

También la investigación sobre gestión del conflicto organizacional de la Universidad de Sevilla, aporta una clasificación interesante en este sentido, pues considera que: “En ocasiones, la gestión del conflicto se centra en cuestiones de carácter estructural, mientras que en otras ocasiones se centra en cuestiones de carácter conductual, ambos tipos tienen la finalidad de reducir, potenciar o resolver un conflicto” (Medina F, Luque P, Cruces S 2005, 51). Sobre el concepto de Gestión estructural del conflicto definen citando a M. A. Rahim:

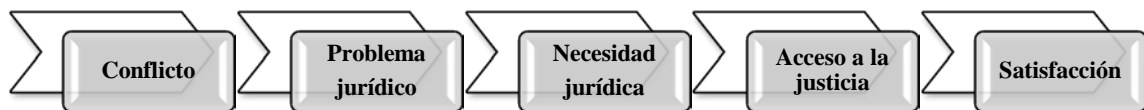
Las intervenciones estructurales intentan mejorar la efectividad organizacional modificando algunos parámetros del diseño, como los mecanismos de diferenciación e integración, de jerarquía, algunos procedimientos, o sistemas de pagas o incentivos (Medina F, Luque P, Cruces S 2005,51).

En consecuencia; ambas labores son importantes; mientras el poder judicial debe asegurar la adecuada gestión institucional de los conflictos, es tarea del poder ejecutivo dedicarse a la solución de los problemas estructurales y de la administración.

## CAPÍTULO III

### VICISITUDES DE LA GESTIÓN JURÍDICA DEL CONFLICTO EN COLOMBIA, IDENTIFICADAS MEDIANTE LA METODOLOGÍA DE NECESIDADES JURÍDICAS.

Si en el anterior capítulo se contextualizó sobre los elementos del conflicto en sentido amplio y la manera general como en la sociedad se gestionan; en este capítulo se presentará un esfuerzo ontológico de seguimiento a los diferentes fenómenos que surgen cuando la dinámica del conflicto es conducida a través de la gestión jurídica, explicando la noción de problema jurídico, necesidad jurídica, acceso a la justicia y satisfacción de la gestión.



Para identificar lo que ocurre con los problemas jurídicos de diferentes grupos poblacionales (población general, población en extrema pobreza, empresarios, usuarios de servicio de conciliación y población discapacitada), se utilizó la metodología de identificación de necesidades jurídicas, especialmente centrada en Colombia aunque con elementos de validez general.

Esta investigación contó con la ventaja de que el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, continuó entre 2011 y 2013 las mediciones de necesidades jurídicas, apoyado en anteriores estudios y preocupado por conocer el impacto y eficacia de veinte años de políticas públicas de estímulo en el uso de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos MASC especialmente la conciliación en derecho (MinJusticia, 2013).

Era necesario tomar una muestra técnica de población, representativa de todo el país, donde a través de un instrumento de encuesta se pudiese medir el potencial de conflictos que puede tener una persona adulta durante una ventana de tiempo de cuatro años. Se desarrolló una matriz muy compleja y se logró determinar la clase, número de problemas jurídicos que tiene el encuestado y los pasos que dio para intentar solucionarlos (MinJusticia 2013).

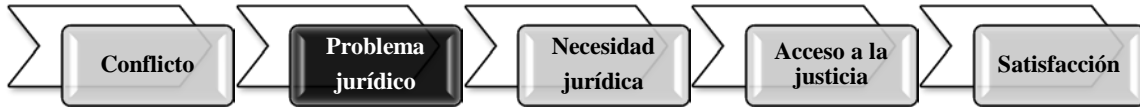
De modo que se hizo seguimiento al camino jurídico que tomaron los ciudadanos cuando tienen un conflicto, bien sea porque la situación se protege mediante un derecho, se regula por normas positivas, existe un procedimiento y burocracia para gestionar y decidir de fondo la situación, pero también contemplan aunque con dificultad para identificar aquellos asuntos que no siendo reconocidos por el derecho se someten a la institucionalidad pública como es el caso de los derechos de los homosexuales, el aborto o el maltrato a los animales, son conflictos normativos latentes que no logran una mediación social como que se refiere Peter Berger (1999).

Así las cosas, en este capítulo se podrá conocer la suerte de los conflictos que sometieron a la ruta de la gestión jurídica, que se termina con la detección de una serie de patologías del sistema jurídico que son la verdadera causa del colapso que impiden al ciudadano satisfacer adecuadamente sus necesidades jurídicas.

Por lo que a continuación se presentan ejemplos sencillos de cada concepto y posteriormente su análisis con los resultados de la encuesta y otros estudios:

Conflicto →	Si un integrante de la pareja no desea tener hijos y el otro si, esto puede generar una discusión intrafamiliar, pero no es trascendental para el derecho; se está ante un ejemplo de conflicto interpersonal.
Hechos de la naturaleza o jurídicos	Si la pareja decide adoptar, es un derecho, un hecho jurídico, un trámite administrativo que modifica situaciones jurídicas, pero no es un conflicto.
Problema jurídico →	Si la autoridad responsable niega la posibilidad de la adopción a la pareja. Puede constituir la negación de un derecho, hay una situación fáctica, normas sustantivas y procesales que regulan la institución, además autoridades designadas para dirimirlo.
Necesidad jurídica →	Si por motivación de las partes afectadas, se rompe la esfera íntima del conflicto y las posibilidades de negociación directa. Decide institucionalizar el conflicto y utilizar las herramientas del Estado de derecho para hacerlo exigible.
Litigio →	De un extremo hay una pretensión jurídica negada a satisfacerse y del otro una resistencia que versa sobre un bien jurídicamente tutelado.
Acceso a la justicia →	Acude a las autoridades esperando de ellas garantías y una respuesta adecuada y oportuna.
Satisfacción de la Necesidad Jurídica.	Se refiere a la satisfacción de la gestión jurídica como servicio, no necesariamente a la adjudicación del derecho a su favor.

# 1. Problema Jurídico como potencial conflicto



Son *problemas jurídicos* los que tienen la contingencia de llegar a manos de los operadores jurídicos para ser gestionados; la literatura académica sobre este tema acuñó el término para no confundir a veces con hechos jurídicos simples o con derechos declarados. El problema jurídico son situaciones contenciosas que tienen relevancia jurídica, se propone así matizar el punto intermedio que hay entre conflicto en general y litigio en particular<sup>7</sup>.

El profesor Aquiles Arrieta se refiere al problema jurídico como una categoría dentro del *derecho operativo* considerando que es una metodología que ayuda a analizar el caso al dar una calificación jurídica y plantear una pregunta que se resuelve por el operador jurídico con “sí” o “no”. Se define *problema jurídico* en la siguiente fórmula: “Es una tensión de razones, fundadas en referentes jurídicos (normas, principios, decisiones, jurisprudencia, dependiendo de cada sistema), en torno a una pretensión” (Arrieta A 2013).

Parafraseando al profesor Arrieta, esta técnica o metodología de análisis obliga a ver en ambos extremos del conflicto, los diferentes argumentos que se están exponiendo, para ser analizados por los diferentes operadores que intervienen, la perspectiva del abogado, la perspectiva del juez. Plantear el problema jurídico es ver enfrentamiento de razones, lo que hace que el juez construya una razón de segundo nivel; en esas razones que da el juez se responde a la pregunta con “sí” o “no” (Arrieta A 2013).

Estas situaciones también son susceptibles de gestionarse mediante acuerdos directos, o restaurativos, con la colaboración a las partes mediante la ayuda de un facilitador, o conducirse por un procedimiento judicial hasta las últimas instancias de la

---

<sup>7</sup> Tener un *problema jurídico* no equivale a tener una Necesidad Jurídica, porque depende de las vicisitudes que el afectado tenga en la gestión de la reclamación.

judicatura, hasta el exceso del uso arbitrario de la violencia, justicia por la propia mano o autotutela.

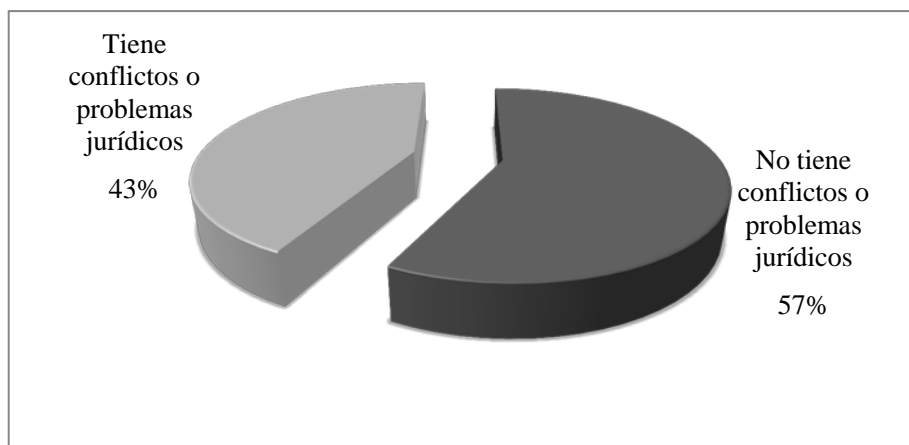
La gestión de *problemas jurídicos* es una completa incertidumbre, por lo que los sistemas judiciales tienen tantas dificultades para la prestación del servicio. No es comparable con otros sectores del Estado; en el sector educación se establece la oferta de docentes e infraestructura necesaria para las próximas generaciones, conociendo la actividad demográfica, mientras en el sector salud se puede determinar parámetros para calcular número de médicos o especialistas que se requieren por habitantes y enfermedades más comunes, para cada caso se aplican protocolos sanitarios según el diagnóstico.

Pero los servicios de justicia tienen esas particularidades que lo hacen especial en su manejo, que dependen mucho más de la estructura de oportunidad en que se vive el conflicto de la interacción estratégica y la dinámica del conflicto que las partes experimentan a partir del mismo, que del conocimiento o especialidad de un funcionario o su capacidad para interpretar normas jurídicas para dirimirlo.

Desde la doctrina del derecho, el concepto de *problema jurídico* se puede ubicar como una categoría de *hechos jurídicos* en la tradicional clasificación del derecho civil, con la particular especificidad que supone un pleito o litigio con extremos definidos (demandante o demandado). A manera de ejemplos el nacimiento, la adopción o una compraventa son hechos jurídicos de diferente índole, quiere decir que el Estado ha dado a esas situaciones una regulación, garantizado derechos y consecuencias jurídicas, hay por tanto relevancia jurídica.

Los anteriores ejemplos por sí mismos no son situaciones contenciosas de relevancia jurídica, como se confunde en algunos estudios. El nacimiento es un hecho natural o común, la adopción es una institución regulada por el Estado, la compraventa un acto o negocio jurídico tipificado. Si en alguno de los anteriores ejemplos se producen situaciones contenciosas en las que chocan intereses contrapuestos y estas situaciones no se logran dirimir en la esfera íntima del sujeto o directamente con quien se suscita la controversia, surge entonces un problema jurídico.





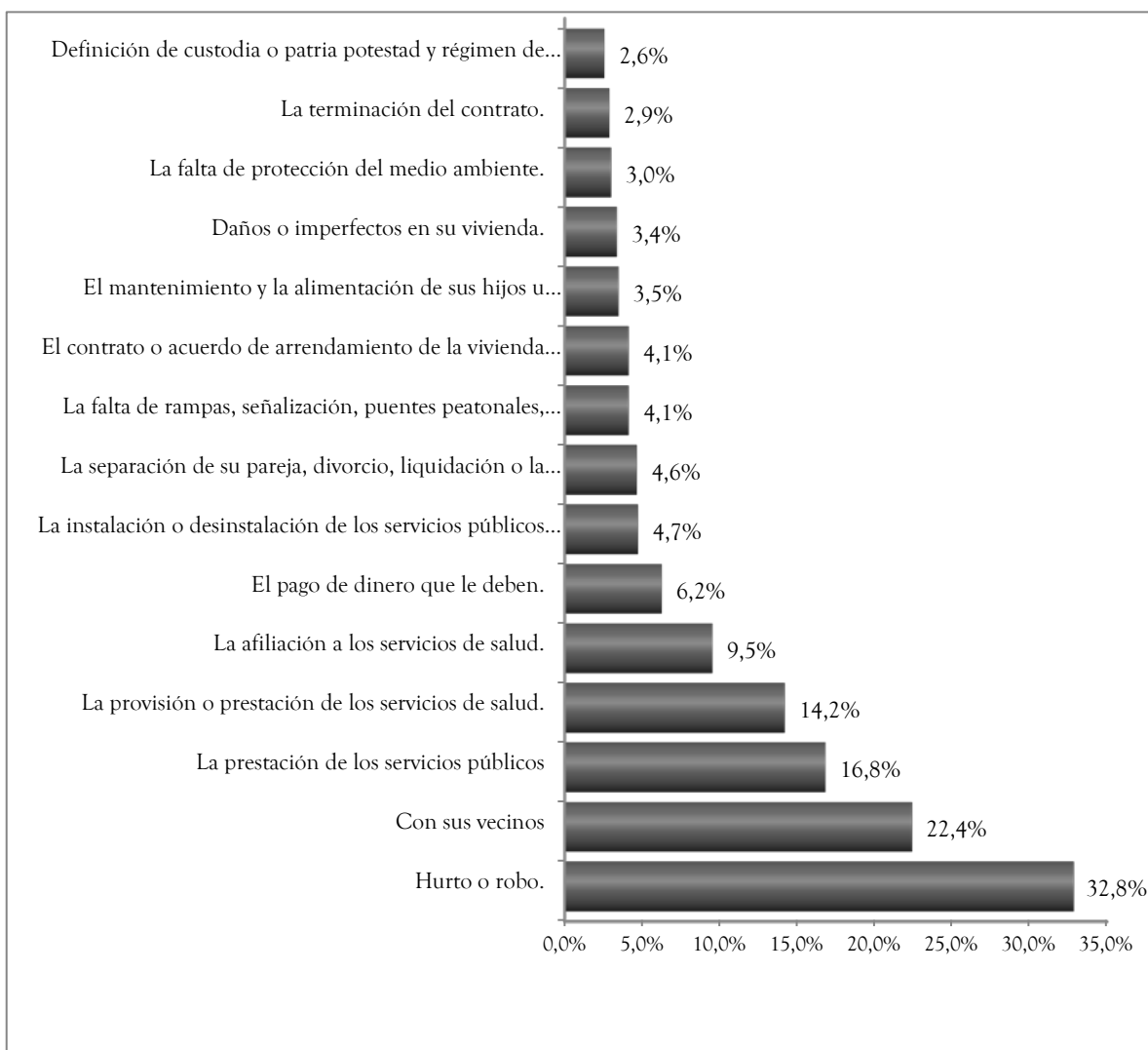
Gráfica: 27 Porcentaje de población general que tiene problemas jurídicos Fuente: MinJusticia (2013)  
Microdatos población general.

## 1.1. Panorama de los problemas jurídicos en Colombia

Como se mencionó en la parte introductoria sobre la metodología, el estudio permitió analizar en 11 dimensiones sistémicas la posible existencia de más de 70 problemas jurídicos diferentes que se pueden agrupar en grandes grupos de conflictividad de mayor a menor.

### 1.1.1 Problemas jurídicos más recurrentes

Al aplicar la encuesta de demuestran conflictividades muy recurrentes relacionadas en su orden con las dimensiones sistémicas de: asuntos penales específicamente hurto, asuntos entre vecinos y los relacionados con los servicios públicos, prestación de los servicios sanitarios de salud, los asuntos civiles o mercantiles, seguido de asuntos familiares entre los quince (15) primeros de recurrencia superior al 2.5 % de incidencia.



Gráfica: 28 Problemas jurídicos más frecuentes en la población general, (MinJusticia, 2013)

Los demás conflictos (55) aproximadamente son considerados de media o baja frecuencia lo cual no quiere decir que no sean relevantes para la administración de justicia ya que por ejemplo los asuntos contencioso administrativos que ocupan gran parte de la actividad judicial se encuentra en la posición número 43 con incidencia del 0,5 % (Daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad de Estado).

Posición	Problema Jurídico de mayor > a menor < grado de incidencia	Población 10'802.533,8	%
1.	Hurto o robo	1.515.409	32,8 %
2.	Problemas vecinales	1.033.308	22,4 %
3.	La prestación de los servicios públicos	775.715	16,8 %
4.	La provisión o prestación de los servicios de salud	654.631	14,2 %
5.	La afiliación a los servicios de salud	439.377	9,5 %
6.	El pago de dinero que le deben, deudas	288.093	6,2 %
7.	La instalación o desinstalación de los servicios públicos con los que cuenta su vivienda	217.630	4,7 %
8.	La separación de su pareja, divorcio, liquidación o la definición de los asuntos patrimoniales	214.480	4,6 %
9.	La falta de rampas, señalización, puentes peatonales, etc., que lo afecta directamente a Usted o a su comunidad	190.156	4,1 %
10.	El contrato o acuerdo de arrendamiento de la vivienda donde reside como inquilino	189.773	4,1 %
11.	El mantenimiento y la alimentación de sus hijos u otros miembros del hogar	159.459	3,5 %
12.	Daños o imperfectos en su vivienda	155.275	3,4 %
13.	La falta de protección del medio ambiente	137.513	3,0 %
14.	La terminación del contrato laboral	131.810	2,9 %
15.	Definición de custodia o patria potestad y régimen de visitas de sus hijos o hijas	117.796	2,6 %
16.	El pago de su salario o de factores salariales o de prestaciones sociales	114.639	2,5 %
17.	Maltrato por parte de los profesores o directivos de la institución educativa cometidos contra usted o sus hijos.	102.716	2,2 %
18.	Desplazamiento	86.597	1,9 %
19.	La invasión o mal uso del espacio público que lo afecta directamente a él o a su comunidad	85.530	1,9 %
20.	Lesiones personales cometidas en un ámbito diferente al familiar o laboral	84.929	1,8 %
21.	Agresiones cometidas por parte de un miembro de su familia	83.544	1,8 %
22.	Amenazas	83.128	1,8 %
23.	Injuria y calumnia	78.716	1,7 %
24.	El pago de deudas de dinero que Usted tiene con bancos u otras entidades financieras	76.610	1,7 %
25.	Las condiciones laborales	72.210	1,6 %
26.	Homicidio de un familiar	68.246	1,5 %
27.	El reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo o vínculo laboral	65.500	1,4 %
28.	Discriminación por la edad	62.558	1,4 %
29.	Errores de médicos que causaron daños o perjuicios	55.815	1,2 %
30.	Agresiones de la policía o las fuerzas militares	53.455	1,2 %
31.	Estafa	48.876	1,1 %
32.	Agresiones físicas o verbales cometidas contra usted en el trabajo	42.228	0,9 %
33.	Discriminación por clase social	41.832	0,9 %
34.	Conflicto por la inscripción y entrada efectiva a la institución educativa	38.979	0,8 %

Posición	Problema Jurídico de mayor > a menor < grado de incidencia	Población 10'802.533,8	%
35.	La herencia de un familiar	38.275	0,8 %
36.	El incumplimiento de contratos: Compraventa, seguros, arrendamiento, etc.	34.900	0,8 %
37.	Sanción injusta cometida contra el encuestado o sus hijos por la institución educativa.	32.916	0,7 %
38.	El pago de deudas de dinero a otras personas diferentes a bancos o entidades financieras.	28.638	0,6 %
39.	Discriminación por situación de discapacidad.	25.698	0,6 %
40.	El pago y cobro de los impuestos.	24.488	0,5 %
41.	Discriminación por creencias religiosas.	23.654	0,5 %
42.	La prestación inadecuada del servicios educativos en relación con las necesidades, por ejemplo: falta de infraestructura	23.206	0,5 %
43.	Daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad de Estado.	22.820	0,5 %
44.	Violencia sexual cometida en un ámbito diferente al familiar o laboral	20.182	0,4 %
45.	Discriminación por la raza y/o etnia.	19.824	0,4 %
46.	Discriminación por sus preferencias políticas.	17.528	0,4 %
47.	Mala calidad de bienes o servicios adquiridos.	17.439	0,4 %
48.	La propiedad, posesión, tenencia o los linderos de su vivienda	16.716	0,4 %
49.	Por el ejercicio o desempeño de la actividad como vendedor ambulante, vendedor informal o reciclador.	16.525	0,4 %
50.	Reconocimiento de la unión libre.	15.993	0,3 %
51.	Toma o uso "ilegal" de algún servicio público de su vivienda.	13.778	0,3 %
52.	Desaparición forzada de un familiar.	13.205	0,3 %
53.	Haber sido desprotegido o abandonado por parte de los miembros de su familia.	13.083	0,3 %
54.	La libertad de expresión o de asociación diferente a la asociación sindical.	12.384	0,3 %
55.	El pago de daños o perjuicios causados por otras personas o entidades.	12.288	0,3 %
56.	Accidentes de trabajo.	11.263	0,2 %
57.	Discriminación por el origen o lugar de nacimiento.	8.745	0,2 %
58.	La negación en la obtención de documentos o la realización de un trámite.	7.898	0,2 %
59.	Discriminación por su condición de mujer.	6.799	0,1 %
60.	La organización de sindicatos, huelgas o convenciones laborales.	4.486	0,1 %
61.	Discriminación por su estado de embarazo.	3.766	0,1 %
62.	Dificultades para tener la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en los cuatro casos autorizados por la Ley y la Jurisprudencia.	3.011	0,1 %
Total problemas jurídicos		8'056.037	100,0 %
Población que tiene conflictos.		4'614.369	43 %
Total proyección población representativa nacional consultada		10'802.533,8	100,0 %

Gráfica: 29 Problemas jurídicos población general encuestada (MinJusticia, 2013)

Como quiera que el universo de la encuesta es del ámbito nacional y es una muestra representativa de toda la población, los porcentajes más altos demuestran la existencia de problemas estructurales de la sociedad, sin embargo los que quedan por debajo del uno por ciento tienen mayores dificultades de precisión estadística por encontrarse en la franja técnica del margen de error, aun así al contrastar estas cifras con otras fuentes de información se pueden analizar más fenómenos de las necesidades jurídicas.

## 2. Necesidad Jurídica



La necesidad jurídica es la institucionalización de un problema jurídico no resuelto directamente por los extremos comprometidos en él. Para su medición se crea una metodología que las autoridades gubernamentales de Colombia por influencia del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, quien en el año 2005 publica unos primeros materiales que daban una idea de las ventajas que podrían obtenerse en términos de información al utilizar esta unidad de análisis PNUD (2005).

Es así como al final de la década pasada se obtienen los primeros estudios de necesidades jurídicas en Colombia y se logran unos primeros productos que justo con otras experiencias latinoamericanas y otros estudios de acceso a la justicia en el mundo son la base para los desarrollos conceptuales y estadísticos del estudio (MinJusticia 2013).

Ahora bien sobre el concepto propiamente dicho de lo que es Necesidad Jurídica se puede afirmar que en un sentido sociológico, si ante un problema jurídico el asunto se institucionaliza ante poderes de regulación del Estado o la Comunidad es entonces cuando se está en presencia de una *necesidad jurídica*.

Pero en sentido jurídico formal se requiere de la intervención de los administradores de justicia autorizados por la constitución para ser resuelta o gestionada<sup>8</sup>. Sin embargo antes de que la causa llegue ante ellos, puede ocurrir que previamente haya sido

---

<sup>8</sup> Administradores de Justicia según el artículo 116 de la Constitución Nacional de Colombia: Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

tramitada por otros funcionarios del sector justicia o seguridad que no tienen la categoría de *administradores de justicia* a la que se refiere la constitución de Colombia.

Son ellos por ejemplo todos los funcionarios del poder ejecutivo como inspectores de policía, de tránsito, del trabajo, comisarios de familia, defensores de menores, fiscales, personeros, procuradores, defensores de oficio y demás que prestan servicios de justicia. Esta Necesidad Jurídica la somete el usuario al conocimiento de los agentes sociales que culturalmente están a su alcance que tienen también una posibilidad de coerción, presión lo suficientemente disuasoria como para reparar, pagar o volver a la situación que existía.

Por lo tanto la noción de necesidad jurídica se relaciona con lo que en el segundo capítulo de esta investigación de denominó *institucionalización del conflicto* donde es la estructura del Estado de derecho la que debe brindar respuestas a la necesidad del afectado, dicho en términos de desarrollo a escala humana, la que debe proveer los satisfactores adecuados para gestionarla.

## 2.1 Litigios

Nuevamente Carnelutti alumbró este camino al afirmar que litigio es “el conflicto que estalla en una oposición de voluntades” (2003, 66), y en la teoría del derecho procesal define litigio como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro que versa sobre un bien jurídicamente tutelado” (1994, 44).

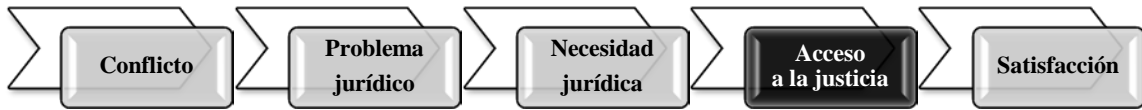
Entonces, como su nombre lo indica, litigio es: “Juicio ante juez o tribunal, controversia, disputa, contienda, alteración de índole judicial” Es de suponer que en los Estados modernos corresponde al poder judicial la competencia exclusiva. Además, el litigio requiere de un letrado o abogado a quien se llevan los hechos y él, conocedor del procedimiento y del lenguaje jurídico, establece comunicación técnica con los jueces para obtener de ellos una decisión en firme.

En cambio la palabra *conflicto*, para el derecho tradicional es un género que no tiene el significado que los actuales estudios de resolución de conflictos le otorga. De hecho, la sociología jurídica considera al litigio también una construcción social y le atribuye las mismas características que al concepto de conflicto expuesto.

De alguna manera el litigio es la manera tradicional como la comunidad jurídica a interpretado que deben ser gestionados los conflictos, donde a partir de un silogismo práctico la premisa mayor es la norma la premisa menor es el caso concreto y la conclusión un problema jurídico que se tramita ante los administradores de justicia autorizados por la Constitución.



### 3. Acceso a la justicia



Se trata del *derecho a tener derechos* como lo refería Capetetti en 1996 y anterior a él Hannah Arendt en la obra *Right to have rights* que desarrolla en 1982. Los aspectos generales del acceso a la justicia según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos son analizados en un estudio de Paola Acosta (2007,116); estos aspectos son la estructura fundamental para desarrollar los conceptos que permiten el entendimiento conceptual de lo que significa el derecho al acceso a la justicia derivado del artículo 25 del pacto de San José:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
  - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (CADH 1968, Art. 25)

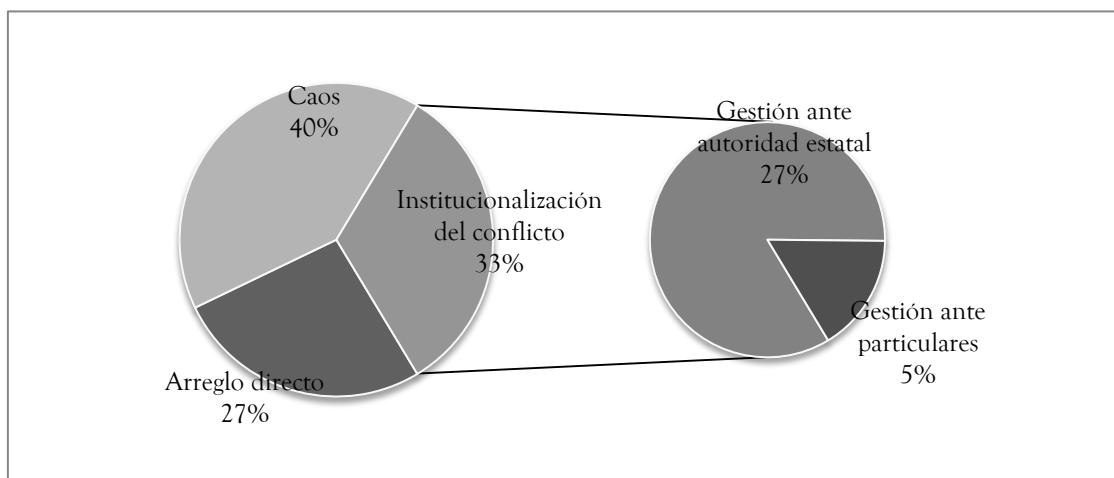
De nada sirve expresar una necesidad jurídica e institucionalizarla si el Estado no brinda los recursos adecuados y sencillos para hacer efectiva la reclamación, lo anterior no solo supone la existencia de juez o tribunal que desde luego es obvio, sino de la

existencia de una regulación previa que reconozca derechos, formule procedimientos y designe la burocracia especializada para adjudicar esos derechos.

Gracias a la aceptación del pluralismo jurídico como principio constitucional en Colombia, la comprensión del acceso a la justicia desde el discurso jurídico es ahora amplia, pues involucra y entiende que en una sociedad con diversidad étnica y cultural la gestión de los conflictos va más allá del poder judicial y de la burocracia administrativa.

### 3.1 Demanda potencial versus demanda que accedió a la justicia

En este punto de la discusión es necesario recordar que en el capítulo anterior se presentó el panorama general de los problemas jurídicos; se recuerda la gráfica que distribuía los porcentajes:

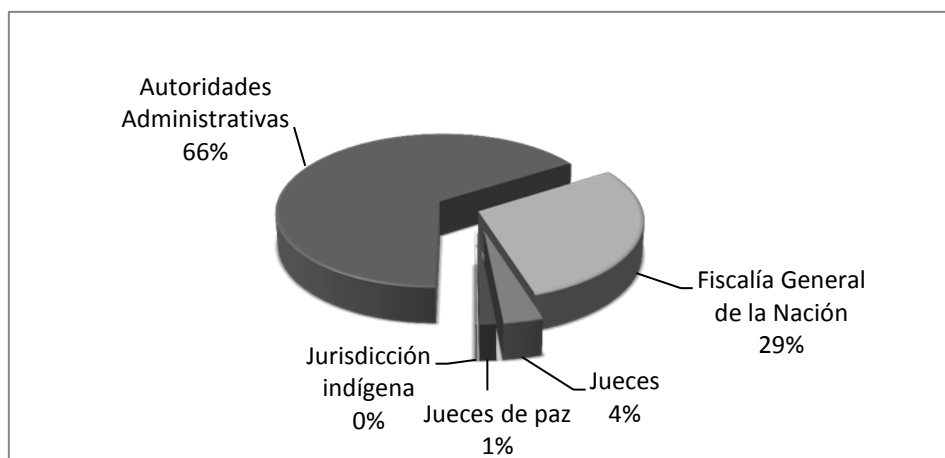


Gráfica: 30 La suerte de los problemas jurídicos, población general (También expuesta en el capítulo II).

La anterior información demuestra que de cada 100 problemas jurídicos que ocurren en la población general, aproximadamente 40 no reciben algún tipo de gestión, 27 alcanzan un acuerdo directo y 33 se institucionalizan, de los cuales 5 se hacen ante particulares y 27 lo hacen ante autoridades del Estado.

Por cada 100 casos que logran la institucionalización ante autoridades del Estado (27 %), 66 acuden a las autoridades administrativas, 29 a la Fiscalía General de la Nación luego se consideran asuntos penales o los usuarios pretenden el mayor nivel de

coacción, 4 llegan ante los jueces formales 1 a los jueces de paz y una pequeña parte no relevante para la estadística es conocida por la jurisdicción indígena como se ve en el siguiente gráfico:



Gráfica: 31 Distribución del 27 % que acudió a autoridades del Estado (MinJusticia 2013)

Dentro de los aspectos de la Gráfica: 22 La suerte de los problemas jurídicos, población general se incorpora el término economicista *Demanda potencial* que representa el grupo de *problemas jurídicos* que les ocurren a los ciudadanos y que tienen la contingencia de ser conocidos por el sistema de justicia en su conjunto.

La demanda potencial utilizada como indicador, es variable, porque entre unos y otros estudios de necesidades jurídicas se arrojan datos diferentes sobre su porcentaje, pues depende de muchos factores: desde cómo el instrumento de encuesta es aplicado para identificar necesidades, hasta del momento socio económico que atraviese la población o la agudización de alguna de las conflictividades.

Qué hace a una necesidad jurídica entrar al sistema y qué no; la respuesta está en los elementos de cada conflicto, principalmente es una cuestión de casualidad y como se demostrará de derecho a la ciudadanía real y efectiva, de la motivación del afectado para hacer la reclamación.

## 3.2 Asesoría legal, acceso a la justicia entre mercado y Estado

En esta parte se intentará reflexionar sobre el papel, la relación y la responsabilidad de la asesoría legal o del ejercicio de la abogacía en su relación con la gestión de los conflictos. Si se tiene en cuenta que la figura del abogado o letrado es concebida históricamente como el representante de una de las partes en la tramitación de los problemas jurídicos ante las autoridades especializadas. La pregunta que cabe hacer es ¿cuál es su papel en la gestión de conflicto?

En el contexto de España, la mediadora Ana Martín investigó sobre este aspecto publicando un: ‘Análisis comparativo de la mediación y la abogacía en el tratamiento de los conflictos familiares’. Investigo sobre la relación entre el ejercicio de la abogacía y la labor de mediación, en el que considera que las funciones de la Abogacía son tres:

- i) Función social: que garantiza la dignidad humana, pues es el agente social encargado de defender los derecho de manera técnica ante los estrados judiciales; cuestión que no se asegura del todo, por cuanto si bien el servicio de justicia es gratuita, los ciudadanos que carecen de medios económicos suficientes no se la pueden costear, quedando en desprotección y defensa los sectores sociales especialmente vulnerables como son los inmigrantes, los menores, la tercera edad, la población reclusa, etc.
- ii) Colaboradora necesaria de la función jurisdiccional: Según el código deontológico La abogacía vela por los derechos y libertades de las personas y por la Justicia a través del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizando la información y el asesoramiento, la contradicción, la igualdad de las partes, tanto en el proceso como fuera de él y encarnando el derecho de defensa.
- iii) Función conciliadora de intereses jurídicos: “La abogacía procura el arreglo entre las partes mediante una información no tendenciosa, preparando y redactando documentos de naturaleza contractual y evitando el conflicto o litigio. El Código Deontológico español proscribire “incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto” y alude expresamente a las funciones mediadoras de la abogacía, debiendo mantener en el ejercicio de las mismas una estricta y exquisita objetividad” (Martín A 2011, 242).

Los objetivos de la asesoría legal son como su nombre lo indica orientar a la parte en un problema jurídico para encontrar la manera de solucionarlo ya sea porque en un ejercicio de juridización de las conductas se pueda encontrar en el catálogo de derechos vigentes las bases para una eventual defensa.

La actuación de los abogados será la de iniciar ante los despachos judiciales y de cara a la contraparte una serie de actos que se enmarcan dentro de los diferentes procedimientos y que obedecen a una técnica propia de la profesión, además exige un conocimiento muy agudo de los últimos desarrollos legislativo y jurisprudenciales.

También en calidad de representante de una de las partes el ejercicio de la asesoría legal permite llegar a establecer acuerdos con las contrapartes, incluso sin que se haya iniciado trámite judicial y aun habiéndose iniciado, establecerse la posibilidad del desistimiento o la transacción.

La asesoría legal encarna la utilización de un método o procedimiento científico, que se apoya en la hermenéutica para hacer interpretación de las normas para establecer su relación con la realidad:

La metodología jurídica se basa en el paradigma positivista, hoy denominado “viejo paradigma”, que acepta que existe una realidad única y universal con independencia de quien la observa. Esta metodología se concreta en la dogmática jurídica, que tiene como presupuesto el dogma de la fuerza obligatoria del derecho positivo.

La dogmática jurídica suministra a los juristas sistemas de soluciones mucho más coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente que los textos creados por los legisladores, pero como una manifestación más del derecho positivo. Mediante su aplicación los abogados adecuan la formulación del derecho objetivo, neutro y abstracto a la solución de un conflicto jurídico concreto. Esta reformulación se lleva a cabo desde la retórica conceptual, haciendo aparecer las soluciones originales que el letrado propone como si derivaran directamente del derecho positivo. (Martín A 2011, 249).

Esta circunstancia hace que los extremos pierdan protagonismo y lo asuman los abogados quienes para todos los efectos hacen que la parte desaparezca como sujeto y

en adelante se inicie una interlocución con los Tribunales y los asesores de la contraparte; de esta manera los procedimientos judiciales se despersonalizan y deshumanizan y pasan a convertirse en un campo de batalla dialéctico donde gana el que pueda aportar pruebas y tenga la sagacidad para defender sus argumentos.

En el contexto de Colombia y de Latinoamérica la visión de la asesoría legal como garantía de acceso a la justicia fue una visión predominante hasta las décadas de los años setenta del siglo pasado, una visión desde la oferta que determinaba que por ejemplo la *Asesoría legal* era el camino para que los ciudadanos encontraran acceso a la justicia; en efecto, así es, pues para acceder a los tribunales es indispensable hacerlo mediante representación de letrado o abogado, e inclusive hay trámites notariales y administrativos que también lo exigen.

Pero las estadísticas demuestran que la asesoría de los abogados es menos frecuente de lo que se esperaría: tan solo se presta en el 7.5 % de los problemas jurídicos de la población en pobreza extrema, en el 10 % de la población general, y la cifra mejora un poco cuando se trata de empresas, 20 %.

Dicho de otra manera, el porcentaje de necesidades jurídicas que no cuentan con asesoría de abogado es del orden del 92.1 %, además, el 67.7 % de los empresarios, el 33 % de la población en situación de pobreza extrema y el 13 % de la población general que contó con abogado para la asesoría de sus necesidades jurídicas, manifestó que la gestión del abogado no ayudó a resolverlas.

Ahora bien, la contradicción es aún mayor cuando según publicación de la ONG Corporación Excelencia en la Justicia 2009, en la comparativa internacional, la tasa de abogados en Colombia es de 354 por cada cien mil habitantes, la más alta después de Costa Rica. Según cifras del CSJ en el último año de medición (2012) se expidieron 12.878 nuevas tarjetas profesionales que permiten al abogado el ejercicio de la profesión (CSJ 2012,122). Además, hoy existen autorizadas 71 facultades de Derecho. Se trata de la superpoblación de profesionales más grande del país (CEJ 2009<sup>a</sup>).

### 3.3 Tres lecturas sobre esta ineficiencia de la asesoría legal

Surgen entonces varias interpretaciones de estos resultados aparecidos en las encuestas: la primera es que la función de asesoría legal que antes estaba en cabeza de letrados independientes es asumida por funcionarios del poder ejecutivo; los Programas de Casas de Justicia y las ventanillas de atención al público en todas las entidades de la Administración hacen que los ciudadanos encuentren una asesoría jurídica, además de especializada, gratuita. Por esta razón la asesoría legal clásica disminuye en las encuestas y la orientación ante las autoridades del poder ejecutivo aumenta.

La segunda interpretación tiene que ver con el mercado: posiblemente los abogados litigantes prestan asesoría y hacen gestión de los conflictos que económicamente resultan más rentables y sobre los cuales hay una expectativa o certeza de obtener algún tipo de rédito económico.

Más grave aún es que, siendo los abogados absolutamente necesarios para acceder a la administración de justicia, que se supone gratuita, se demuestre que a ella únicamente pueden acceder los ciudadanos a quienes el poder regulador del mercado se lo permite. Adela Cortina hace una crítica fuerte al ejercicio de esta profesión:

Sobre la profesión de abogado existe un estado generalizado de negligencia profesional. Se prepara para ser virtuoso y competente, no conforme con cumplir mínimos requisitos, que el ejercicio de su profesión le dé esa satisfacción personal y perciba a través de ella unos ingresos, que logre alcanzar poder social y se gane un prestigio si es excelente.

Lo que en cambio desvirtúa cualquier profesión es el hecho de que quienes la ejerciten cambien los bienes internos (excelencia, satisfacción, virtuosismo, competencia) por los externos (dinero, prestigio, poder): olviden la meta por la que la profesión cobra sentido y legitimidad social, y busquen únicamente dinero, prestigio, poder; en este caso las profesiones se corrompen de forma inevitable.

“Corrupción” en el más amplio sentido de la palabra significa “cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala” privarle de la naturaleza que le es propia, pervirtiéndola (Cortina A 2001, 158).

Es probable que ante la existencia de un problema jurídico y ante la opinión generalizada sobre el ejercicio de la profesión de abogado, las partes eviten a toda costa utilizar sus servicios o por el contrario tener la intención de utilizarlos solo cuando hay un interés económico superior, que permite sufragar los gastos.

La tercer interpretación es consecuencia de la anterior y está vinculada con los diferentes poderes de regulación a los que se hace referencia en el segundo capítulo de este trabajo; a pesar de que los conflictos de la sociedad tienen una tipificación en el ordenamiento jurídico, los poderes de regulación de la comunidad, y especialmente del mercado, se movilizan en una dimensión que los operadores jurídicos no alcanzan a comprender y por lo tanto escapan a ella.

Así las cosas la asesoría legal independiente por medio de la abogacía no se visualiza como un agente social pertinente para que pueda contribuir a disminuir las áreas de caos y necesidades jurídicas, por el contrario se muestran como un factor que promueve su aumento. Es por esta razón que es indispensable pensar en fórmulas bien sea desarrolladas desde la sociedad civil o asumidas por el Estado para suplir con eficacia la necesidad de la asistencia legal y su participación eficiente en la gestión de los conflictos.

Se requiere hacer más estudios sobre este aspecto, que confirmen algunas hipótesis que surgen, y que determinen si esta actividad hace parte del poder regulador del Estado u obedece a lógicas del poder regulador del mercado.

Porque en este orden de ideas no resulta viable, por ejemplo, dar a conocer al empresario los canales jurídicos que le permitan la satisfacción de sus necesidades jurídicas. Por el contrario, será necesaria otra versión de gestión del conflicto empresarial, que consulte la realidad para identificar las mejores formas de intervenir en las particularidades de su conflictividad.

### **3.3.1 El derecho colaborativo como conjuro**

Para no dejar un panorama pesimista respecto de la asesoría legal hay una tendencia esperanzadora que recoge Helena Soletto en la última edición de la obra: *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*; en ella se replantea el trabajo tradicional del abogado y se acoge a tendencias internacionales que proponen prácticas más cooperativas:



El derecho colaborativo en *stricto sensu* sería la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales. El abogado colaborativo se comprometería con su cliente a intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando, acudiendo a la mediación o a otros métodos de reducción de conflictos e incluso cuando sea necesario, como puede ser en el ámbito del conflicto de familia, a otros profesionales como psicólogos o educadores, trabajadores sociales o contables, etc. (Soletto H 2013, 36).

Es probable que en la práctica el jurista colombiano dedicado a la asesoría legal, haya abierto su campo de acción hacia un derecho más colaborativo como lo refiere la profesora Soletto, pero además es indiscutible que el nuevo asesor puede desempeñar un trabajo más eficaz para las partes si además de su formación jurídica interpreta las claves de la nueva disciplina de resolución de conflictos, cuestión que ya rompe con los esquemas tradicionales adversariales y lo pone en función de satisfactores diferentes. Sin embargo el peso de la cultura y la necesidad de la sociedad de resolver los conflictos ante instituciones que tengan “autoridad” será lo que defina el rol del asesor legal en los conflictos.

### **3.4 Acceso a la justicia representado en la pirámide de litigiosidad**

De Sousa Santos al presentar la metáfora de la pirámide del litigio reconoce la dificultad de cuantificar el fenómeno de *propensión al litigio*: “En cualquier caso la utilidad de este concepto y del indicador que la sustenta la ‘propensión al litigio’ sólo es realmente significativa cuando es posible cotejar el conjunto de litigios judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso de las relaciones que los pueden originar” (2009, 119).

“Sólo entonces se puede determinar con algún rigor el ámbito de la demanda potencial de la tutela judicial y la fracción de ella que se transforma en demanda efectiva. Esta investigación es muy difícil y muchas veces imposible” (2009, 119). Según argumenta el autor, se puede conocer con certeza el número de litigios que son susceptibles

de registro: “... En estos casos es posible establecer lo que designamos por base de la pirámide del litigio” (2009, 119).

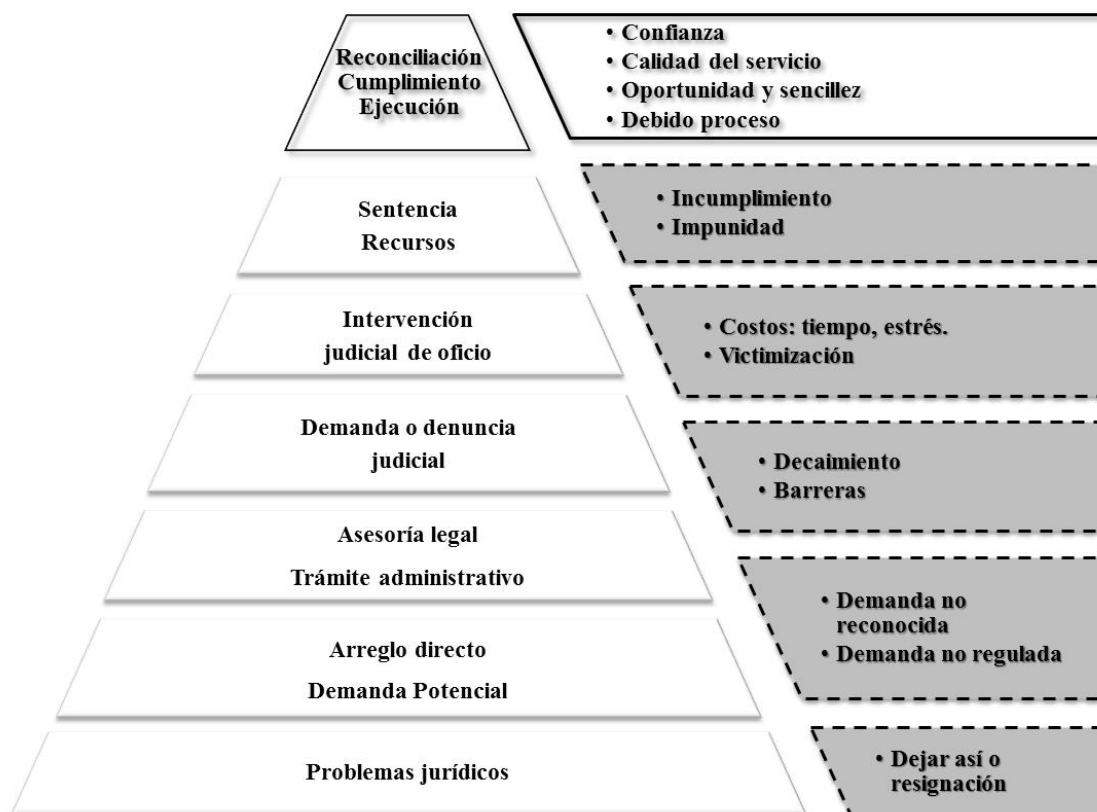
La misma dificultad existe en la determinación de las situaciones de litigio. En este ámbito, sólo mediante entrevistas u otras metodologías indirectas es posible tener una idea aproximada del nivel global del litigio en una sociedad global determinada.” “...Sólo a partir de un conocimiento aproximado de la base de la pirámide del litigio es posible definir el perfil de ésta. ...” (2009, 119).

La buena noticia para la inquietud de Boaventura de Sousa Santos, es que justamente el Ministerio de Justicia de Colombia a través del equipo de investigadores académicos tiene la respuesta a esas limitaciones metodológicas planteadas; ahora es posible conocer los fenómenos de la propensión al litigio, justamente, utilizando las técnicas de encuesta para identificar fenómenos presentes en la base de la pirámide.

La técnica de encuesta se aplica para conocer la litigiosidad desde la perspectiva del usuario, en términos economicistas, la *demanda potencial* de servicios jurídicos. De allí que en éste estudio se conceptualice sobre: el “problema jurídico”, la importancia del “arreglo directo”, y el fenómeno de la resignación o actitud, conocido comúnmente como *dejar así* que es lo que constituye el área de caos.

La idea de la pirámide es presentar gráficamente la manera como los ciudadanos acceden a la justicia. Lo que se cuenta dentro de la pirámide y termina con éxito en la cúspide son las necesidades jurídicas satisfechas. Lo que se expulsa fuera de ella son los diferentes fenómenos que impiden la satisfacción de la necesidad jurídica.

En la base de la pirámide se ubican todos los problemas jurídicos, se excluyen entonces todos los conflictos que el derecho no resuelve, como las dinámicas del mercado, los principios morales éticos o religiosos, las pautas sociales o de crianza, así como también se excluyen trámites o actos jurídicos que, siendo reglados por el derecho, carecen de controversia, oposición o resistencia.



Gráfica: 32 Pirámide de litigiosidad, elaboración propia basada en De Sousa Santos (2009, 74)

Se estima según anteriores estudios de necesidades jurídicas; como el hecho por el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia publicado (2008), que el 58.5 % de las personas presentan situaciones contenciosas de relevancia jurídica, y según otras mediciones y conclusiones este porcentaje aumenta si la población se enfrenta a situaciones de vulnerabilidad; como la extrema pobreza, desplazamiento forzado, comunidades rurales, mujeres o población en situación de discapacidad (MinJusticia 2013).

Por medio de las técnicas de encuesta se han efectuado varios estudios en diversas poblaciones que presentan *problemas jurídicos* y resulta sorprendente confirmar que la mayor parte de sus necesidades jurídicas no son conocidas por el sistema formal. Por el contrario se diluyen en una serie de operadores que no tienen poder jurisdiccional, se enfrentan a fenómenos o barreras que afectan gravemente el derecho al acceso a la justicia garantizado por la Constitución (MinJusticia 2013)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Artículo 229. Constitución Nacional “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Dentro de la pirámide de la Gráfica: 32 Pirámide de litigiosidad, se enseña la posibilidad de gestión de necesidades jurídicas ofrecida por el sistema de justicia formal, se desarrollan los elementos del procedimiento: Demanda potencial, Asesoría legal, Trámite administrativo, Demanda, Intervención de oficio, Sentencia, Recursos, Cumplimiento, Ejecución.

### **3.5 Gestión de necesidades jurídicas ante autoridades administrativas**

Las autoridades administrativas del poder ejecutivo central y descentralizado asumen la mayor carga de Necesidades Jurídicas de la población. Algunas de ellas tienen facultades jurisdiccionales limitadas como las de conciliar, otras de tomar medidas sancionatorias y otras no pueden tomar decisiones de fondo porque no es su misión institucional.

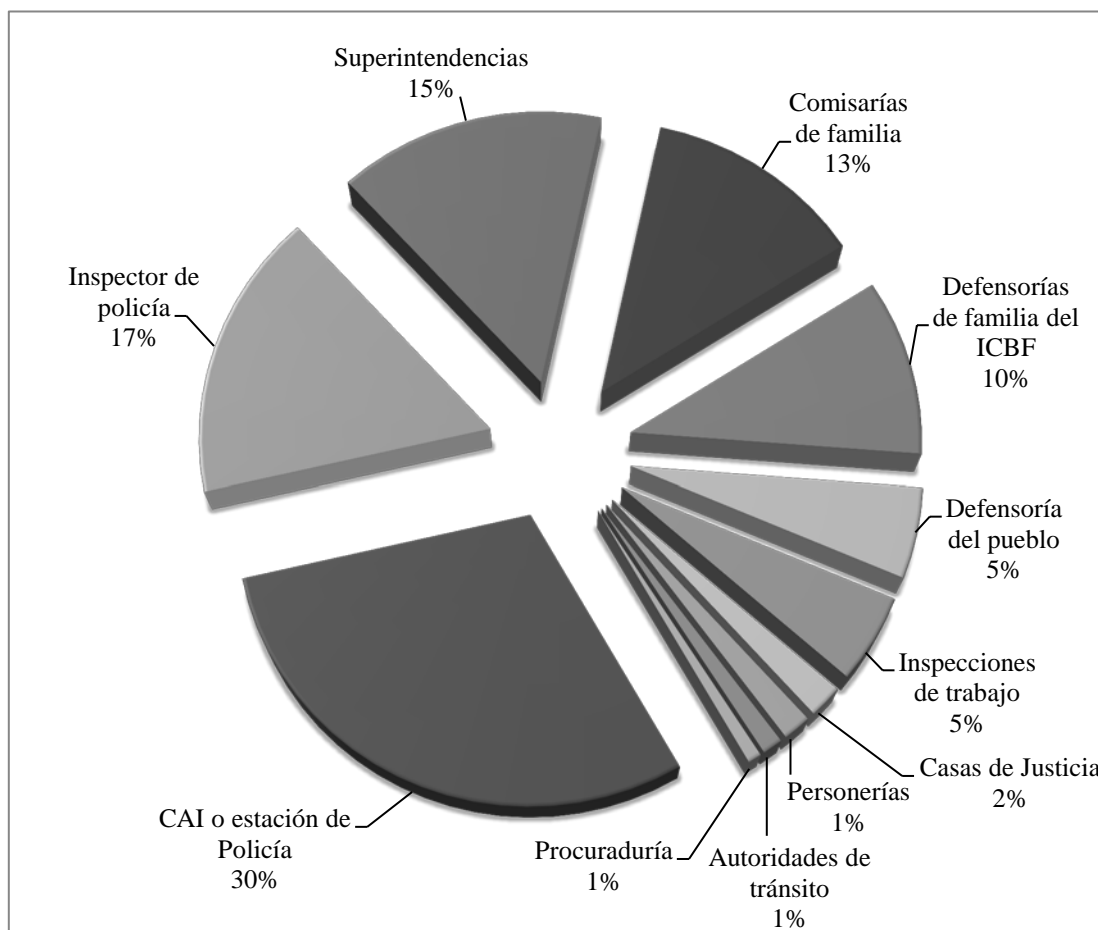
Autoridades administrativas del poder ejecutivo al que acudió la población							
Población general	24,8 % ↓		Población en pobreza extrema	27 % ↓		Población de empresarios	52,2 % ↓
CAI o estación de Policía	31,8 %		Inspector de policía	24,6 %		CAI o estación de Policía	53,0 %
Inspector de policía	17,8 %		CAI o estación de Policía	18,8 %		Inspector de policía	26,2 %
Superintendencias*	16,4 %		Defensoría del pueblo*	17,8 %		Superintendencias*	14,1 %
Comisarías de familia*	13,5 %		Comisarías de familia*	9,9 %		Empresa de servicio público	3,2 %
Defensorías de familia del ICBF*	10,9 %		Casas de Justicia	8,9 %		Inspecciones de trabajo*	2,2 %
Defensoría del pueblo*	5,5 %		Personerías*	7,3 %		Empresa de servicio público	1,6 %
Inspecciones de trabajo*	5,4 %		Superintendencias*	5,8 %		Alcaldía	0,4 %
Casas de Justicia	2,0 %		Inspecciones de trabajo*	3,7 %		Defensoría del Pueblo*	0,3 %
Personerías*	1,7 %		Procuraduría*	3,1 %		Empresa de acueducto	0,2 %
Autoridades de tránsito*	1,2 %		Defensorías de familia del ICBF*	2,6 %		Total	100 %
Procuraduría*	0,8 %		Unidad de Atención a desplazados	2,1 %			
Acción social	0,6 %		Alcaldía	2,1 %			
Unidad de Atención y Orientación	0,5 %		Secretaría de Salud	0,5 %			
Centro de Conciliación*	0,4 %		Ministerio del Medio Ambiente	0,5 %			
Alcaldía	0,3 %		Acción Social	0,5 %			
Empresa Metropolitana de Aseo	0,3 %		Oficina prevención de emergencias	0,5 %			
Empresa de servicio público	0,3 %		Registraduría	0,5 %			
Total	100 %		Total	100 %			

Nota: Las instituciones marcadas con \* según la Ley 640 de 2001 son delegadas para hacer conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de su competencia.

Gráfica: 33 Gestión de asuntos ante autoridades administrativas.

Fuente: elaboración propia a partir de (MinJusticia 2013)

Según la gráfica anterior el porcentaje más alto de casos se trata de denuncias ante la policía por ocurrencia de hurtos o conflictos vecinales; los Centros de Atención Inmediata CAI son órganos de la Policía Nacional que a su vez dependen funcionalmente del Ministerio de Defensa Nacional, son las primeras autoridades administrativas que se enteran de problemas jurídicos que afectan el orden, la convivencia, seguridad, moralidad y el hábitat de la comunidad.



Gráfica: 34 Gestión de asuntos ante autoridades administrativas en población general (MinJusticia 2013)

Los CAI son responsables iniciales de la cadena de custodia de pruebas para las investigaciones que se siguen por el Código de Procedimiento Penal y de algunas responsabilidades del Código Nacional y Departamental de Policía. Es natural que esta pequeña unidad sea el organismo al que más se acude.

Seguido de este se encuentran las Inspecciones de Policía, que dependen funcionalmente de las alcaldías, y están encargadas de los procedimientos descritos en el Código Nacional de Policía; contribuye en la administración de justicia al cumplir

despachos comisorios que son órdenes de los jueces de la república para instruir procedimientos ordinarios; civiles penales o laborales, aquí se presenta una forma indirecta de fuga de litigiosidad estructural donde los jueces descargan responsabilidades confiando parte del procedimiento a autoridades administrativas, perdiendo autonomía e independencia y haciendo más ineficiente el servicio judicial.

Los inspectores también tienen competencia para gestionar algunas contravenciones a través de un proceso sencillo de descargos con aplicación de cauciones en caso de: agresiones verbales, insultos, amenazas que no constituyen delito, injuria o calumnia, o en asuntos relacionados con el hábitat como el espacio público. También el control del funcionamiento de los establecimientos de comercio pesas y medidas...

La Policía Nacional y los Inspectores de policía no están autorizados por la Constitución para conciliar, sin embargo se permite de manera informal y escasamente reglamentada que los policías e inspectores realicen labores de mediación y resolución de conflictos interpersonales y comunitarios. Consecuente con esta realidad ahora se intenta desarrollar como estrategia la de solicitar autorización al Ministerio de Justicia para abrir Centros de Conciliación en derecho donde abogados de la Policía Nacional o del Municipio reciben formación como conciliadores y atienden los asuntos conciliables.

Las Superintendencias son entidades que dependen del gobierno nacional y se encargan de la vigilancia inspección y control de actividades privadas de la economía de servicios que tienen impacto en la ciudadanía como el sector financiero, bursátil, asegurador, comercial, industrial, portuario, seguridad privada, sociedades comerciales, entidades prestadoras de salud, transportador. Su misión es verificar el cumplimiento de normas administrativas de funcionamiento mediante un proceso de descargos y sanciones pecuniarias y de suspensión de la actividad y toma del control e intervención.

Estas entidades actúan de oficio o mediante queja, pero no tienen competencia para resolver asuntos contractuales entre sus usuarios, pero también pueden solicitar la creación de centros de conciliación donde las partes afectadas pueden llegar a acuerdos sobre aspectos cuyo contenido se puede disponer o transigir. Se puede pensar que los usuarios o clientes de esas entidades vigiladas ante un incumplimiento contractual utilizan los poderes de las superintendencias para interactuar estratégicamente en el conflicto.

La gestión del conflicto de familia cuenta con un sistema especializado de instituciones y funcionarios, extendido en todo el territorio: hay comisarías de familia que se crean según el número de habitantes en cada municipio, también defensores de familia que dependen del ICBF. Las dos asumen el 24.3 % de los conflictos en la población general, lo que permite identificar que los asuntos de familia son de los que los ciudadanos más institucionalizan ante las autoridades; estas además tienen la competencia de conciliar en asuntos de familia.

El análisis sobre la carga de conflictividad que tiene la administración se orienta a creer que el volumen de la demanda terminó por romper el equilibrio que debe existir entre autoridades administrativas que prestan apoyo al proceso y el poder judicial. Como se mencionó, el ciudadano no logra distinguir entre una autoridad judicial y una administrativa, asignando al Estado en su conjunto una misma identidad simbólica de autoridad.

### **3.6 Vicisitudes de la autocomposición ante funcionarios públicos**

En el capítulo anterior se trató el tema de la autocomposición en general y las observaciones que sobre ella tiene la escuela de mediación impulsada por (Folger, 2007). Ahora en este punto es pertinente cuestionar esta forma de gestión que se realiza ante funcionarios públicos ¿es una genuina autocomposición? Téngase en cuenta que la encuesta nacional de necesidades jurídicas GENNJI demostró que cuando los ciudadanos padecen un problema jurídico buscan autoridad, y cuando se encuentran en presencia de funcionarios atribuyen a estos el poder simbólico de autoridad; así ocurrió con el 44.6 % de población que acudió frente a ellos, además también se concluye de un porcentaje alto de funcionarios delegados para conciliar y notarios afirmaron haber impuesto la decisión en el conflicto, actuación por lo demás abiertamente irregular (MinJusticia 2013).

De las anteriores afirmaciones se puede analizar que por muy autocompositivos que sean los mecanismos como la transacción, mediación o conciliación, si estos son administrados dentro de instalaciones públicas o por funcionarios, como es el caso de comisarías o inspecciones de policía, de familia, del trabajo, procuradurías o simples



oficinas de quejas y reclamos, la carga de autoridad y coacción que los ciudadanos confieren a la institucionalidad es tan poderosa que pueden las partes sentir que se trata de un proceso de adjudicación semejante al del juez.

Además en ocasiones estas distinciones entre acuerdos de conciliación y sentencias son puramente intelectuales y dilucidar su diferencia es más un asunto de hermenéutica del operador jurídico que un concepto apropiado y entendido por el ciudadano. Es esta la razón por la que el cumplimiento de acuerdos conciliatorios ante autoridades públicas es mayor; fue un resultado que dejó perplejos a los expertos pero que encuentra en las anteriores justificaciones una posible explicación.

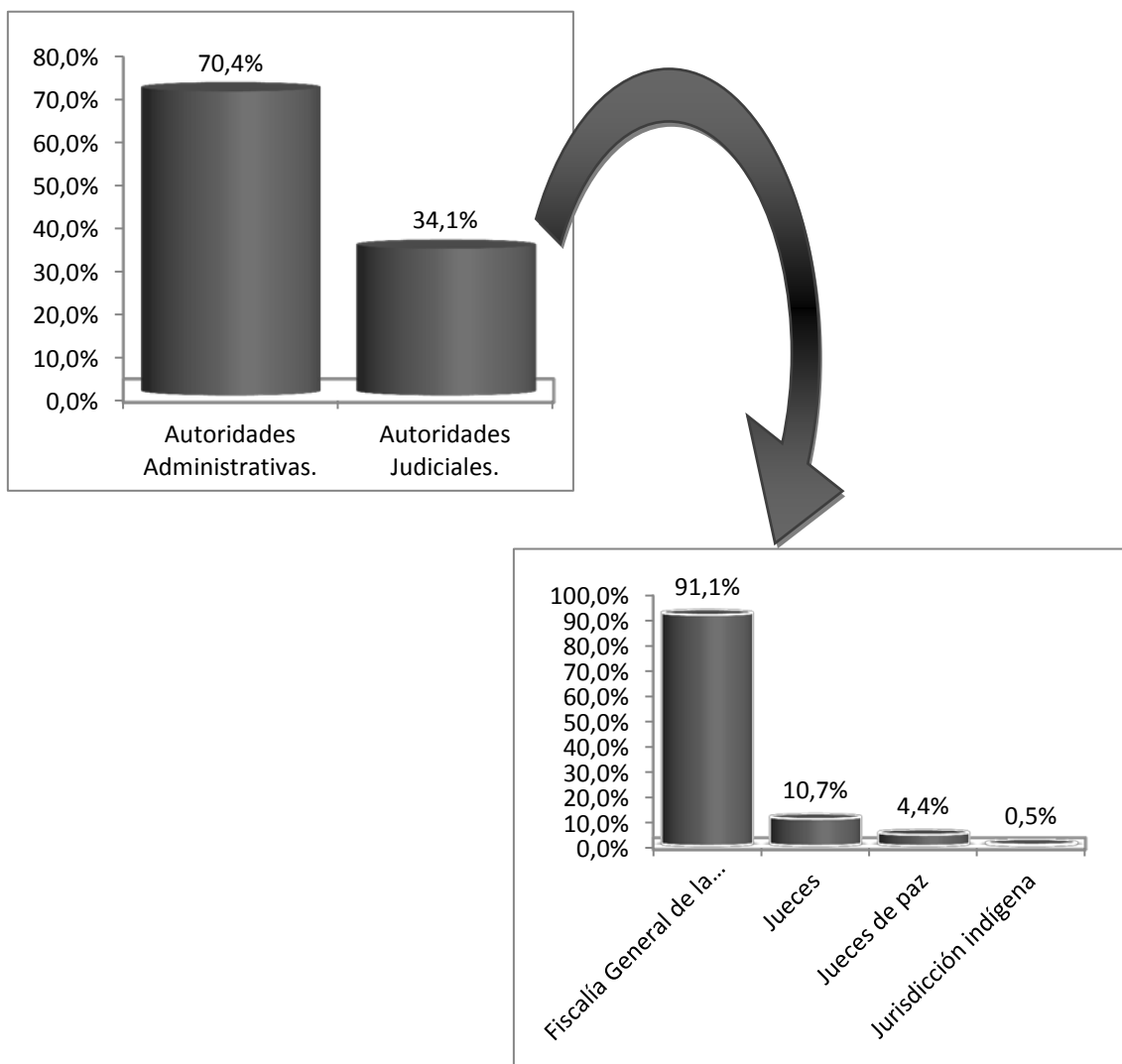
Ahora bien, hecha esta reflexión y de concluirse que en efecto la autocomposición realizada ante autoridades del Estado a la practicada en escenarios administrados puramente por ciudadanos alejados del poder simbólico del Estado, no es la misma. Partiendo de esa premisa quien tome decisiones de política pública deberá tener en cuenta esta distinción.

### **3.7 Gestión de necesidades jurídicas ante autoridades judiciales**

Porcentaje de problemas jurídicos que fueron institucionalizados ante particulares y autoridades del Estado: Los problemas conocidos ante el Estado corresponde solo al 26.9 % de todos los problemas jurídicos, de los cuales<sup>10</sup>:

---

<sup>10</sup> Los “porcentajes” de esta gráfica superan el 100 % porque el número de conflictos puede ser superior al de personas encuestadas, por lo que no son puramente porcentajes sino tasas por persona.



Gráfica: 35 Gestión de asuntos ante autoridades judiciales: tomado de MinJusticia (2013)

Las anteriores gráficas demuestran que aproximadamente la mitad de la población padece Necesidades Jurídicas, de ellos el cincuenta por ciento permanece en un área de caos sin posibilidades de gestión, del otro cincuenta por ciento un 34 % alcanza un arreglo directo mientras que casi el 25 % de los problemas jurídicos se institucionaliza.

Sobre el 16.1 % de problemas jurídicos que se institucionalizaron ante particulares se hará referencia en el capítulo siguiente, puesto que ahí está el objeto de reflexión, estudio y exploración de esta tesis. En este apartado se analiza la suerte del resto de problemas jurídicos que llegaron a las autoridades del Estado que como se ve el 70.4 % corresponde al conocimiento administrativo, y un 34 % que se conoce ante el poder judicial, pero el 90.1% de esa fracción corresponde a asuntos penales que quedaron en

la Fiscalía General de la Nación, conclusión lo que llega al poder judicial es un residuo que apenas de contabiliza.

### **3.7.1 Vicisitudes del acceso a la justicia en asuntos penales**

Pero el 91.1 % de problemas jurídicos que tienen un nivel de conocimiento ante autoridad judicial está representado por la actividad de la Fiscalía General de la Nación, responsable de la investigación, instrucción y acusación formal de los hechos punibles. Como se ve solo un residuo del 10.7 % de problemas institucionalizados ante el poder judicial es conocido verdaderamente por los jueces, ese residuo corresponde al 1,2 % de todos los problemas jurídicos de la población general.

Volviendo a la gestión de la Fiscalía, esta investigación empata con otra realizada por Miguel La Rota experto de Dejusticia (2013) en la que demuestra el equivocado enfoque de política criminal de la Fiscalía General de la Nación o su negligencia en la estrategia, pues con el nuevo sistema acusatorio se tiende a imputar los delitos más fáciles de investigar que por lo general son los de flagrancia (Dejusticia 2013).

Por cada 100 delitos que se investigan en la Fiscalía, se imputan solo ocho y suelen ser hurto, porte de armas y relacionados con estupefacientes, son delitos más comunes y de mayor posibilidad de recoger pruebas, resultando muy preocupante lo que ocurre con los delitos más graves:

Pero estos crímenes no son necesariamente los más graves, es decir, los que causan más daño personal o producen más costos sociales (no sólo económicos). Bastantes delitos mucho más graves, como el homicidio doloso, las violaciones al derecho internacional humanitario, las violaciones, tienen tasas de imputación muy bajas. Por ejemplo, por cada 10 homicidios dolosos que entran a la Fiscalía, sólo uno obtiene imputación (Dejusticia 2013).

Esto quiere decir que la Fiscalía dedica la mayor parte de su tiempo a gestionar los delitos pero de manera desorganizada y con escasas posibilidades de éxito, lo que aumenta las cifras de impunidad presentes en el área de caos donde ni siquiera se intentó la reclamación y que se verá en detalle más adelante cuando se trate la patología de la impunidad.

La cuestión mejora poco cuando inicia el proceso judicial ante el juez penal, allí de cada 100 imputaciones 60 tienen condena (Dejusticia 2013). Estas cifras pueden ser

contrastadas con la actividad judicial en 2012 según las cuales ingresaron 706.071 procesos y se fallaron 714.051 cifra que ha descendido desde que entró en vigencia el sistema penal acusatorio (CSJ 2012, 22-23).

Sin embargo si se compara con otro contexto, como el comportamiento de la justicia penal en España durante el mismo periodo de tiempo el resultado es que ingresaron 6´442.718 acusaciones, se resolvieron 5´533.200 quedaron pendientes 1´081.739 y hubo 741.189 sentencias, esta última cifra es un número semejante al de Colombia (CGPJ 2012,33).

España no tiene sistema acusatorio ni los problemas de impunidad de Colombia, sin embargo la cifra tan baja de sentencias en comparación a los millones de delitos que se investigan (11 sentencias de cada 100) es un hecho que da cuenta de un fenómeno de fuga de litigiosidad cuestión de la cual no se ocupara esta investigación en relación al caso de España, pero que bien valdría la pena reflexionar.

### ***3.7.1.1 Políticas de priorización de la Fiscalía General de la Nación***

Las circunstancias de alta criminalidad, especialmente provocadas por el conflicto armado, el narcotráfico, los usurpadores de territorio, la delincuencia común y la degradación de la sociedad producto de la pobreza y la exclusión social, hacen que el sistema penal en su conjunto no pueda asumir la correcta administración de justicia de una sociedad en guerra, así se ven reflejadas en la GENNJI.

Por lo anterior la Fiscalía General de la Nación basada en el principio de oportunidad crea una directiva sobre Priorización que define así: “La priorización es una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer, de acuerdo con unos criterios, un orden de atención de casos con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia” (FGN directiva 001 de 2012)

Fines de la priorización:

1. Seguridad ciudadana: La posibilidad de asociar casos a partir de la identificación de elementos comunes permite combatir de manera más efectiva la criminalidad organizada.
2. Conocimiento del contexto del conflicto armado: La construcción de los escenarios delictivos en todas sus dimensiones es necesario para abordar procesos de justicia transicional.
3. Legitimidad y eficacia en la administración de justicia: La racionalización de los recursos de la Fiscalía General de la Nación permite que se administre justicia con eficacia y transparencia hacia la ciudadanía, lo que a su vez posibilita reducir la impunidad.
4. Atender las exigencias de la sociedad civil: Los representantes de los distintos sectores de la sociedad han planteado la necesidad de estudiar la criminalidad en su contexto, para así desarticular de manera más efectiva a los grupos que vulneran gravemente los derechos humanos y que atentan contra sus defensores y defensoras.

Es decisión de la Fiscalía tiene como consecuencia que miles de delitos cometidos no será beneficiarios de la tutela legal a la que sus víctimas tienen derecho, se entiende que las circunstancias de guerra que padece Colombia le retan a enfrentar la criminalidad más grave, pero estos delitos que no tienen forma de gestionarse tampoco pueden quedar en la impunidad, luego tendría el estado que promover masivamente fórmulas para que los ciudadanos puedan a través de sus instituciones gestionar al menos los delitos querellables y aquellos próximos al foco del conflicto relacionados con la convivencia.

### 3.8 Acceso a la justicia según cifras del poder judicial

Vuelta al análisis de la Gráfica: 32 Pirámide de litigiosidad, desde el punto de vista de los usuarios; ante el sistema de justicia se define un porcentaje minúsculo de litigios; como se anotó anteriormente según la GENNJI de una muestra de población general proyectada sobre 10'802.533 de personas a 4'614.369 les ocurrieron 8'056.037 problemas jurídicos en una ventana de tiempo de cuatro años, de los cuales 59.149 fueron conocidos por autoridades judiciales, lo que representa el 1,28 % de todos los problemas jurídicos, y el 3.6 % de la litigiosidad conocida por autoridades del Estado en su conjunto (MinJusticia 2013).

A lo anterior se suma la litigiosidad que llega al sistema judicial por las personas jurídicas de las cuales se ha hecho el cálculo solamente de la población de empresarios con una representatividad según sector o renglón de la economía a que pertenece y su tamaño en términos de capital, que somete en su conjunto el 5.8 % de sus problemas jurídicos al sistema judicial para su resolución (MinJusticia 2013).

Ahora bien desde el punto de vista de la oferta de justicia del poder judicial hay datos de la gestión de los años 2010 – 2011 y recientemente publicadas las del año 2012 que arrojan la siguiente actividad: en 2010 habían 10 juzgados por cada 100.000 habitantes, la Judicatura contaba con 4.561 jueces y magistrados en todas las jurisdicciones. Para 2012 las estadísticas cambiaron su forma de presentación y no se logra determinar el número de jueces por cuanto algunos funcionarios fueron contratados de manera temporal en planes de descongestión judicial (CSJ 2012).

El volumen de ingresos y egresos entre los años 2008 y 2012 es el siguiente:

Año	2008	2009	2010	2011	2012
Actividad judicial					
Ingresos de demandas	1'926.951	2'301.992	2'448.461	2'403.764	2'248.349
Egresos de sentencias	1'793.077	2'148.594	2'205.197	2'024.212	2'001.340

Gráfica: 36 Ingreso de demanda y egreso de sentencias de todo el poder judicial (CSJ 2012, 23)

Según estos datos, el poder judicial de Colombia no recibe más de dos y medio de millones de demandas al año, los ingresos han decaído levemente desde el año 2010

(CSJ 2010-2011). Lo que demuestra que pueden resultar efectivas las políticas de conciliación en derecho, con la defectuosa sobrecarga del poder ejecutivo, prueba también en el tono y las estrategias de la Rama Judicial que está enfocada a atender el retraso judicial, ignorando el enorme potencial de problemas jurídicos que se encuentran tanto en el área de caos como en la gestión que otros operadores hacen del conflicto.

Las proyecciones de población señalan que a junio 30 de 2011, Colombia tendría 46'044.601 habitantes de los cuales la proporción de personas adultas, entre 15 y 59 años es del 67.8 % = 31'218.239 habitantes (DANE 2011), todos susceptibles de padecer Necesidades Jurídicas y como se demuestra en una ventana de cuatro años la mitad de la población padecerá más de un problema jurídico; además se debe sumar la incalculable cifra de personas jurídicas privadas, públicas y sin ánimo de lucro que también presentan demandas ante el sistema judicial.

El cruce de cifras indica que al poder judicial solo llega el 1,2 % de los problemas jurídicos que se presentan a la población general y que por cada diez millones de personas ocurre una estimación de cuatro millones y medio de problemas jurídicos. Por lo tanto se demuestra que aunque la gestión del poder judicial es voluminosa no alcanza a ser disuasoria o representativa de todos los problemas jurídicos que le ocurren a la sociedad.

La última actualización de las estadísticas judiciales del Consejo Superior de la Judicatura es del año 2012, mismo año en el que se realizó la encuesta GENNJI y mismo año del cual se tienen cifras de la gestión judicial de España. En la cifras de la judicatura de Colombia no hay continuidad respecto del informe anterior por lo que es imposible conocer el número de jueces por habitante, sin embargo brinda otros elementos de análisis.

Por ejemplo la judicatura realiza esfuerzos por implantar jueces en materia administrativa, el sistema acusatorio puro por medio de procedimientos penales orales, igualmente acaba de promulgarse el Código General del Proceso lo que implica implementar la oralidad en los asuntos civiles, mercantiles, agrarios y de familia.

Todas estas tareas toman tiempo para que el Consejo Superior de la Judicatura las pueda ejecutar, debido a la negligencia administrativa los sobre costos de la contratación y la carga salarial de los jueces. Sin embargo no todo son penas; la gestión más eficaz del poder judicial a través de la acción de tutela, inspirada en el derecho de amparo español y consagrada en la constitución de 1991 representa el principal avance en

materia de derechos fundamentales y el principal instrumento jurídico que transformó la cultura de la sociedad colombiana.

Año	Numero de tutelas presentadas	Porcentaje de participación respecto del número global de sentencias judiciales.
2009	2'356.828	20,6 %
2010	2'303.378	21,8 %
2011	2'277.467	22,7 %
2012	2'243.689	24,4 %
Total 1997-2012	28'108.150	17,6 %

Gráfica: 37 Tutelas presentadas ante el poder judicial (CSJ 2012, 85)

#### Derechos fundamentales más violados

Derecho violado	Porcentaje amparado
Petición de información	43 %
Salud	23 %
Debido proceso	9 %
Mínimo vital y móvil	6 %
Derechos por condición de desplazamiento	3 %
Seguridad social	3 %
Vida en condiciones dignas	3 %
Derecho a la vida	2 %
Derecho al trabajo	2 %
Derecho a la igualdad	1 %
Derecho a la educación	1 %
Ayuda humanitaria	1 %
Vivienda digna	1 %
Otros libertad, buen nombre, honra, hábeas data, integridad	2 %

Gráfica: 38 Porcentaje de tutelas según derecho vulnerado (CSJ 2012:85).



Para la población general y especialmente la población en circunstancias de vulnerabilidad por pobreza extrema, discapacidad o exclusión el poder judicial representa un escenario de defensa de derechos cuando es el propio Estado o excepcionalmente otras instituciones las que vulneran derechos fundamentales; de hecho la acción de tutela es la única actuación judicial sobre la cual los ciudadanos en la encuesta GENNJI tienen un nivel de recuerdo.

### **3.9 Acceso a la justicia garantizado por los jueces de paz**

Sobre el funcionamiento de la justicia de paz colombiana se hace referencia en los capítulos siguientes, puesto que según los elementos conceptuales aquí desarrollados, aunque desde el punto de vista constitucional son una jurisdicción especial, por lo tanto corresponden acertadamente a la rama judicial; desde el punto de vista de la resolución de conflictos son un mecanismo exógeno a las comunidades por cuanto fue una norma del año 1995 los que los creó y desarrollo mas no la tradición de una práctica comunitaria.

A pesar de lo anterior sorprende que en la encuesta GENNJI su participación es relevante constituyendo el 0,52 % [24.374/4'314.679] de los problemas jurídicos ocurridos a una población estimada de 10'802.533. Es una cifra alta si se considera que los jueces de paz son comunitarios, actúan de manera voluntaria, su jurisdicción no se ha declarado por los concejos municipales en todos los ayuntamientos y no tienen remuneración, además de muchas otras características y deficiencias que ocurren en la implementación de su funcionamiento.

No obstante lo anterior en los municipios donde esta jurisdicción opera hay un interés del gobierno local y de la judicatura en institucionalizarlos, lo que arroja un porcentaje importante de población decidida a acudir donde estos operadores, cuestión sobre la cual se hará referencia más adelante.

### **3.10 Acceso a la justicia según cifras del poder judicial español**

Mientras Colombia avanzó un paso más en investigación y diagnóstico de los problemas estructurales de la Justicia por medio del enfoque neoinstitucional y la metodología de identificación de Necesidades Jurídicas, el contexto de España mantiene las tradicionales formas de investigación a través de las encuestas de opinión, en lugar de aplicar encuestas de valoración objetiva y calificación de servicios, hace que los usuarios manifiesten en las encuestas una versión pesimista del servicio judicial más no una declaración objetiva sobre el servicio recibido.

En el caso de Colombia lo que ocurrió fue que las personas que tuvieron la oportunidad de acceder al sistema de justicia hicieron una valoración muy buena del servicio prestado; esa era una interpretación real mas no una opinión sobre el sistema que por lo general suele ser pesimista.

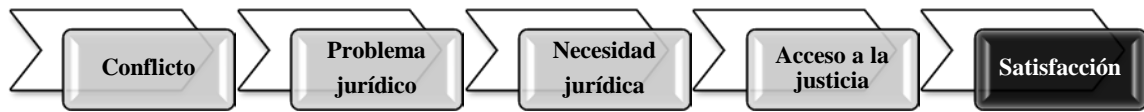
Como en efecto ocurre con las cifras utilizadas para valorar los problemas estructurales de la justicia española ofrecidos por el barómetro del CIS de España:

- Lentitud en los procesos
- Dilación en la resolución de los mismos
- Saturación en los Tribunales por el aumento de casos
- Trato inadecuado a los usuarios
- Escasa calidad y resultados injustos en las resoluciones
- Inseguridad jurídica provocada por la imprevisibilidad del resultado del proceso, así como por su duración.
- Elevado costo económico
- Deficiente gestión de los recursos existentes
- Falta de coordinación entre los diferentes integrantes de la oficina judicial
- Falta de responsabilidad de los causantes de la mala gestión de la administración de justicia.
- Insatisfacción de jueces y magistrados que, en muchas ocasiones sienten que llegan a sus manos asuntos que nunca debieron haberlo hecho.
- Dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales. (Carretero E 2013, 75-76).

Respecto de la gestión judicial de España, país que tiene la misma población que Colombia y una tradición jurídica semejante, su último informe consultado presentado al Congreso de los Diputados hace constar que en el año 2012 había 11 jueces por cada 100.000 habitantes, y 3.933 juzgados y 70 tribunales. “En el conjunto de los órganos judiciales españoles hay una producción total de 8’974.175 asuntos entre sentencias, autos y decretos. Esta cifra supone un descenso del 0,7 % respecto al año anterior. En 2012, los tribunales españoles resolvieron 9’104.041 asuntos y han quedado en trámite al final del trimestre un total de 2’913.485 asuntos” (CGPJ 2012, 71).

Como se evidencia en los dos contextos considerados, los despachos están al tope de su productividad, lo cual quiere decir que se requiere multiplicar su número, además porque en estas cifras no se discrimina qué casos corresponden a personas naturales y cuáles a personas jurídicas, corporaciones, empresas o bancos, que se supone acaparan un porcentaje mayor del servicio ordinario de justicia.

## 4 Satisfacción de necesidades jurídicas



La consideración de satisfacción no es completamente subjetiva ya que, para la satisfacción de necesidades humanas hay un elemento de análisis que se denomina *satisfactores*, entendido como: “Forma mediante la cual se actualiza una necesidad humana fundamental siendo esta una construcción cultural y variando de una sociedad a otra” (López M, dir. 2004,1031); bien vale la pena desarrollar en este análisis la noción de satisfactor por cuanto constituye un camino que brinda la metodología del DEH (Desarrollo a Escala Humana) para transformar proactivamente los problemas sociales (Max-Neef, M, Elizalde, A, Hopenhayn, M 1998).

La manera de aplicar un satisfactor puede ser cambiante de acuerdo con la forma de ver la necesidad, con la cultura, el sistema político o las políticas públicas que se apliquen para solucionarlo, pero por el contrario la necesidad humana nunca cambiará; siempre serán subsistencia, protección, afecto, entendimiento, creación, ocio, participación, identidad y libertad (Max-Neef, M, Elizalde, A, Hopenhayn, M 1998).

La limitación de una necesidad humana tiene la contingencia de desencadenar en necesidades jurídicas, depende de los factores existenciales del *ser, tener, hacer y estar* Gráfica: 9 Matriz de necesidades humanas según Max Neef (1993) especialmente del *tener* que se refiere a la creación de “instituciones, normas, mecanismos, herramientas, leyes, etc” que se desarrolla donde se expone la utilidad de la metodología del DEH aplicado a la gestión de conflictos.

En la metáfora de la Gráfica: 32 Pirámide de litigiosidad, también son evidentes satisfactores del sistema judicial que permiten demostrar su buena gestión, se ubican en la cima los problemas jurídicos que empezando su recorrido por la base circulan por el sistema hasta considerar las necesidades jurídicas satisfechas, elementos que encierran el concepto de *Acceso a la Justicia* acogido en la encuesta GENNJI del (MinJusticia 2013) que son Confianza en la justicia, Calidad del servicio, Oportunidad, Sencillez o Debido proceso.

La Necesidad jurídica expresada satisfactoriamente se refiere a que el ciudadano encontró, en el sistema de justicia, la respuesta que le permitió resolver oportunamente su caso. Se incluye aquí la Necesidad Jurídica del demandante o demandado, el agotamiento de todos los recursos y el recorrido tranquilo y normal de los procedimientos. No se tiene en cuenta si existe una relación directa entre las pretensiones del ciudadano y la decisión plasmada en un acta de conciliación o la sentencia del juez, pues también depende de la naturaleza del servicio y de la complejidad del caso.

La investigación sobre Necesidades Jurídicas demostró que los usuarios que utilizan el sistema judicial dieron una muy buena calificación al servicio, lo que hace suponer que aunque el sistema está colapsado y a él llega un mínimo porcentaje de casos, los pocos que llegan son gestionados satisfactoriamente, que una es la percepción que se tiene de la justicia y otra la experiencia cuando se utiliza.

En una proporción muy alta, los colombianos solucionan sus conflictos por las buenas, mediante el arreglo directo. La mayor demanda de problemas jurídicos los gestionan las autoridades administrativas del poder ejecutivo, central y descentralizado territorialmente. Se destacan el ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) en asuntos de Familia y las Superintendencias.

Aproximadamente el 10 % de los afectados, concilian ante todas las autoridades y particulares competentes logrando el 90 % de cumplimiento del acuerdo. La demanda de conciliación es creciente y se demuestra mediante el análisis de la población de usuarios de la conciliación que disminuye el uso del sistema judicial, Aunque muy pocos llegan a utilizar los servicios de justicia del Estado, los usuarios que acudieron hicieron una positiva valoración del servicio. La justicia de paz que es de origen comunitario y *ad honorem* se destaca por el volumen de asuntos que comienza a gestionar.

Las empresas presentan mayor acceso a los servicios de Justicia que presta el Estado en todos los ámbitos; el 52 % acudió a autoridades administrativas; principalmente de policía, oficinas de quejas y reclamos y centros de conciliación. El 12.3 % concilia y utiliza los MASC, principalmente conciliación en equidad en mayor proporción. Es el grupo que más recibe asesoría jurídica aunque su porcentaje sigue resultando bajo (20 %). El volumen de casos que somete a los jueces es cinco veces mayor que el de la población general o pobreza guardadas las proporciones.

Sobre *acceso a la Justicia*; Natalia Gheraldi efectúa una crítica a la noción de acceso a la justicia ideal que proponen otros autores, ya que reconoce que incluso para

los países “desarrollados” es difícil disponer de los medios para satisfacer las necesidades de acceso a la justicia. La autora afirma que la vigencia del Estado de Derecho no se puede sostener a través de la judicialización de las causas sino evitarse a través de la intervención preventiva. Desarrolla tres aspectos del *acceso a la justicia*, i) la posibilidad de llegar al sistema judicial. ii) la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia. iii) la conciencia del acceso a la justicia como un derecho (Gherardi N 2006).

## 5 Necesidades jurídicas insatisfechas NJI

Aunque desde el punto de vista del Desarrollo a Escala Humana, se considera que no es cuestión de tener necesidades satisfechas o insatisfechas sino de generar los satisfactores adecuados para su realización, en la concepción de las necesidades jurídicas del (PNUD 2005) se presenta la noción de Necesidades Jurídicas Insatisfechas como aquellas que no logran ser resueltas por la oferta de justicia.

Esta categoría analiza las diferentes vicisitudes que expulsan al ciudadano de la pirámide de administración de justicia sin el litigio resuelto; quedan así una serie de fenómenos que se consideran necesidades jurídicas insatisfechas: Resignación o área de caos, Impunidad, Demanda no regulada, Demanda no reconocida, Decaimiento, Barreras de acceso, Costos: dinero, tiempo, estrés, Victimización, Incumplimiento de los acuerdos, laudos y fallos.

Uno de los investigadores que introdujo el tema a Colombia es Jorge Iván Cuervo, quien las entiende como: "...Las necesidades que tienen las personas – especialmente las de escasos recursos- de resolver problemas y conflictos con la intervención del sistema de justicia entendido en sentido amplio, es decir, tanto la justicia formal como la informal. Una (NJI) también puede ser una respuesta inadecuada, insatisfactoria o tardía de parte del sistema judicial" (Cuervo J 2008,10).

En la parte central del texto desarrolla el enfoque y conceptualización de la Necesidades Jurídicas Insatisfechas, remontando su origen a Australia en el año 1970; el concepto utilizado en ese contexto es amplio e involucra a la justicia formal e informal. También menciona como paradigma de investigación en esta materia el estudio efectuado en Caracas, que identificó dos clases de Necesidades Jurídicas; las expresadas y las potenciales Cuervo J (2008, 10).

De la encuesta del Ministerio de Justicia se arrojaron las siguientes conclusiones más destacables en relación con las Necesidades Jurídicas que no lograron ser satisfechas según los parámetros: en un porcentaje muy alto de problemas jurídicos, los ciudadanos se resignan o dejan así, en la población de extrema pobreza es del 66.7 %, en la población general del 51.9 %. Incluso en el caso de delitos, la investigación confirma el alto grado de impunidad por falta de denuncia.

El porcentaje de Necesidades Jurídicas que no cuentan con asesoría de abogado es del orden del 92.1 %, solo asesoran el 0.8 % de las causas de la población más pobre,

al 10 % de la población general y mejora un poco cuando se trata de empresas (20 %). Además de esa escasa población que contó con asesoría de abogado, el 67.7 % de los empresarios, el 33 % de la población en situación de pobreza extrema y el 13 % de la población general, manifestó que la gestión del abogado no ayudó a resolver su problema jurídico. El artículo 229 de la Constitución nacional autoriza a la Ley para que reglamente los casos en que los ciudadanos pueden acudir a la administración de justicia sin abogado; sin embargo esta posibilidad no es utilizada ni estimulada por las autoridades judiciales.

En su orden en la población general el 24,8 % (1.145.727 casos) es asumido por autoridades administrativas. El 10,9 % (505.081) por la Fiscalía. El 6,3 % (306.001) ante particulares; los Jueces formales recibieron el 1,2 % (59.149). Los jueces de paz (24.374) casos y la jurisdicción indígena (2.602).

Las anteriores cifras demuestran que el poder Judicial como responsable de dirimir los problemas jurídicos de la sociedad ha perdido toda su capacidad de intervención (o quizá nunca la tuvo). Se presenta un fenómeno de *fuga de litigiosidad* (Santos, B de S 2009, 87); en el sentido de que mientras la demanda es creciente, abundante y heterogénea, la oferta judicial es minúscula y estática. Lo que hace que el poder ejecutivo asuma en Colombia un papel que constitucionalmente no le corresponde, al conocer controversias sobre las cuales no tiene capacidad de decisión. Con el agravante que los ciudadanos no logran distinguir cuándo se está en presencia de un mecanismo heterocompositivo donde la decisión parte de la autonomía de la voluntad, o cuándo ante una autoridad con jurisdicción legal para tomar una decisión en su conflicto.

El papel de las autoridades del poder ejecutivo es eliminar las barreras estructurales que provocan la injusticia, la violencia directa, estructural y cultural, actuar para la prevención y utilizar los medios para que los ciudadanos tengan calidad de vida, no el de administrar justicia. Pareciera que la excepción es la regla. En ese mismo sentido el Artículo 229 de la Constitución Nacional dice que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, pero el ciudadano no logra interpretar y no tiene porqué conocer cuál es la autoridad que debe solucionar su controversia; en su escaso saber, puede considerar que una autoridad de policía o los servicios de una casa de justicia son administración de justicia formal y atribuir a ellos un poder simbólico que legalmente no se corresponde.



Presentado este resumen de necesidades jurídicas insatisfechas, se presenta a continuación la explicación de cada uno de los fenómenos o patologías que expulsan a las Necesidades Jurídicas de la pirámide, sin ningún tipo de gestión.

## **5.1 Vicisitudes o patologías de los actuales sistemas judiciales**

### **5.1.1 Demanda no regulada**

Se trata de los asuntos que las personas atribuyen como injustos, les asignan cierta juridicidad pero el sistema no reconoce como derecho. Se hizo el esfuerzo de identificar este tipo de fenómenos, pero en el caso colombiano la regulación de derecho no es un problema estructural de la justicia, además el instrumento de encuesta no permite identificar este fenómeno.

Los últimos casos más polémicos relacionados con el déficit de derechos es el relacionado con el derecho al aborto y el matrimonio igualitario para la población LGBTI. Para el caso de España uno de los problemas jurídicos que encajan en este fenómeno, son las relacionadas con el contrato de hipoteca.

### **5.1.2 Demanda no reconocida o expresada por el afectado**

Fenómeno en que existiendo el derecho consagrado en la normatividad como bien jurídico tutelado, existe un procedimiento para su reclamación y ejecución de eventual condena, pero el ciudadano no lo identifica como antijurídico o no le otorga la trascendencia, por lo que decide no institucionalizarlo (PNUD 2005).

Algunos derechos son más propensos a no ser expresados ante el sistema judicial ni reclamados ante el ofensor, por ejemplo en el laboral individual; no son demandados los derechos derivados de la relación laboral, de factores salariales o prestaciones sociales, las condiciones laborales: dotación, riesgos profesionales, agresiones físicas o verbales. En el laboral colectivo la situación es peor, no es relevante para los temas de organización de sindicatos, huelgas o convenciones colectivas.

Desde el punto de vista del ejercicio de libertades políticas y derechos civiles, sorprende que en una de las naciones de mayor desigualdad social del planeta, el ciudadano no apela al derecho para el reconocimiento de cuestiones como la libertad de expresión o de asociación, las discriminaciones por orientación sexual o identidad de género, o la condición de mujer, por el estado de embarazo, por situación de discapacidad, etnia, creencias religiosas, edad, clase social, o procedencia.

Los anteriores fenómenos no son notorios desde el punto de vista de los potenciales usuarios, porque no hay cultura para su reclamación ni hay formada en la sociedad la conciencia de protección suficiente para este tipo de bienes tutelados.

Diferente es la situación si es analizada desde el punto de vista de la oferta, pues las estadísticas de tutelas que garantizan estos y otros derechos fundamentales son significativas. El 51 % de población general que acudió al poder judicial utilizaron la tutela. El 18 % de la población en extrema pobreza también la utilizó en ese escaso porcentaje (MinJusticia 2013), lo que confirma que el servicio de justicia es entendido y utilizado por la clase media, quedando en vulnerabilidad los menos favorecidos.

### **5.1.3 Impunidad**

De acuerdo con otra encuesta efectuada en 2008 sólo el 46.4 % de las víctimas encuestadas denunciaron un delito. La no denuncia responde a varias causas: la primera a la falta de credibilidad en el sistema de justicia, de acuerdo con la encuesta, el 56,7 % de los encuestados no denuncian porque consideran “que no sirve para nada”.

El desconocimiento de la población acerca de sus derechos y de la institución a la que debe acudir y distancias para acceder al operador de justicia más cercano (DNP 2010b).

De otra parte se observa que las sinergias que el sistema jurídico produce hacen que las mal denominadas *pequeñas causas* no tengan justicia. De hecho hay mensajes institucionales que rechazan la pequeña causa por considerar que los asuntos de mayor cuantía, es decir los de la población que tiene medios para pagar los servicios de justicia, son más importantes: “...existe una gran cantidad de procesos denominados “de menor cuantía” o “pequeñas causas” que, al ingresar al sistema de justicia, congestionan

los despachos judiciales, lo que a su vez impide un trámite oportuno y ágil para procesos de mayor envergadura”<sup>11</sup>.

Nada más injusto e inequitativo que negar justicia con este criterio a los ciudadanos en condiciones de pobreza extrema para quien sus asuntos no superan las mayores cuantías. La Judicatura debe seleccionar para su conocimiento casos de todos los entornos sistémicos incluido el vecinal que por ejemplo se da por supuesto y aparentemente obvio que no debe entretener a los jueces, pero que si fallaran algunos casos con criterio orientativo y pedagógico orientarían a la sociedad y a los operadores comunitarios y su jurisprudencia se convertiría incluso en un argumento de negociación en los escenarios autocompositivos.

#### **5.1.4 Decaimiento de las causas**

Este fenómeno implica que el ciudadano acudió a las autoridades para hacer la reclamación pero terminó abandonando su solicitud. Según las estadísticas, en la población general retiraron la denuncia quienes acudieron a autoridades administrativas por demora en el proceso el 36 %, por desconfianza en los funcionarios el 10,9 %. De quienes acudieron a las autoridades judiciales, el 13 % se retiró por demora en el proceso (MinJusticia 2013).

En la población en extrema pobreza el decaimiento ante autoridad administrativa por demora en el proceso es del 26,4 %, por desconfianza en los funcionarios es de 5,7 %. Ante autoridades judiciales es algo más elevado el 24,1 % por demora en el proceso y el 19,6 por pérdida de confianza (MinJusticia 2013).

Es de aclarar que la principal razón para retirar la queja, demanda o denuncia está relacionada con un arreglo directo extra proceso con la contraparte. Y no hay evidencia que los costos sean razón para el decaimiento.

---

<sup>11</sup> “De acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, las causas de la congestión judicial no sólo se encuentran en la gestión misma de los despachos judiciales, tiene otros orígenes como mecanismos procesales inadecuados, insuficientes o revestidos de excesivo formalismo; la gestión en ocasiones inapropiada de agentes externos como la Procuraduría, la Defensoría y el ICBF, y la expedición de actos administrativos por parte del Ejecutivo sin considerar la reiterada jurisprudencia sobre asuntos similares, entre otros.” DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DE COLOMBIA., Visión Colombia II centenario 1019, Garantizar una justicia eficiente. Versión de 2004.

### **5.1.5 Barreras de acceso**

Esta ausencia de satisfacción está fundamentalmente referida a barreras de dos tipos: porque el sujeto desconoce la juridicidad de la situación, al encontrarse inmerso en un sistema de valores, cultura y conocimientos que le impide hacer conciencia de su ciudadanía, o porque no puede asumir los costos de tiempo, dinero, medios, estrés, entre otros.

También ocurre que al recibir el servicio de asesoría no contó con una oportunidad autocompositiva antes de iniciar el procedimiento heterocompositivo o judicial o fue mal orientado o asesorado.

Respecto de las barreras inherentes al servicio, puede ocurrir que por la asimetría en los extremos, la contraparte tenga acceso a mejores abogados especialistas o más baratos, que los servicios jurídicos (asistencia jurídica, administrativos y jueces) no sean suficientes y próximos al ciudadano, que los ciudadanos sean discriminados por su situación geográfica, condición social, cultural o económica para acceder a los servicios de justicia. Que los abogados litigantes no ofrezcan alternativas diferentes al pleito judicial.

Que las autoridades administrativas a donde llega el caso no tengan la autoridad suficiente para tomar una decisión de fondo sobre el verdadero asunto que afecta al ciudadano. Que las herramientas jurídicas con las que cuenta la autoridad no sean suficientes para hacer una lectura de contexto sobre el conflicto y no se logre comprender lo que realmente necesitan las partes.

Que la decisión judicial o administrativa se dicte pero no se ejecute.

### **5.1.6 Victimización primaria, secundaria y terciaria**

Para comprender este fenómeno es preciso conocer el concepto de *víctima* como lo entiende la Fiscalía General de la Nación de Colombia. En estricto sentido, “debe tenerse por víctima, a la persona que haya sufrido un daño cierto, real y concreto derivado de la conducta punible, independientemente de que tenga o no la calidad de sujeto pasivo del delito o de que tenga o no vínculos de parentesco con el sujeto pasivo” (FGN 2010, 69).

Sobre el tratamiento de las víctimas Juan Cruz en su trabajo doctoral hace una interesante reflexión a la que denomina *el retorno de la víctima* (2013, 33) siguiendo su planteamiento se evidencia que la modernidad en aras de la racionalidad, de la exaltación de los valores de la ilustración, de los bienes jurídicos tutelados y de las garantías del procedimiento centrado en la culpabilidad o inocencia del sujeto activo, construyó una rica dogmática jurídica del derecho penal que lo llevó a niveles sofisticados de institucionalidad, pero condenó a las víctimas a un escenario marginal.

Con seguridad los aportes del derecho internacional de los derechos humanos han abierto los ojos a la comunidad de naciones para que los estados entren a reparar a las víctimas, como les denomina de manera un poco socarrona Iván Orozco (2005) son: “la nueva conciencia humanitaria” que en los casos de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario DIH son garantía de justicia para las víctimas.

Las relatorías especiales han constituido unos estándares internacionales que incorporan a grandes rasgos: i) verdad: reconstrucción de lo ocurrido desde el punto de vista individual y colectivo. ii) justicia. Que exige la investigación mediante sumario y la sanción con penas proporcionales a los delitos cometidos. iii) Reparación: que implica la indemnización económica, restitución de bienes despojados, rehabilitación social y psicológica, garantía de no repetición lo que equivale a garantizar la Paz que se traduce en la incorporación de políticas públicas.

El caso de Colombia es excepcional y dantesco pues según el Centro Nacional de la Memoria Histórica solamente las víctimas del conflicto armado cometido por las guerrillas, los paramilitares, la delincuencia organizada y el propio Estado han dejado como saldo seis millones de víctimas en los últimos quince años, por delitos como el homicidio, que suma más de 230.000 seres humanos muertos, de los cuales el 70 % eran civiles, por 2000 masacres, el desplazamiento forzado de 5'700.000 personas, 25.000 desapariciones, 27.000 secuestrados, detenciones ilegales, violencia sexual contra las mujeres y hombres. Un sin fin de actos criminales que las instituciones no tienen cómo gestionar.

Pero asistimos en efecto a una consideración de la víctima más relevante para la política criminal de los estados, tanto que se construyen estructuras de la sociedad civil en ese sentido, y tanto que ahora hay un cambio de escenario.

La víctima (afortunadamente) ya no es ese rostro anónimo que tan poca atención recibió durante siglos: ahora empieza a tener cara y ojos, nom-

bre y apellidos. El asociacionismo de las víctimas ha ganado mucho peso en la sociedad y esto no ha pasado desapercibido ante el mandatario político, que no ahorra esfuerzos en honrarlas siempre que hay ocasión. Estar de parte de las víctimas es lo correcto, pero el problema es que también es lo “políticamente correcto”, en el sentido de que se ha instalado la idea en la sociedad de que si no se es duro con el delincuente no se está a favor de la víctima: he aquí el peligro arriba expuesto, que yace bajo expresiones tan gráficas e impactantes como “tolerancia cero” y otras de similar jaez (Cruz J 2013).

La noción de *victimización secundaria* hace referencia a la continua, exagerada, innecesaria exposición de la víctima ante diferentes escenarios jurisdiccionales para dilucidar su situación, sin que se actúe entre entidades de manera coordinada, se compartan medios de prueba y se minimicen las consecuencias negativas que el trámite jurídico le genera. Sobre este aspecto Juan Cruz conceptualiza en su trabajo doctoral en los siguientes términos:

La indiferencia por la víctima contribuye de manera decisiva a la generación de lo que se ha denominado “victimización secundaria”, concepto acuñado por KHÜNE para referirse al conjunto de agresiones psíquicas – no deliberadas, pero efectivas- que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios, policiales o de la judicatura - exámenes, declaraciones, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados, lentitud de los procedimientos-, así como el tratamiento informativo de los hechos por los medios de comunicación.

A su vez, la Recomendación N° R (2006) 8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio, sobre Asistencia a las Víctimas de Infracciones, dedicó su artículo 1.3 a la definición de victimización secundaria: “aquella victimización que no es resultado directo del acto criminal sino que deriva de la actitud de las instituciones y de las personas hacia la víctima”. La perspectiva de padecer estos males genera un fundado temor al que se debe con frecuencia la decisión de no denunciar, para evitar mo-

lestias o las posibles represalias que pueda tomar el delincuente, por lo que podemos concluir que, junto al lógico miedo a sufrir un delito, existe el miedo a la victimización secundaria, que en cierto modo acaba también siendo una forma de victimización (Cruz J 2013, 42-43).

Según este concepto, dentro de los causantes de esta patología, también puede contarse a los particulares que gestionan los MASC. En efecto, si las personas cuando sufren un conflicto acuden a las autoridades y estas le sugieren el uso de la conciliación o la mediación o se le impone intentar un dialogo como requisito procesal para presentar una demanda o denuncia, los afectados en todas la puertas que tocan deben volver a contar la historia, cuestión que dependiendo del grado de afectación puede ser doloroso, traumático, bochornoso, degradante.

Si además la parte afectada logra llegar a un acuerdo autocompositivo y se firma un acta de conciliación o un contrato y esta se incumple, deberá acudir nuevamente ante la jurisdicción para hacer valer su derecho. De modo que los MASC han logrado llevar al deudor a un compromiso pero sus alcances no son suficientes para perseguir cuando cumpla con la obligación.

Para evitar este tipo de situaciones son recomendables las actuaciones integrales de modo que servicios sociales, policivos y judiciales trabajen en coordinación, pero también es indispensable que los procedimientos judiciales y la arquitectura de los MASC disminuyan el número de requisitos, instancias, puertas que terminan agotando al usuario, generando barreras de acceso, frustración y una mala valoración del servicio.

Esta cuestión será observada en los capítulos donde se analizan las diversas metodologías que existen de gestión del conflicto hechas por particulares, la valoración del riesgo que existe de victimización secundaria en cada una de estas y de ser posible también recoger algo de lo dicho aquí en la parte propositiva con el objetivo de generar arquitecturas institucionales que impidan esta anomalía.

Del otro extremo está la *victimización terciaria* o, si se admite el pleonasma, la situación del victimario que a su vez es víctima, la del extremo que comete la falta, el infractor o sujeto activo que sufre excesivas consecuencias por sus actos. Como se vio en la conceptualización desarrollada en el capítulo primero sobre conflicto, se presenta referencia sobre los extremos comprometidos, que por lo general pertenecen a la misma comunidad o comparten cultura o espacio geográfico, de modo que uno y otro tienen que ver estructuralmente con el origen del conflicto.

Sobre este extremo del conflicto pueden caer todas las coacciones o sanciones de los tres poderes de regulación de la sociedad: el peso de la ley, el reproche social, desprestigio, desconfianza que acarrea la desaparición del individuo del contexto del Mercado, no solo en el caso de las personas naturales sino para las organizaciones corporativas. El extremo sobre el que recae la responsabilidad del conflicto puede llegar a perder todo el apoyo de su entorno social.

En teoría el derecho penal moderno se construyó sobre las bases de La Ilustración, y se supone de inspiración garantista de modo que sus principios buscan la prevención, disuasión, resocialización, retribución y restitución del victimario a la sociedad, inspiración que se quedó corta pues solo llegó a investigar de una manera tradicional, deteniendo antes de la condena si el sujeto se considera un peligro para la sociedad, sobre las bases de la vulneración de los bienes jurídicamente tutelados y la individualización del delincuente.

Pero por las circunstancias precarias del poder de regulación del Estado, el victimario en calidad de sujeto investigado, puede llegar a sufrir las deficiencias del sistema judicial, como una mala defensa técnica, trato deshumanizante o denigrante en el sistema carcelario, violaciones al debido proceso, violación a la intimidad y demás derechos fundamentales.

Con la necesidad de desarrollar la justicia transicional para superar el Estado de deshumanización y barbarie, fue necesario entender que la criminalidad en Colombia funcionaba de manera organizada o corporativa, por lo tanto individualizar la conducta hacía imposible investigar la organización criminal en su conjunto.

Con las nuevas metodologías de investigación desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación, la Fiscalía ha escogido temas gruesos de modo que comienza a construir grandes relatos de hechos criminales, como masacres, desplazamientos o presencia de organizaciones armadas en un sitio determinado, se relacionan los expedientes y luego se hacen las imputaciones de cargos.

El interés de la Justicia Transicional ahora son las penas alternativas, para buscar el cambio del comportamiento a futuro, el reconocimiento de la responsabilidad, pedir perdón y reparar a las víctimas. También el de garantizar el cumplimiento de una pena razonable y posteriormente el reintegro a la sociedad con posibilidades de recuperación desde el punto de vista de la resiliencia.



Pero ocurre que los problemas están en la cultura, para el común de la sociedad el criminal nunca debe salir de la cárcel. Lo cual para el responsable se convierte en una carga perpetua que afecta su vida de relación y las posibilidades de participar nuevamente de la vida social habitual.

Tanto es así que existe un debate acerca de la participación de la víctima en el establecimiento de lo que debe ser la valoración de la sanción y el monto de la reparación: unos dicen que las víctimas son quienes tienen la última palabra y otros que este es un asunto de política pública.

### **5.1.7 Explosión de litigiosidad**

La explosión de la litigiosidad hace que los jueces y demás operadores judiciales, asuman de manera inconsciente comportamientos evasivos: rechazo de demandas y de competencia, retardo del expediente al despacho, no solicitar pruebas, negar pretensiones, despachos comisorios a otras autoridades, conductas que provocan en la opinión la idea de imposibilidad de gestionar las causas ante los despachos judiciales.

Estos comportamientos hacen que el poder judicial mantenga estático el nivel de demanda, mientras en el poder ejecutivo, algunas autoridades administrativas del sector justicia, la demanda crece. Tendrán que asumir procedimientos que distraen el conflicto sin tomar decisiones de fondo sobre el mismo.

### **5.1.8 Litigios en fuga**

“Un sistema colapsado tiende a rechazar tramitaciones”

De las principales preocupaciones para la administración de justicia es la *propensión al litigio* (Santos B 2009, 119) derivada de la *función promocional del derecho*, de la actividad propia del sistema que provoca un crecimiento exponencial de *Necesidades Jurídicas* y la consecuente imposibilidad del sistema para resolverla. Las cifras de Colombia son muestra de la dimensión que enfrentan los responsables del sector justicia para brindar acceso pronto y oportuno.

En el contexto de España el asunto también fue investigado por los teóricos de la (Nueva Economía Institucional) que diagnostican al respecto lo siguiente:

En el contexto de España el asunto también fue investigado por los teóricos de la *Nueva Economía Institucional* que diagnostican al respecto lo siguiente:

Pendencia y dilación: La cola como mecanismo de racionamiento en el ámbito judicial además de plantear una restricción sobre un derecho básico del individuo, el de obtener una tutela judicial efectiva, induce un incremento de los costes de transacción. El transcurso del tiempo implica un mayor coste de oportunidad ya que las partes, ante la incertidumbre sobre la fecha de la resolución, podrían retardar decisiones, de tipo económico (por ejemplo inversiones financieras) o de cualquier otra naturaleza (por ejemplo, inversión del tiempo en actividades de ocio) que podrían llevar aparejado un beneficio en caso de ser realizadas (Iglesias P, Arias X 2007).

### **5.1.9 Administrativización de la justicia**

A consecuencia del anterior fenómeno se ha señalado en diferentes párrafos de esta investigación el creciente fenómeno de estrangulamiento institucional según el cual el poder ejecutivo comienza a asumir una tarea de administración de justicia bajo la modalidad de Mecanismos Alternativos de carácter autocompositivo como la conciliación y la mediación asumidos por funcionarios públicos del poder ejecutivo que tienen unas competencias relacionada con la atención primaria al ciudadano, pero que no pueden por la naturaleza de división de poderes del Estado, dirimir controversias entre particulares.

El término *administrativización de la Justicia* lo utilizan Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez y Mauricio García en un análisis socio-jurídico de la justicia en Colombia titulado “Entre el protagonismo y la rutina” que lo contextualiza de la siguiente manera:

Estas reformas no sólo han dado algunos resultados positivos sino que tienen potencialidades democráticas, puesto que en parte restituyen a la comunidad y a los ciudadanos la capacidad para arreglar de manera voluntaria sus propios litigios, con lo cual a su vez se descarga al aparato judicial. Pero tienen riesgos antidemocráticos, pues en ocasiones el criterio central ha sido simplemente descongestionar los tribunales, por su incapacidad para procesar todos los casos que debían conocer. Es, pues, una estrategia que funciona más en beneficio de los operadores de la justicia que en el de sus usuarios,

ya que en lugar de fortalecer el sistema judicial para que trámite adecuadamente los conflictos entre los ciudadanos, todos los ciudadanos, la estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces.

Se crea entonces una justicia *administrativizada* de segunda para los pobres, mientras se reserva la justicia judicial a los estratos medios y altos de la población, con lo cual se viola el principio constitucional de acceso a la justicia, que es uno de los elementos medulares del Estado social de derecho. Los procesos de *informalización* no deben hacerse entonces como un simple mecanismo para descargar al Poder Judicial de sus obligaciones constitucionales, sino que deben estar acompañados del principio del acceso a la justicia” (Friedman L, Perdomo R 2003, 259).

Este fenómeno se ve reflejado en cifras de la encuesta citada pues las autoridades administrativas del poder ejecutivo resuelven el 24.8 % de los problemas jurídicos de la población general en tanto en la misma medición el poder judicial solo conoce del 1.2 %.

Queda así presentada una serie de patologías que padecen los sistemas judiciales y que demuestran la imposibilidad para los estados de cumplir con lo que Adela Cortina denomina *estados de justicia* en sustitución de los Estados de Bienestar (Cortina 2001, 84).

## CAPÍTULO IV

### INSTITUCIONES CIUDADANAS QUE GESTIONAN CONFLICTOS

Para recapitular lo dicho hasta este punto, se presentó en los capítulos anteriores la conceptualización sobre los elementos del conflicto, las maneras como la sociedad lo regula mediante los poderes de la comunidad, el mercado y específicamente el Estado a través de su *autoritas*, de su gestión jurídica, burocracia y retórica.

Se han presentado algunas críticas a esta forma de gestionar los conflictos puesto que existe una exagerada confianza en la gestión jurídica y una “forzosa” tramitación en aras de proteger la tutela judicial efectiva, cuestión que provocó una ruptura con otras posibilidades de gestión que se pueden dar en las esferas de mayor proximidad sistémica cercanas a su foco. La administración judicial es eficiente con el número estático de litigios que entran al sistema, y aunque el volumen de esta gestión judicial es enorme y el sistema no da abasto, su capacidad no es siquiera representativa de la magnitud global de problemas jurídicos que la sociedad padece.

Situación que provoca una descarga de litigiosidad en las instancias administrativas del poder ejecutivo, las cuales gestionan más problemas jurídicos que el propio poder judicial, este fenómeno conlleva a una pérdida de la naturaleza del poder judicial y una elusión de sus responsabilidades constitucionales propias de un Estado de derecho.

En el caos se encuentra el 50% de la conflictividad, provocado por la ausencia de motivación y causante de necesidades jurídicas no expresadas; estos conflictos son el cáncer silencioso de la sociedad, ya que si hay algo tan grave como la violencia para tramitar los conflictos es que la sociedad no los pueda vivir o manifestar, máxime cuando el grado de afectación es tan alto como lo demuestran las estadísticas. Es esa la cuestión más reiterada y motivo de permanente preocupación en esta investigación, esas áreas de caos, de resignación, negación del conflicto; halladas en el análisis de la encuesta GENNJI (MinJusticia 2013) y el objetivo es encontrar la manera cómo los ciudadanos se pueden involucrar para romper esa anomalía.

Ese y otros serán los objetivos de examinar lo que ocurre con los conflictos cuando son sometidos a la gestión de los propios ciudadanos, desarrollado en el presente capítulo; primero y de la misma forma como se analizó la gestión jurídica, se expondrá de manera ontológica el panorama de la conflictividad asumida por ciudadanos. A partir de allí se analiza ese potencial de gestión identificado en instituciones actuales y las demás cuestiones que generan reflexión y análisis.

## 1. Análisis según la encuesta GENNJI

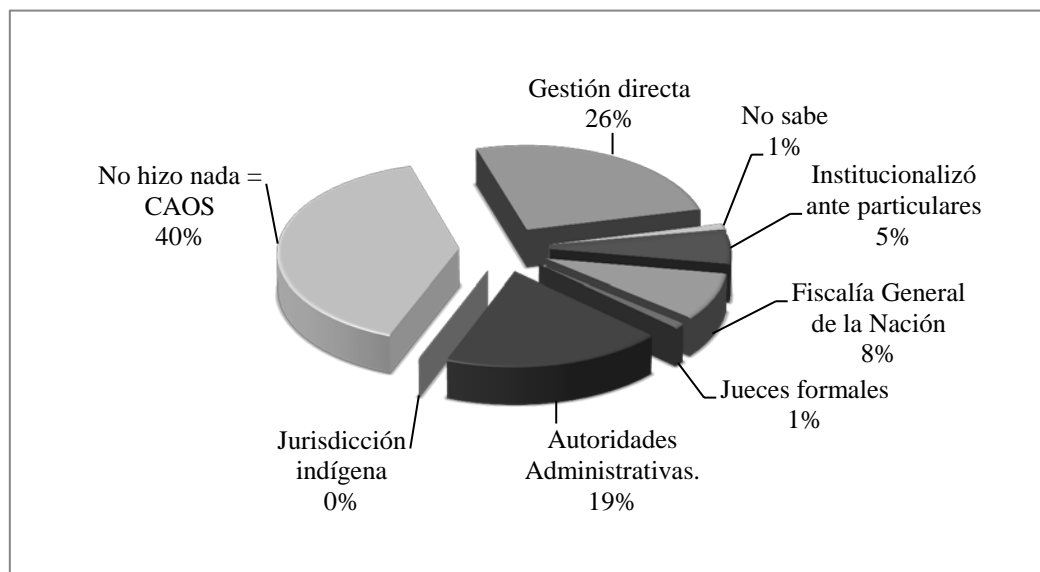
A continuación se presenta una comparación entre las poblaciones encuestadas: general, población de empresarios y la población en condición de extrema pobreza; luego de preguntar por el tipo de problema jurídico en la matriz de la encuesta se preguntó qué hizo el ciudadano con su conflicto; de ese resultado se extraen los porcentajes de problemas que fueron institucionalizados ante particulares autoridades administrativas del Estado, jueces formales, gestión directa o los que no hizo nada con su conflicto.

Para examinar con mayor especificidad la clase de particular que conoció del problema jurídico en el módulo 2 pregunta 92 de la encuesta se preguntó: enumerando las siguientes posibilidades:

¿A cuál de los siguientes particulares acudió para que le ayudaran a solucionar su desacuerdo o conflicto?
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Conciliador de centro de conciliación</li> <li>2. Centro de conciliación y arbitraje</li> <li>3. Notario</li> <li>4. Consultorios jurídicos (populares y de universidades)</li> <li>5. Defensor del Cliente (Financiero, servicios públicos, televisión)</li> <li>6. Oficina de quejas y reclamos (de almacenes de cadena u oficinas de empresas públicas o privadas.</li> <li>7. Iglesias, líderes religiosos, comunidades religiosas</li> <li>8. Juntas de acción comunal (juntas de vecinos)</li> <li>9. Familiar o amigo</li> <li>10. Otro</li> </ol>

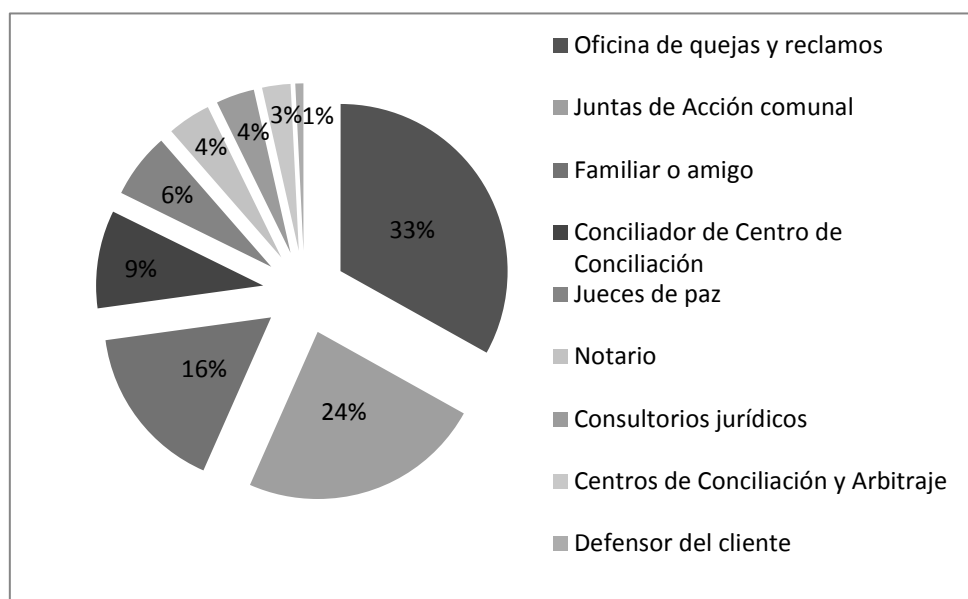
Gráfica: 39 Pregunta 92 Instrumento de encuesta GENNJI Minjusticia 2013

## 1.1 Población general



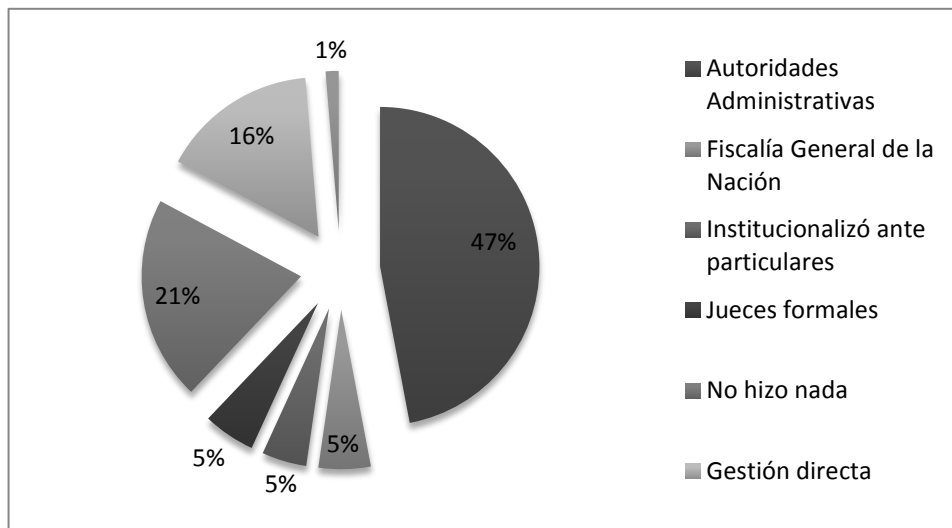
Gráfica: 40 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013)

En la encuesta de población general se estableció que por cada 4'614.368 de personas que padecen problemas jurídicos, 306.001 de ellos deciden presentarlo ante particulares, lo que representa el 5 % aproximadamente de todo el panorama de la encuesta, una cifra mayor a la que por ejemplo entró al escenario judicial, donde por cada cien problemas jurídicos solo uno es conocido por los jueces (59.149 casos).



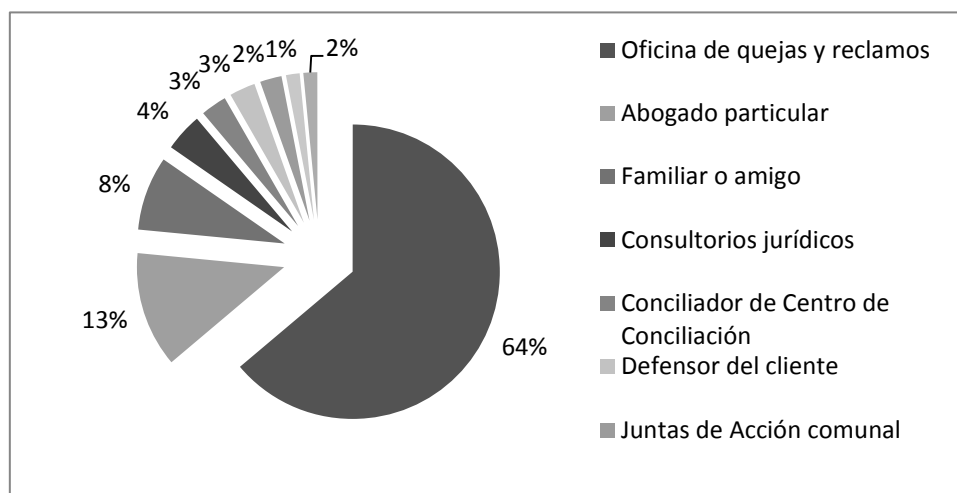
Gráfica: 41 Distribución del 5 % de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)

## 1.2 Población de empresarios



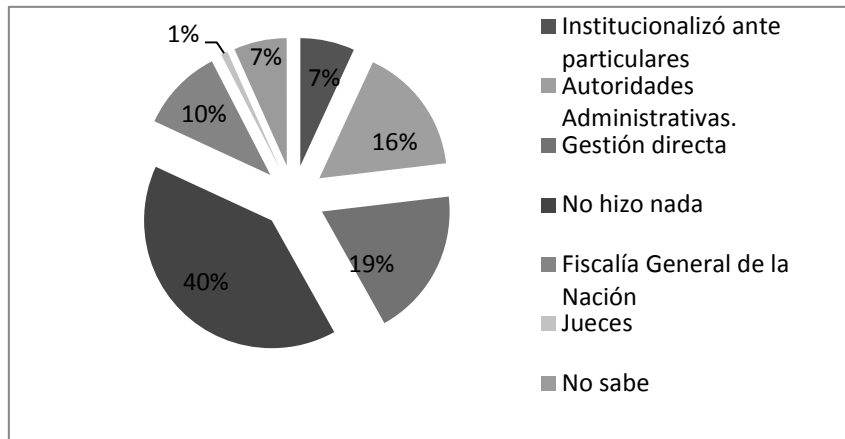
Gráfica: 42 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013).

En la población de empresarios por cada cien que tienen problemas jurídicos cinco lo intentan arreglar ante particulares; a continuación se presenta quiénes son esos particulares a los que se acude:



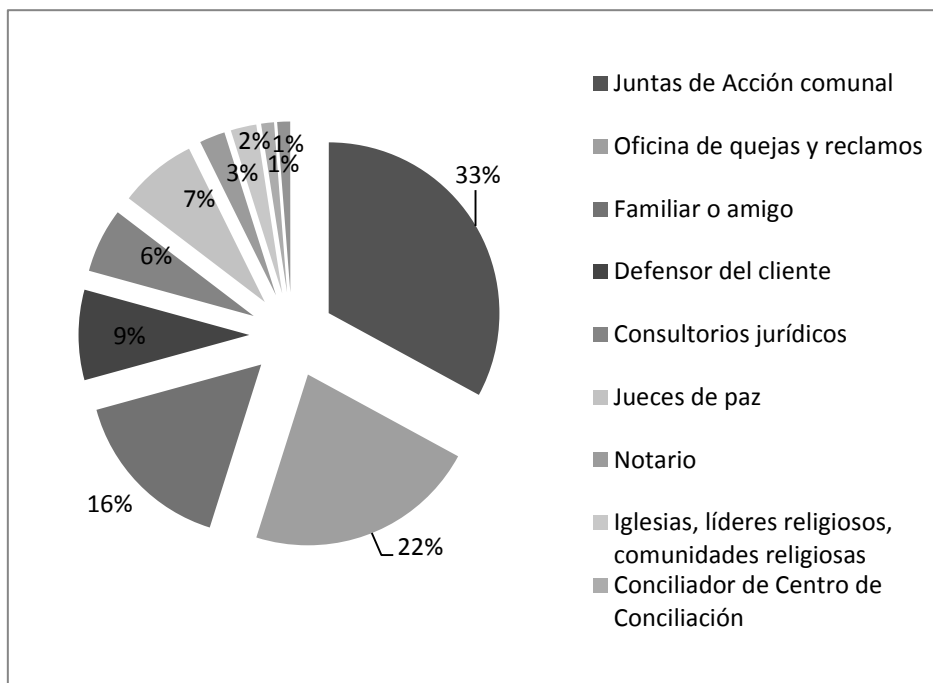
Gráfica: 43 Distribución del 5 % de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)

### 1.3 Población en condición de pobreza extrema



Gráfica: 44 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013).

En esta población siete de cada cien problemas jurídicos son institucionalizados ante particulares, aquí se advierte una diferencia de dos puntos superior a las mediciones anteriores. También resulta muy importante de analizar el tipo de particular al que se acude:



Gráfica: 45 Distribución del 7% de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)



## 1.4 Interpretación de estos resultados

Los resultados son atomizados; no hay preferencia mayoritaria de los encuestados para tramitar su problema ante un determinado actor. Acudieron en su mayoría a hacer la reclamación ante la persona o entidad que les causó el problema. Se puede entrever que se selecciona la instancia a la que se institucionaliza el conflicto dependiendo del tipo de problema y de los costos.

Se aprecia una contradicción en las respuestas de los ciudadanos pues al preguntar por las barreras de acceso de quienes no hicieron nada para solucionar el conflicto o dejaron así, la falta de recursos económicos no supuso el impedimento principal para no tramitar una reclamación (MinJusticia 2013); sin embargo la preferencia a la hora de institucionalizar se orienta a buscar los operadores que no cobran dinero por la gestión, tal es el caso de los consultorios jurídicos universitarios.

Respecto al intento por el acuerdo directo, el hecho de acudir a las *oficinas de quejas y reclamos* como el principal lugar a donde se presentan solicitudes para la solución de necesidades jurídicas, no es un indicador de institucionalización del conflicto o búsqueda de un tercero que pueda influir en la gestión del mismo. Se interpreta que esta tendencia porcentual es el comienzo o el producto de intentar un arreglo directo. Dicho de otra manera obedece al porcentaje de arreglos directos fallidos en donde se intenta reclamación y establecer algún tipo de acuerdo.

Lo anterior quiere decir que las organizaciones generadoras de conflicto, aquellas que por la naturaleza de sus actividades tienen altos potenciales de incidencias de problemas jurídicos, deben, además de la típica oficina de quejas y reclamos, desarrollar mejores escenarios de gestión; sobre este aspecto se referirá el capítulo dedicado a síntesis y propuestas.

Se observa que las *Juntas de Acción Comunal JAC* o comunidad de vecinos son un actor institucionalizado muy recurrido dentro del grupo de particulares que ayudan a gestionar conflictos; se trata de una estructura comunitaria con más de cincuenta años de existencia, son la célula organizativa más pequeña de la sociedad, expandida en todo el territorio nacional y según los registros existen 42.582 que corresponden a barrios urbanos y veredas rurales.

Desde el punto de vista normativo la acción comunal se inicia a regular con la Ley 19 de 1.958 y culmina actualmente el proceso con la Ley 743 de 2.002 y el Decreto

Reglamentario 2350 del 2.003 Según Luis Emiro Valencia un destacado activista del proceso comunal y directivo de la estructura de tercer nivel que asocia a todas las Juntas del país:

En el orden cualitativo, la acción comunal ha aportado su trabajo voluntario para construir el 30% de la infraestructura nacional: vías de penetración rural, caminos, manejo de cuencas y acueductos comunales, construcción de capillas, escuelas, casas comunales, plazas de mercado, centros de acopio, centros de salud, construcción de andenes, pavimentación, redes de mercados campesinos y unidades productivas y de servicios, practicando la economía solidaria a través de las Comisiones Empresariales y otras iniciativas comunitarias sobre vivienda (Valencia L 2008, 2).

Los líderes comunales actúan de manera voluntaria *ad honorem* ya que no reciben ningún tipo de remuneración a pesar que es una labor que ocupa gran parte del tiempo, en su elección participan todos los asociados siguiendo las tradiciones asamblearias, y se aprecia que el liderazgo puede permanecer en cabeza de los mismos vecinos es decir que rara vez hay cambios es la estructuras comunitarias.

Lo destacable de las JAC en la gestión de los conflictos, es que esta no es su principal tarea; sus actuaciones se orientan a representar a los vecinos, servir de portavoz y contribuir directamente con los problemas que conciernen a todos los asociados. Las normas comunales trataron torpemente de regular dentro de las JAC una estancia interna que se denomina comité de convivencia (Ley 743 de 2002). Sin embargo la mayor parte de los casos se trata de un comité inactivo.

Al presidente de la junta se atribuyen poderes simbólicos al ser interlocutor y negociador de muchos problemas, y los asociados tienden a asignar autoridad y capacidad de interacción para su solución. Como se recuerda en la encuesta los problemas vecinales representan el segundo grupo más numeroso de problemas jurídicos que se presentan en la sociedad.

En síntesis lo que ocurre en la realidad con las Juntas de Acción Comunal es una pista para entender cómo las comunidades de vecinos de manera instintiva conducen sus reclamaciones en el entramado social para obtener un tipo de solución. Cuando tienen problemas vecinales los ciudadanos no buscan la estancia del comité de convivencia

sino aquella que tiene poder, autoridad basada en el liderazgo y capacidad de interacción.

Con respecto a los otros particulares se incluyó en este listado al *notario*, por una cuestión técnica no compartida en el diseño de la encuesta fue puesto en la lista de particulares a los que se acude para la solución de la Necesidad Jurídica, este operador es un servidor público, sus funciones se encuentran establecidas en la Ley y el concepto simbólico que la sociedad tiene de él es más próximo al de la institucionalidad pública, si bien es cierto tiene facultades para conciliar en todos los asuntos civiles y cobrar tarifas por estas labor su protagonismo es residual.

Caso contrario es el del *juez de paz* que en el contexto de Colombia es de origen constitucional y se considera una jurisdicción especial con capacidad para tomar decisiones para las partes basados en la equidad, pero sus orígenes son comunitarios, no pertenecen formalmente a la administración pública ni reciben remuneración. Por esa circunstancia se involucraron sus resultados en el análisis de esta parte referido a particulares.

Según las cifras incompletas del poder judicial (CSJ 2012, 106) el 90% de la actividad de los Jueces de Paz se dedica a conciliar entre las partes, teniendo la oportunidad procesal de tomar decisiones de fondo en los conflictos que conoce, que por lo general son asuntos sobre arrendamientos, problemas entre personas, asuntos de familia y comunitarios. Se desconoce el número total de jueces y las ciudades donde se encuentran.

En las tres poblaciones analizadas se destaca la intervención de *amigos y familiares*, esta circunstancia muy importante porque sugiere que a pesar de tratarse de problemas que tienen una relevancia jurídica los afectados acuden a las redes más próximas para intentar la gestión; indiscutiblemente las personas al padecer un conflicto hacen un raciocinio vinculado a la manera como una intervención estratégica puede inclinar el desarrollo del conflicto a su favor.

Otra investigación que profundice más este aspecto podría arrojar información relacionada con la manera como estos agentes informales intervienen, si lo hacen con el propósito consciente o inconsciente de escalar el conflicto o el de cesar las acciones que lo causan e intentar tramitarlo por los medios más pacíficos y determinar la eficacia de esta intervención informal.

El principal interés de la encuesta estaba orientado a identificar el potencial de ciudadanos que utilizan los servicios de los *conciliadores*, bien sea aquellos licenciados en derecho que requieren del pago del servicio como aquellos que son gratuitos, conciliadores en equidad de carácter comunitario. Sobre este aspecto la encuesta arroja un resultado desalentador para las políticas públicas, pues veinte años de esfuerzos institucionales, su uso es inferior al 9 %, apenas residual.

Dos figuras muy semejantes en su estructura pero con diferencias en sus efectos son la mediación y la conciliación. La primera es atípica en Colombia, porque no goza de reglamentación a pesar de ser incluida en el Código de Procedimiento Penal y seleccionada para los objetivos de la justicia restaurativa. La segunda es reglada y fuertemente institucionalizada, y el operador tiene el rango constitucional de *administrador de justicia*; en consecuencia, sus actuaciones tienen carácter jurisdiccional.

Además, la conciliación tiene efectos jurídicos de cosa juzgada y mérito ejecutivo. Este vasto desarrollo e impulso hace que se convierta en bisagra con el sistema judicial (Ley 23 de 1991). Las estadísticas, desde el punto de vista del operador, demuestran que los servidores públicos delegados para conciliar y los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho (6.300 estudiantes activos) están desbordados por el elevado número de solicitudes.

Desde la vigencia de la Ley 446 del año 2001 se implementó un sistema de formación para licenciados en derecho quienes luego de atravesar un riguroso curso de formación autorizado por el Ministerio de Justicia pueden ofrecer sus servicios como conciliadores en derecho en más de 350 centros de conciliación autorizados en todo el país, a la fecha según cifras del Ministerio de Justicia de Colombia hay más de 10.000 conciliadores en las listas de los centros, pero la formación es mayor pues se cuentan más de 40.000 licenciados en derecho que recibieron formación para fungir como conciliadores.

También existe otro programa del gobierno que fomenta el uso de la conciliación en los escenarios comunitarios, barriales y veredales; se trata de la *conciliación en equidad* que forma a ciudadanos postulados por la comunidad y les otorga poderes de conciliación con los mismas competencias que un conciliador en derecho; el programa es muy pequeño para las dimensiones del Estado por lo que no alcanza a aparecer en las encuestas. Sin embargo hace presencia en 250 municipios de los más de 1.000 que existen y cuenta con poco menos de 1000 conciliadores activos.

El potencial de acuerdos conciliatorios esperado por las políticas públicas de conciliación no se ve reflejado en las grandes cifras de acceso a la justicia, pero obviamente no se puede ser injusto porque tampoco aparece reflejado el potencial del poder judicial si se compara con el volumen de conflictividad que padece la sociedad.

Según la normativa *que regula a los consultorios jurídicos, (práctica judicial de los estudiantes de derecho)* estos se conciben como lugares donde se realizan las prácticas profesionales de los estudiantes de derecho, en beneficio de las personas de escasos recursos; sin embargo se observa que allí acuden en principal porcentaje los empresarios. Obviamente no se puede partir del prejuicio de que los empresarios tengan todos los medios económicos para acudir a un servicio privado, puede suceder que el volumen del empresariado de escasos recursos sea importante y sea el que haga uso del servicio.

En todo caso lo que indica el hecho de recurrir a estas instancias de conciliación no estatales, de corte jurídico e institucional es que hay en estas personas un mayor grado de ciudadanía expresada en el conocimiento de los derechos y uso de las instituciones, además de indicar la preferencia de los ciudadanos para escoger servicios gratuitos.

Sorprende que el uso de mecanismos alternativos, es muy bajo, casi irrelevante, si se compara con la magnitud de problemas jurídicos que se presentan, lo anterior sugiere varias conclusiones:

- Los servicios del operador particular de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos no son solicitados por los ciudadanos, por cuanto este carece de autoridad institucionalizada por la costumbre, de poder simbólico y de relación directa con la actividad que origina el conflicto; no tiene posibilidades de interacción estratégica frente al conflicto.
- Los particulares a los que más se acude para la gestión de un conflicto son aquellos que tienen el carácter de autoridad institucionalizada, porque tienen una vinculación directa con el foco del conflicto, porque ejercen una interacción con posibilidades de resolución o porque como es el caso de los consultorios jurídicos y abogados litigantes que para efectos de la gestión del conflicto cuentan como particulares, son el gancho de entrada a las autoridades judiciales.
- Queda probado que aunque paradójicamente los ciudadanos manifiestan que los costos económicos no son una barrera de acceso a la justicia, tampoco es que inviertan dinero en intentar la solución, por cuanto no acuden al servicio

de conciliación con tarifas, existiendo una oferta de más de 40.000 conciliadores formados que pueden ser parte de las listas de los centros autorizados por el gobierno. Lo cual va en detrimento de los ciudadanos más pobres y vulnerables.

- No obstante, se considera que la sobreoferta disponible de conciliadores en derecho no está relacionada con las tarifas sino con la falta de institucionalidad, de vínculo directo con los focos del conflicto, de pertenencia a la comunidad donde este se desenvuelve, de autoridad simbólica necesaria para la interacción estratégica. Este puede ser motivo del fracaso de medios auto-compositivos de corte exógeno.
- Las cifras demuestran que los escenarios de resolución de conflictos funcionan si ellos se involucran en el interior de los focos de conflicto, por ejemplo el escenario de las JAC es muy utilizado por cuanto allí ocurre la interacción entre vecinos y el operador que lo gestiona tiene poder simbólico sobre los asociados.
- Depende mucho del análisis del conflicto que haga el afectado, para tomar la determinación de acudir a un mediador o conciliador; dicho de otra manera, no en todos los casos lo hará y en todo caso como lo demuestran las encuestas las razones por las cuales acudirá ante determinado sujeto público o particular será su autoridad, que puede ser considerada como la capacidad del operador de incidir en la decisión.
- Los servicios de mediación o conciliación incluso otros servicios de justicia no se regulan por medio del mercado, o por lo menos no de la forma como la arquitectura de MASC lo tiene concebido, no será una disposición de la oferta de cierto número de operadores quienes contra el pago de una tarifa regulada resuelvan o se comporten como administradores de justicia: todo parece indicar que el campo de los conflictos no funciona con criterios reguladores del mercado o por lo menos no de esa manera.
- Puede llegar a ocurrir que un particular o una institución que gestiona conflictos sea utilizada por quien padece problemas, por su importancia, prestigio, respetabilidad, capacidad o habilidades para solucionar problemas, pero serán su legitimidad y nivel de institucionalización los que garanticen la eficacia de su participación.

- Así las cosas, la interacción de los ciudadanos con el conflicto de los otros puede estar dada o regulada por el Estado, pero no logra influirla; puede tener incidencia de aspectos del mercado, pero indiscutiblemente está dentro del poder regulador de la comunidad de la manera como se ha expuesto en el capítulo dos.

## 2. Participación ciudadana, la *autoritas* alternativa.

Visto lo anterior es interesante encontrar en las reflexiones sobre participación ciudadana algunas claves que pueden permitir entender su entronque en la gestión de conflictos, como asunto público en cabeza de ciudadanos. Hecha ya la presentación sobre el conflicto y la forma como los afectados lo conducen, queda demostrada la precaria acción del Estado, especialmente del poder judicial, irrelevante para el universo de conflictos que padece la ciudadanía, no queda otra opción diferente a la de proponer y plantear una actuación masiva y organizada de los ciudadanos para que pueda disminuir el áreas de caos.

La respuesta puede estar en la participación ciudadana, un tema que algunos sociólogos y filósofos como Adela Cortina han desarrollado teóricamente (2001), “el Estado de Derecho y en Europa el Estado de Bienestar fracasan en sus tareas más que nada por su incapacidad para afrontar todos los problemas y dificultades de las sociedades modernas”. Según Adela Cortina los Estados de Bienestar deben hacer una transición a Estados de Justicia, pues esta es su obligación ineludible.

La noticia para Adela Cortina y quienes consideran que la ciudadanía debe asumir las tareas confiadas al Estado, es que incluida la tarea de administrar justicia o más ampliamente la de gestionar conflictos, también es una labor que debe ser asumida en parte por la ciudadanía por razones de muchísimo peso:

- Las sociedades de manera informal pero estructurada construyeron instituciones propias de justicia pero estas fueron reemplazadas bajo el criterio de Unidad jurisdiccional por la justicia del Estado, del poder judicial, pero como se ha mencionado el Estado es incapaz absoluto de gestionar y entender la conflictividad social.
- Para el Estado es imposible sostener el monopolio de la tutela judicial efectiva y la competencia exclusiva de la satisfacción de necesidades jurídicas. Por una parte porque el volumen lo desborda y por otra porque la gestión jurídica es hecha en un lenguaje y bajo una lógica, que no coincide como culturalmente la gente lo entiende.
- La sofisticación técnica de las instituciones de justicia, lo refinado de sus procedimientos y la interlocución mediante letrados, hace que la ciudadanía



pierda contacto con la administración y no recupere el saldo pedagógico que las sanciones dictan.

- La selección de los pocos casos que conoce el sistema judicial obedece a criterios de mercado, no de vulneración de necesidades humanas.
- Como es natural porque así fue concebido, los sistemas judiciales están para administrar justicia basados en las garantías que el derecho consagra, esa seguridad jurídica es hasta el momento supuestamente incompatible con la propuesta de gestión de conflicto.
- Los intentos hechos por particulares dispersos o institucionalizados a través de los llamados MASC para resolver conflictos, terminan siendo un remedo imperfecto del sistema judicial y de formas positivistas.
- Los ciudadanos por su cuenta y sin necesidad de institucionalizar, agotan las posibilidades de arreglo directo; cuando institucionalizan el conflicto buscan autoridad, poder, posibilidades estratégicas de interacción, aliados, justicia coercitiva. El porcentaje de ciudadanos que busca un intermediario auto-compositivo sigue siendo muy escaso.

Sobre el vínculo entre participación ciudadana y gestión del conflicto se encuentra una referencia importante en el contexto de España por medio de el sociólogo de la universidad de Murcia, Enrique Pastor, quien en las conclusiones de su trabajo de 2009 propone unas claves para lo que denomina *ciudadanía activa*.

Subyace la consideración del papel de los ciudadanos como meros usuarios, consumidores, clientes, receptores o destinatarios de servicios y no como ciudadanos, como actores políticos capaces de intervenir e influir en la gestión de los asuntos y las políticas públicas (potenciación o capacitación - «empowerment»). La participación se limita a elegir sobre determinadas opciones, criterios y políticas previamente definidas y delimitadas. No existe posibilidad real de definir necesidades ni la forma de satisfacerlas y, por tanto, se constata una escasa capacidad de intervenir de manera efectiva en las decisiones de la administración. De esta forma, se pierde la oportunidad de aprovechar la energía ciudadana para ayudar a transformar la realidad y alcanzar mayores cotas de bienestar y felicidad (Pastor E 2009, 281)

Se trata de construir sociedad civil, una *autoritas* alternativa que guardando el respeto por las libertades y garantías de los derechos civiles y políticos se mire como aspecto principal desde la propia comunidad, de modo que su propia vertebración social y su participación democrática influyan tanto en la economía y como en la política.

Aumentar la propia democratización del Estado, su mayor descentralización y la posibilidad de mayor participación democrática supone plantear, al mismo tiempo, un Estado de bienestar más vigoroso en sus funciones sociales, pero no como aparato burocrático. No obstante, las grietas producidas por el retroceso de su papel acentúan las necesidades de tener que resolver la propia sociedad múltiples aspectos de asistencia y apoyo social que va dejando el propio Estado. Así, aparecen nuevos tipos de organizaciones como la ONG, nuevos papeles del voluntariado social y, por otro lado, nuevos impulsos al tradicional papel asistencial de la Iglesia y, sobre todo, un nuevo replanteamiento del papel de la familia (Antón A 1997).

La deficiencia o el error de las sociedades modernas ha consistido en considerar que solo existen dos fuerzas regulatorias; el Estado y la economía, desconociendo el trascendental papel que cumple la comunidad traslapado en la cultura y las prácticas ciudadanas que en muchos casos distan de los designios del Estado, razón por la cual cuesta articular la cohesión social.

La función de un Estado entonces es influir en la regulación del mercado de modo que se cumplan sus reglas, que no se cometan atropellos y que se den las condiciones para el crecimiento, pero también es tarea fundamental del Estado el fortalecimiento de estructuras de la sociedad civil, que garanticen inclusión y cohesión social, respuestas comunitaria a las necesidades humanas, incluida la necesidad jurídica.

Si el Estado contribuye al fortalecimiento de sociedad civil y asigna roles de gestión del conflicto con suficiente legitimidad se dan las condiciones de institucionalidad para una *autoritas* alternativa, que de manera simbólica pueda conducir en forma efectiva las relaciones de los ciudadanos con proximidad física y temática a los focos de conflicto.

Por todo ello es indispensable la cuestión de la participación; sobre este aspecto la profesora Bertha Georgina Flores Mercado, ofrece en su tesis doctoral una aproximación teórica al concepto: “La participación puede entenderse como proceso, como actividad, como parte de una estrategia, como un derecho, como un valor y como una forma de gobierno” (Flores 2006). Sin embargo la participación tiene como fin influir en los procesos de toma de decisiones que de alguna manera se vinculan con los intereses de los participantes.

Las funciones de la participación varían según el contexto y la situación, aunque generalmente ha sido asociada al cambio social es decir, se ha entendido como instrumento de transformación social, cultural y económica. No obstante, la participación por sí misma no es un proceso social reivindicativo, ya que ésta puede muchas veces servir para legitimar determinadas decisiones verticales gubernamentales que mantienen las relaciones de dominación entre el Estado y los ciudadanos:

Destaco dos dimensiones importantes de la participación: la política y la identitaria. A nivel político la participación es un método de gobierno, un estilo de hacer política. Ser ciudadano o ciudadana, implica tener un compromiso activo en el ámbito público, desde el cual los ciudadanos participan para la resolución de los asuntos de su comunidad; donde la comunidad puede ser el barrio, la ciudad, el estado, la región o la nación. (Flores B 2006 citando a Dietz H 2001).

Este concepto aplicado a instituciones de justicia comunitaria es muy pertinente, toda vez que si se construyen escenarios ciudadanos para la participación en la solución de problemas que conciernen a todos allí mismo puede estar la instancia ciudadana encargada de la gestión del conflicto.

También otro investigador latinoamericano como el cubano Leopoldo Hernández Freeman se refiere a los significados de participación que la sociología aporta, siendo muy pertinentes para poner en valor la actividad que los ciudadanos deben emprender para conseguir la gestión de los conflictos:

La participación como un proceso que se va construyendo paulatinamente por los sujetos a través de sus interacciones e implicaciones en diferentes situaciones, mediante la comunicación y la realización de actividades

en las que despliegan sus recursos personales, emociones, sentimientos, afectos, conflictos. Es decir, que uno de sus principales rasgos es que se determina por el sentido que adquiera para cada sujeto, (su personalización) por lo que podrá ser explicado solo como un proceso diferenciado al nivel individual, grupal y societal (sic), resultado de la integración de lo cognitivo y lo afectivo, y como la integración de múltiples procesos subjetivos (Hernández L 2009, 4).

Para aspectos distintos a la resolución de los conflictos la participación ciudadana puede hacerse evidente a través de muchas expresiones comunitarias. Por ejemplo en Colombia son muy conocidas e institucionalizadas las madres comunitarias, una figura creada por el ICBF, una entidad del Estado responsable del bienestar familiar, creadas con el objeto de cuidar de los niños en cada barrio mientras las madres van a trabajar.

Se trata de una iniciativa institucional y comunitaria que en términos organizativos ha conseguido responder a un problema puntual obviamente no de la manera más profesional o técnica, pero que es fruto de la interacción comunitaria, de la comunicación y del significado que cada comunidad construye frente a la misma estructura.

Las valoraciones anteriores permiten asumir a la participación comunitaria como un proceso sociocultural que se configura en su propio desarrollo y se articula desde lo organizativo, lo comunicacional y se define desde su contextualidad y subjetividad. Esta peculiaridad exige que su estudio y desarrollo parta desde las producciones significativas de los propios sujetos, generadas y construidas por los actores o en el diálogo con ellos en sus propios contextos situacionales, sociales e históricos (Hernández L 2009, 4).

Se ha insistido es una hipótesis según la cual, los escenarios de participación ciudadana perdieron legitimidad y poder simbólico en la medida en que el Derecho del Estado con sus instituciones formales fue asumiendo el control y las garantías procesales propias del ejercicio de la autoridad en un Estado de Derecho, de ahí que la vuelta a la administración de justicia en los escenarios comunitarios se vean afectados por la desinstitucionalización de la autoridad comunitaria.

Sobre esta cuestión el profesor Enrique Pastor, basado en las aportaciones de Johan Galtung llega a las siguientes conclusiones:

El conflicto por tanto es necesario para el crecimiento personal, grupal y comunitario, siendo una fuente de energía y sinergia para el cambio social. El grado de desarrollo de los sistemas comunitarios (grupos, organizaciones, administraciones) se encuentra, en cierta forma determinado por la manera en cómo se enfrentan y resuelven sus conflictos. Así, una comunidad es competente cuando es capaz de enfrentarse eficazmente a las tensiones transaccionales desde ellas mismas.

La gestión del conflicto en nuestra sociedad requiere que el sistema político se abra reforzando los mecanismos de participación a los ciudadanos para favorecer la integración de la diversidad en la sociedad. Promover la participación como señala Camps, Amorós y Pastor (2000), para aumentar la responsabilidad colectiva, la educación cívica y mejorar la calidad de vida. Reforzar los mecanismos de participación ciudadana no solamente comportaría la mejora de los niveles de legitimidad y de adhesión ciudadana al sistema democrático, sentirse parte activa e integrante de esta también introduciría en el sistema democrático elementos de racionalidad, control, compromiso y efectividad. Esto significa reconocer que los instrumentos tradicionales de resolución de conflictos o de gobierno no son satisfactorios. Es necesario buscar nuevas fórmulas: la gestión alternativa de conflictos es una solución. Esta nueva manera se caracteriza por privilegiar una serie de procedimientos que se basan en la participación directa de la comunidad en la solución de los conflictos y en la búsqueda de consenso. Su uso tendría un carácter preventivo y estratégico (Pastor E 2009, 81).

Recuperar ese poder es la salida para garantizar gestión de más conflictos que se encuentran en el área de caos, esa recuperación va atada a la necesidad de institucionalizar esa “autoritas” alternativa o comunitaria que permita de manera simbólica generar credibilidad, respeto, confianza y valor para aceptar la tramitación de un conflicto.

La cuestión es que el retorno a estructuras comunitarias de justicia está ahora delimitado o condicionado por las garantías del Estado de derecho. Un particular no puede conocer de todos los conflictos, tampoco puede aplicar sanciones vejatorias o violatorias de los derechos fundamentales. Es indispensable que la participación se dé bajo los parámetros de la legalidad, lo que hace que los operadores deban tener conocimientos jurídicos y que sus actuaciones terminen pareciendo un trámite formal sustentado en el derecho y no en las necesidades de los extremos.

Cómo se verá más adelante en el estudio detallado de figuras como la mediación, conciliación, el Tribunal de Aguas de Valencia o los palabrerros Wayúu, se analizarán los aspectos de la participación en el uso de estas figuras y se podrá evidenciar qué tanto significado dan los sujetos a instituciones que administran conflictos.

### **3. Elementos de la participación ciudadana en la gestión de los conflictos.**

A continuación se presenta un análisis teórico que intenta identificar el espectro en el que los ciudadanos puedan participar. Se relacionan una serie de elementos, que se consideran básicos y sin los cuales no puede darse la participación, relacionados con: la autonomía de la voluntad, la simetría de poder, la posibilidad de disponer del objeto litigioso, las garantías de seguridad jurídica, el debido proceso, las posibilidades de revisión de la decisión, y el respeto por las libertades y derechos fundamentales.

No puede entenderse la intervención de los ciudadanos en la gestión de un conflicto en cualquiera de las modalidades alternativas que existen sin tenerse en cuenta unos elementos que son comunes:

Autonomía de la voluntad para decidir sobre el conflicto

Simetría, ausencia de: lucha directa, indirecta, juegos de poder o control del proceso.

Capacidad de decisión, transigibilidad y disposición.

Que se analizan en los apartados siguientes.

#### **3.1 Autonomía de la voluntad, una interpretación socio-jurídica.**

La participación de los ciudadanos en la gestión del conflicto es imposible de comprender sin la relación que existe entre libertad y autonomía, a lo que Adela Cortina se refirió en su obra: "*Ciudadanos del mundo, hacia una teoría de la ciudadanía*", dentro de la cual al abordar el tema de los valores cívicos para educar, se refiere a la Libertad como participación y a la libertad como autonomía y desarrolla la siguiente argumentación evocando La Ilustración del siglo XVII:

Persona autónoma es aquella capaz de darse sus propias leyes. Los que se someten a leyes ajenas son «heterónomos», son esclavos y ciervos; mientras que aquellos que se dan sus propias leyes y las cumplen son verdaderamente libres.

«Darme mis propias leyes», son acciones que nos humanizan (ser coherentes, fieles a nosotros mismos, veraces, solidarios) no las que deshumanizan (matar, mentir, calumniar, ser hipócritas o serviles) ser libre es saber detectar lo que humaniza y lo que no (Cortina A 2001, 235)

Lo que sirve de preámbulo para introducir un aspecto de la resolución de conflictos, los MASC y el derecho que en apariencia es técnico, pero que a la hora de valorar su pertinencia y el contexto social en que se aplica resulta de enorme importancia conocer sus raíces filosóficas y políticas.

La regla general es que la tramitación de asuntos ante particulares exige la voluntad de las partes, que no es posible tramitar un asunto sin su consentimiento, que se requiere del ánimo manifiesto o el deseo de solucionar el conflicto de modo que los actos de la voluntad deben servir para habilitar al operador.

Para el contexto de Estado de Derecho en el que se estructuran las sociedades actuales, la libertad para contratar pasa desapercibida, pero se notaría su ausencia si los ciudadanos tuviesen restringida esa posibilidad, si no tuvieran la libre disposición de sus bienes o forzosamente no pudiesen renunciar a derechos en aras de otros beneficios distintos.

La autonomía de la voluntad como herencia del Estado liberal, de las huellas dejadas por los poderes menos intervencionistas que permitían a los ciudadanos dejar hacer y dejar pasar a libre albedrío, confiando en la capacidad de los ciudadanos para establecer todas las posibilidades negociales que sus actividades requerían. Uno de los conceptos de autonomía de la voluntad más clásicos y pertinentes lo ofrece Luis Díez-Picazo:

Es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica (Díez-Picazo, L Gullón A 2012,389).

También el artículo 1254 y siguientes del Código Civil español desarrolla el principio de autonomía de la voluntad, según comenta Luis Díez Picazo, que es redactado con la inspiración ideológica de su tiempo que promovía postulados del liberalismo.



(CC 1991, 429) El Estado no interfiere, no regula, ni crea bienes jurídicamente tutelados y parte de la buena fe de los contratantes para suponer que uno de ellos no intentará ventajas desproporcionadas sobre el otro o que si estas existen suceden porque se está dispuesto a asumir el negocio en esas condiciones.

La autonomía de la voluntad es un principio que desarrolla el derecho privado; uno de sus principales defensores en Colombia era Fernando Hinestrosa, quien al referirse al mismo decía:

Instrumento precioso de disposición particular de intereses con relevancia jurídica, resultante de la combinación de competencias de los particulares y el ordenamiento, sigue su marcha, y continuará gobernando la vida privada y económica de los pueblos en tanto se conserve la dimensión política de la autonomía, al parecer consustancial a la naturaleza humana (Hinestrosa 2009).

Las promesas acordadas en un negocio jurídico obligan a las partes a su cumplimiento; desde este punto de vista los ciudadanos son soberanos tanto como el Estado mismo para establecer normas y reciprocidades; ante el incumplimiento puede el Estado contribuir a la defensa de ese acuerdo por medio de la coerción de sus autoridades judiciales y forzar el cumplimiento del que falta a su palabra.

También el Estado protegerá al contratante que obrando de buena fe en el negocio resulte perjudicado por los daños, la fuerza o dolo, vicios ocultos que si los hubiese conocido no habría celebrado negocio en las condiciones que lo hizo. Son estas garantías que los Estados ofrecen a quien celebra un contrato bajo el suelo donde imperan estas normas del código civil.

Pero no es lo mismo tener autonomía de la voluntad para realizar intercambio de bienes y servicios a tener autonomía de la voluntad para solucionar un conflicto. Desde el punto de vista del objeto la autonomía de la voluntad encuentra limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico de acuerdo con criterios de intervencionismo; y es de suponer que al sujeto del conflicto solo le está permitido decidir sobre aquello respecto de lo cual tiene capacidad de disposición, lo que incluye todos los asuntos susceptibles de transacción y todo lo que las normas de orden público consideran tutelado de su entera competencia.

Intervencionismo del Estado en las actividades de los particulares:

El código civil de España por ejemplo incorpora en el artículo 1029 el principio según el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (CC. Comentado 1991 pg 11 Tomo II art 1029) Pero el comentarista Agustín Luna Serrano advierte que debe estar sujeto a la Ley.

Como más adelante en el artículo 1.255 lo advierte, se pueden establecer pactos siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. La cuestión moral es contraria al carácter positivista y garantista de las normas, ambiguo y no aparece noticia de que exista un ejemplo que permita explicarlo.

Con respecto al término *orden público* sucede algo parecido Luiz Diez Picazo trata de interpretarlo afirmando que:

Lo que el código llama orden público es la organización general o sus principios fundamentales y rectores... Las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares (por ejemplo la dignidad de las personas sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación), que no pueden quedar impedidas o menoscabadas (CC. Comentado 1991 pg 432 Tomo II art 1254).

Por lo tanto los pactos privados pueden conculcar aspectos de especial interés de proteger, englobados en lo que se denomina orden público que puede llegar a involucrar derechos fundamentales; aspectos que deben ser atendidos por las partes y los testigos de sus actos.

La autonomía de la voluntad permanentemente se ve intervenida por el poder de regulación del Estado, producto de las tensiones provocadas por el poder regulador del mercado y de la comunidad que tiende a generar estructuras de poder que van en detrimento de una de las partes, es el caso del derecho laboral, derecho del consumo o de la competencia, de la violencia en la familia, actividades sobre las cuales se imponen o quitan restricciones; a continuación se ofrece una enunciación de algunos probables escenarios de autonomía de la voluntad.

- Libertad absoluta para contratar: Es la capacidad de disponer en toda clase de derechos, bienes y servicios transigibles que se encuentran dentro entorno natural de lo los negocios, del comercio y asuntos civiles.
- Restricciones para contratar o para el ejercicio de ciertas actividades: se trata del negocio jurídico de bienes fuera del comercio, especies protegidas, armas, alucinógenos, determinadas mercancías que pueden afectar la salud pública, derechos personales o personalísimos, contratación pública. Incluso limitaciones en el modo de cumplir las obligaciones, por ejemplo algo tan elemental como pagar una prestación en efectivo superior a 3000 euros, según las normas de España los pagos superiores a esta cifra se hacen mediante el sistema financiero, es de suyo una limitación a la hora de estipular detalles y formas de pago.
- Libertad absoluta para gestionar conflictos: Existe un grupo de materias y condiciones personales sobre las cuales existe libertad para acordar la solución de un conflicto. Son esos todos los asuntos transigibles, de los cuales se tiene disposición o autorización para disponer. En el caso de las comunidades aborígenes de Colombia existe un fuero constitucional que permite a los miembros de cada comunidad indígena gestionar la totalidad de los conflictos incluidos los crímenes siempre que se den los requisitos especiales del fuero.
- Restricciones para gestionar conflictos: El ordenamiento civil establece que solamente hay autonomía de la voluntad en aquellos asuntos sobre los cuales tenemos la potestad de *disponer* por ejemplo los asuntos del consumo, los asuntos laborales y penales la violencia familiar. Son competencias que únicamente pueden ser conocidas por determinadas autoridades.
- Restricciones para ejecutar lo pactado directamente por medio de la autotutela o mano propia: Todos los ordenamientos jurídicos se reservan para su exclusiva competencia la posibilidad de ejecutar las decisiones pactadas por las partes, la autotutela es imposible de admitirse salvo en contadas excepciones como en el contrato de hospedaje.

Una de las grandes paradojas o incoherencias del sistema jurídico, es que para tutelar un determinado bien jurídico e impedir abusos de poder, restringe el conocimien-

to del asunto y la solución del mismo a entidades judiciales especializadas dentro del aparato estatal, generando automáticamente barreras de acceso a la justicia y demás patologías referidas en el capítulo tercero como son fuga de litigiosidad, victimización secundaria o terciaria, abocando a los ciudadanos afectados a engrosar el área de caos.

Esta es una reflexión que debe hacer la política criminal, de protección y tutela de bienes jurídicos. Partir del supuesto que con promulgar una norma restringiendo el conocimiento de un determinado problema jurídico en burocracia especializada, sin consultar la demanda y oferta de servicios, puede conllevar a la denegación del servicio judicial.

Por ejemplo si para tutelar los asuntos de violencia familiar o contra mujer se califican como de alta protección y para esto se quita la competencia de su conocimiento a funcionarios municipales de bajo rango, conciliadores o ICBF y se confía competencia exclusiva en el Juez de familia, sin antes consultar si la oferta de jueces por habitante es suficiente y si se encuentran en proximidad de las ciudadanas, automáticamente se está restringiendo o limitando las posibilidades de gestión del asunto y obligando al ciudadano a disponer de un abogado, a recorrer largas distancias.

La regulación debería preocuparse por ampliar la oferta de servicios, estimular la queja y denuncia de actos que vulneran bienes de especial interés público, facilitar los medios autocompositivos para que las contrapartes que tengan interés en reparar el daño lo hagan y generar un sistema de alertas que permita reagrupar por temas y especialidades, de modo que ningún caso se quede sin atención además de promover acciones administrativas orientadas a la prevención.

Cada Estado determina el grado de intervencionismo dependiendo de aspectos como la valoración para decidir la tutela de determinados bienes jurídicos o valores sociales, también las capacidades en términos de competencias cognitivas que tiene el ciudadano para determinar, impedir o permitir que la acción de un tercero puede llegar a infligir una lesión o daño que el Estado deba proteger.

De modo que las fórmulas de mayor o menor intervencionismo del Estado dependen del volumen de conflictividad, de la capacidad de las instituciones para gestionarla, del nivel cognitivo de ciudadanía, de sus habilidades para autorregular la conducta y el establecimiento de acuerdos. También depende de las condiciones del mercado, por ejemplo el intervencionismo del Estado será distinto si hay alto nivel de desempleo y los empleadores abusan de las condiciones laborales, o si hay déficit de

vivienda en alquiler y los propietarios abusan con los precios o las condiciones del contrato de arrendamiento.

El intervencionismo del Estado se expresa judicialmente cuando uno de los obligados no cumple su promesa, por ejemplo el Código Civil de España declara en su artículo 1.124 que el perjudicado puede escoger entre el cumplimiento de lo pactado o la resolución del contrato con sus respectivos perjuicios, igual ocurre con el de Colombia.

Otro factor relacionado con el intervencionismo del Estado es el concepto de lo que se denomina *Paternalismo Jurídico* desarrollado por Ernesto Garzón Valdés, que consiste en la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que ella misma se cause un perjuicio (Garzón E 1988). El autor se refiere a las intervenciones que tienen que ver con la libertad de por ejemplo poner o no el cinturón de seguridad, en la conducción automovilista, el uso de casco para motocicletas, la prohibición de fumar, de consumir drogas, en sus ejemplos más básicos o elementales, hasta limitaciones del consentimiento como por ejemplo el funcionamiento de casinos en zonas pobres.

Dice Garzón que el paternalismo jurídico es uno de los principales destructores de la autonomía de la voluntad, entendida para esta explicación como: “la autonomía como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección y de conformidad con las leyes morales” (Garzón E 1988:155) donde se critica al paternalismo por no permitir a la persona afectada que elija por sí misma y en su lugar lo hace el Estado u otro de manera que entra en el campo de la heteronomía y se abandona el ámbito de la moral (Garzón E 1988, 161).

El paternalismo se impone como una limitación al consentimiento de los ciudadanos para tomar sus propias decisiones y asumir los riesgos que en este caso están relacionados con la potencialidad de causarse a sí mismo un perjuicio. No se trata de un perjuicio a terceros sino del propio, luego se discute si las personas se encuentran preparadas para asumir ese consentimiento o por el contrario es necesario imponer medidas coactivas porque se considera que el ciudadano padece de incompetencias básicas para asumirlo.

Entonces surge el concepto de competencia, que se entiende como la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se encuentra; la competencia sería referida a un ámbito de problemas y de distintos individuos. Así el Estado será paternalista cuando

intuye que el ciudadano no tiene las competencias básicas y mucho más cuando se requiere de competencias especializadas (Garzón, E 1988:165).

La diferencia entre competencia básica y competencia especializada está en la posibilidad objetiva de determinar el grado de perjuicio. Por ejemplo firmar un contrato, poner el cinturón de seguridad o usar el casco de moto son consideradas competencias básicas. Pero necesitar el consumo de medicamentos que se deben de administrar con receta, o cuando el ciudadano necesita una defensa o representación jurídica, son competencias calificadas que pueden requerir de cierto grado de pericia y conocimiento.

Una pregunta interesante es si la posibilidad de decidir en un conflicto se trata de una competencia básica, lo cual es permitido por el ordenamiento cuando se refiere a un asunto transigible, o por el contrario se arrebatada del manejo de las partes cuando el Estado pretende mantener el control de la situación y actuar con su poder de regulación como en el caso de los crímenes.

### **3.1.1 Alcances de la autonomía de la voluntad**

La siguiente grafica pretende contextualizar los alcances que tiene el ciudadano para decidir sobre sus propios conflictos y las limitaciones jurídicas; dicho de otra manera son los poderes que el ordenamiento brinda para alcanzar las máximas posibilidades de gestión de la controversia.



Gráfica: 46 Gestión de problemas jurídicos basados en la autonomía de la voluntad de las partes.

Fuente: elaboración propia basada en (Santos B 2009,119).

En la base de esta pirámide se ubican los *problemas jurídicos*; la primer posibilidad de solución de un conflicto es el *arreglo directo*, ya mencionado a lo largo de la exposición, pero se recuerda para enfatizar que entre la población general el 34% y entre las empresas el 17,6% de los *problemas jurídicos* se resuelven mediante el consenso de las partes y lo que es más satisfactorio es que la mayoría de los acuerdos privados se cumplen, según el estudio del Ministerio de Justicia 2013.

Alcanzar el acuerdo, mediante formas *autocompositivas*; es decir, la justicia que las partes se han dado a partir del consenso de la autonomía de su voluntad, es un logro extraordinario del Estado de derecho y una expresión de la democracia. En la población general se llega a *conciliar* el 10,4% de los problemas jurídicos, conciliación hecha por entidades públicas y particulares, mientras que las empresas utilizan todos los esquemas de solución de conflictos en un 12.3%, cifras que resultan considerablemente mayores que las de la gestión judicial de necesidades jurídicas.

Las gráficas enseñadas al comienzo de este capítulo que presentan los porcentajes de particulares a los que se acude para la solución de una necesidad jurídica, muestra

que es indispensable desarrollar políticas públicas para la gestión de asuntos relacionados con el consumo, por ejemplo. Y también demuestra que después de dos décadas de conciliación ante particulares diferentes al Estado hay una tendencia leve a su uso.

El siguiente escalón de la pirámide hace referencia a los alcances *heterocompositivos*, que son pactos donde las partes habilitan a un ciudadano particular para que este tome una decisión en el conflicto, es una declaración de voluntad que requiere unas calidades ciudadanas muy calificadas, pues las partes al firmar este tipo de cláusulas o compromisos renuncian a los juegos propios del poder y control del conflicto demostrando que son conscientes de la necesidad de una definición técnica, jurídica o en equidad.

La encuesta del Ministerio de Justicia no arroja datos relevantes sobre el arbitraje, que desafortunadamente a pesar de los esfuerzos de divulgación y difusión no logra interesar lo suficiente, seguramente porque los elementos para su institucionalización no se cumplen. Pero a diferencia del Arbitraje los resultados de la justicia de paz comienzan a destacarse en las estadísticas; este dato sorprende y alienta para identificar cuáles son las razones de su uso.

Este espectro de la gestión de conflictos donde los particulares pueden intervenir es muy amplio, brindando oportunidades para el cumplimiento de los acuerdos de determinadas conflictividades, como el consumo, o los asuntos vecinales. Ante los particulares las partes obedecen a la ley y a otras formas de regulación social, por lo que se expresan más posibilidades de cumplimiento y los instrumentos utilizados para fijarlo tienen la función de *bisagra* condición de ejecutarse ante la jurisdicción (Ley 640 de 2001).

Puede ser mantenido e incluso construido un cierto orden social, con la ayuda de los arreglos sociales sobre una base conciliatoria, sin que exista una gran intervención del Estado y de la máquina legal. El éxito de este sistema de regulación exige que la conciliación esté firmemente separada de la justicia del Estado, “liberada de las sutilidades técnicas e instalada en el medio en que ha nacido el conflicto” (Bonafe J 1988,16).

En la parte superior de la pirámide se ubica la reconciliación, que puede ser vista pretenciosamente como objetivo principal de la justicia y de la paz o como la característica de algunos acuerdos que basados en la autonomía de la voluntad alcanzan niveles



excepcionales de reparación. Se concluye esta parte del análisis que intenta sostenerse en la autonomía de la voluntad citando a Adela Cortina nuevamente: “la autonomía es un esfuerzo que pocos están realmente dispuestos a realizar. Lo habitual no es optar por las leyes propias, sino sumarse a la de otros, que pueden ser la mayoría, la opinión o la fuerza de los hechos” (Cortina A 2001, 236).

Paradójicamente así se demuestra; pues del potencial de uso de esquemas que exigen la autonomía de la voluntad se tiene noticia de que es empleada en un 9.4% por la población general, en un 10.7% por la población en extrema pobreza y en un 12.3% entre empresarios; además, estos últimos son quienes más variedad de mecanismos utilizan, lo que representa el doble de los asuntos llevados ante los jueces (MinJusticia 2013).

El ejercicio de la resolución de conflictos ante particulares resulta ser una experiencia democratizadora que fortalece la libertad individual y despierta los sentidos altruistas de solidaridad, desde el propio operador o facilitador que interviene como de las propias partes que se encuentran dispuestas a cumplir lo que ellas mismas han pactado.

Y es que conquistar la libertad como autonomía no es fácil, exige cultivo y aprendizaje, pero merece la pena embarcarse en uno y otro, porque es uno de nuestros más preciados valores, uno de los que más disfrute proporciona cuando se ha aprendido a degustar y que, a mayor abundamiento, puede universalizarse, siempre que se practique la solidaridad (Cortina A 2001, 236).

## 3.2 Simetría

El término simetría sugiere proporcionalidad, correspondencia o equilibrio en la relación de los extremos participantes en el conflicto; en los escenarios resolutivos se hallan cuestiones como pérdida de neutralidad, injusticia, derechos conculcados, abusos del poder entre otros, que deben ser reconocidos por el operador que interviene en ellos.

La asimetría de los extremos antes de ocurrir el conflicto y la provocada fruto de la interacción no es un obstáculo para que los particulares se inhiban de gestionar un conflicto, lo que no puede ocurrir es que el escenario se convierta en un legitimador de la asimetría. De hecho una de las causas por las cuales algunos conflictos deben ser conocidos forzosamente por las autoridades del Estado, será porque habiéndose intentado una etapa de solución amistosa los juegos de poder permanecen

Las partes pueden dar comienzo a su relación en un plano de igualdad, asimetría y además las partes en su interacción estratégica van a acentuar más sus diferencias para aumentar las posibilidades de resolver a su favor; sobre este aspecto se hizo referencia en el capítulo primero en la parte de elementos del conflicto. El hecho de que un extremo se considere afectado por causa de otro, es de suyo el producto de una injusticia o del ejercicio de un juego de poder. Además el hecho que una persona institucionalice el conflicto es la manifestación de la imposibilidad o frustración de no poner remedio directamente, en muchos de los casos producidos por un ejercicio de poder asimétrico entre las partes.

En su reciente trabajo de investigación sobre las situaciones de asimetría en la mediación familiar, Cristina Merino dice que el poder está relacionado o se entiende como la capacidad de influir en la conducta de la otra parte; de hecho sugiere que no es necesario ejecutar el poder para que la contraparte sienta los efectos, pues este es considerado como una cuestión simbólica, por tanto es simplemente suficiente con que la parte afectada sienta la influencia (Merino C 2013, 99).

Pero el poder no es solo la capacidad de controlar la conducta del otro, eso sugiere ir a una categoría de conflictos nada más, también están los casos de daño o responsabilidad civil, donde el causante del conflicto lo hace de manera involuntaria, es llamado a responder pero evade la responsabilidad. Es en la dinámica del conflicto donde desarrolla juegos de poder, por lo tanto no es que influya en la conducta del otro sino que evade su responsabilidad resultando esto un juego de poder asimétrico.

Sin embargo se identifican algunas razones o motivaciones para que el extremo renuncie a su juego de poder y acceda a la solución del conflicto, dependiendo de la dinámica en cada caso: El principal factor para estar dispuesto a solucionar es la eventual amenaza de una coacción mayor, otro factor motivacional es la esperanza de que arreglando el conflicto se obtendrá un beneficio, o también y más deseable desde el punto de vista reparativo en que el extremo se pone en el lugar del otro, logra hacer una profunda reflexión de modo que interpreta su deseo, despierta sentimientos de compasión, reciprocidad y altruismo.

En el caso del incumplimiento de un contrato civil o de incurrir en un delito, la consecuencia coactiva más extrema es el inicio de un proceso judicial, las medidas cautelares de embargo o secuestro de bienes y en el caso de incumplir la sentencia viene el remate de los bienes o el embargo de sus cuentas o salarios. En el caso penal la coacción está dada por la sanción con pena de cárcel y la indemnización de los perjuicios con el mismo procedimiento ejecutivo del caso civil.

La amenaza de la coacción viene de los poderes de regulación del Estado, mercado y comunidad. El derecho moderno y su poder de legítimo uso de la fuerza, ha desarrollado al paso de los años un sistema de garantías procesales que ofrecen a los ciudadanos seguridad jurídica para interrumpir mediante medidas cautelares y decisiones de fondo las asimetrías causantes de situaciones injustas. El proceso judicial está diseñado para coaccionar a los demandados o denunciados para que actúen de acuerdo a la Ley y respondan al denunciante o demandante.

Los demás poderes de regulación de la sociedad crean espontáneamente fórmulas de corrección a algunas de las asimetrías sociales; el principal de ellos es el reproche social expresado de múltiples formas, porque en general las relaciones sociales están basadas en la confianza y el prestigio de modo que si algunas de las normas de la comunidad o del mercado se quebrantan por el conflicto, inmediatamente se desencadenan consecuencias sociales para las partes.

La esperanza de obtener un beneficio mayor es el otro factor motivacional para que el extremo acepte llegar a acuerdos en medio de un conflicto; un ejemplo de esto ocurrió durante mi ejercicio profesional cuando empezaba a actuar como conciliador en materia inmobiliaria; en una ocasión en un caso común de compra de vivienda nueva, la compradora invitó a conciliación al constructor por desperfectos causados por el normal asentamiento de los cimientos de la obra, lo que ocasiona la fractura leve de paredes o

suelos especialmente en las plantas altas. El constructor no había terminado de vender el resto de apartamentos y su abogado le recomendaba no conciliar, con el argumento que en un juicio civil la compradora no obtendría la razón o terminaría desistiendo; sin embargo, en el transcurso del encuentro conciliatorio el empresario preguntó a la compradora si durante el fin de semana había visto en el edificio posibles compradores, ella le manifestó que en efecto había gente interesada pero que les había disgustado ver los desperfectos en sus suelos y paredes. En este caso el constructor aceptó realizar las obras no porque existiera la amenaza de una coacción que podía ser discutible, ni por consideración por la compradora, sino por la esperanza que arreglando su problema tendría mejores beneficios para vender el resto de apartamentos que faltaban.

La tercera motivación posible es la que surge de los sentimientos de compasión entendido como la capacidad de estar en contacto con nuestra común humanidad, de partir de un proceso de comprensión y reflexión que le permite al individuo romper con su egoísmo, comprender el daño o las ofensas causadas y manifestar la intención de repararlo. Esta compasión surge de las posibilidades de comunicación entre las partes de un reconocimiento de humildad entendido como la capacidad de renunciar al uso del poder que uno tiene.

Entonces, en cada conflicto que lleva implícita una asimetría, la parte que debe responder por las ofensas o daños tiene la posibilidad de renunciar al ejercicio de poder motivado en: la eventual coacción, reproche o sanción; o porque tiene la esperanza de lograr un beneficio mayor o porque despierta sentimientos de compasión, lo que quiere decir que es posible establecer acuerdos sólidos que parten de la autonomía de la voluntad a pesar de las grandes diferencias de poder entre las partes.

La anterior reflexión es diferente a la que sugiere la literatura sobre poder y asimetría en la resolución de conflictos, que establece únicamente como posible gestionarse por un medio alternativo solo cuando hay simetría en los extremos, o también se dice que estas desigualdades pueden ser transformadas por el mediador (Merino C 2013, 114). Pero veremos que la cuestión de la simetría tiene cierta complejidad y que no existen fórmulas fijas.

La cuestión es que siendo a menudo los conflictos una manifestación de asimetría, ¿qué posibilidades tienen los particulares de intervenir en él con algún grado de éxito y qué posibilidades tiene el mediador de corregir esos desequilibrios?

La respuesta es que todos los conflictos deben gozar de la oportunidad de dilucidarse en un escenario autocompositivo, próximo al foco del conflicto, alejado de las amenazas de la coacción jurídica y que brinde a los extremos la posibilidad de comunicar sentimientos, emociones, pretensiones: un escenario donde se reconstruyan los hechos y se exploren salidas que permitan satisfacer los intereses mutuos, apelando al reconocimiento del daño y el deseo de repararlo.

De hecho todos los escenarios de resolución de conflictos incluido el judicial deberían intentar esta fórmula antes de acudir al uso de la coacción; desafortunadamente la cultura del litigio no es así, privilegia la gestión jurídica sin lugar a otras consideraciones.

### **3.3 Equidad como fuente para la gestión de conflictos hecha por ciudadanos.**

Se ha afirmado a lo largo de esta tesis que las sociedades se regulan por tres poderes que son Estado, Mercado y Comunidad; es lógico que la fuente normativa de la que depende el poder de regulación del Estado sea el derecho y aunque existen sociedades donde el Estado ocupa un espectro más amplio y destacado en la regulación de la sociedad, siempre existirán la costumbre, la tradición, las normas sociales y una respuesta especial para cada caso en concreto.

Es más, las fuentes jurídicas del Estado de derecho contemplan, respaldan o validan las decisiones en equidad en un sin fin de procesos, especialmente en aquellos en los que el derecho agota todo su potencial regulador o su alcance es más impreciso, razón por la que se hace indispensable recurrir a otros parámetros para alcanzar justicia.

La trayectoria del concepto de equidad en las sociedades occidentales varía según la tradición jurídica a la que se refiere. La evolución histórica del derecho Anglosajón ha llevado a dos tendencias con las cuales se aplica el derecho por los jueces: el derecho y la equidad. Con la segunda se buscó darle prioridad a la justicia y, en ese sentido la equidad implica un margen de discreción ineludible para el juez, mientras que en el derecho europeo continental triunfó el ideal de seguridad jurídica sobre la justicia (Ardila É 2006, 83).

La noción de equidad es entonces una referencia a la fuente jurídica que el operador utiliza para construir una decisión “justa”, la justicia en derecho se complementa con la *justicia en equidad*.

Junto con el concepto de *Justicia Comunitaria* analizado en los capítulos anteriores, surge también el concepto de Justicia en Equidad: “lo esencial es que la equidad hace relación a la búsqueda en un ejercicio de administración de justicia en cada caso, de una justicia justa. Es decir a la relación entre administración de justicia y la realización de unos valores considerados supremos en la vida social” (Ardila É 2006, 85).

Mientras la justicia en derecho moderna exige que el operador sea una persona experta, el operador de la justicia en equidad no tiene por qué acreditar una cualificación especializada; no significa que deba ser poseedor de cierto reconocimiento y de conocimiento de las normas sociales presentes en su comunidad y de las particularidades especiales de cada caso.

### **3.4 Bisagra entre la gestión comunitaria y la Estatal**

En la literatura de sociología jurídica se utiliza la metáfora de la bisagra para hacer referencia al tránsito que existe entre la gestión comunitaria de los conflictos y la relación con los sistemas jurídicos de los actuales Estados de derecho; se interpreta la bisagra en dos sentidos:

i) Bisagra en sentido legitimador: de modo que la práctica comunitaria o ciudadana encuentra respaldo o autorización en el ordenamiento, especialmente sucede cuando se permite a los particulares tener la calidad de *administrador de Justicia* como lo menciona el artículo 113 de la constitución de Colombia así lo analizan: (Santos B de S 2009), (Uprimny R 1994).

ii) bisagra en sentido complementario: donde la arquitectura legal permite continuar el apremio al deudor por vía judicial, por ejemplo cuando se realiza una mediación comunitaria que termina con la firma de un contrato de transacción con obligaciones claras, expresas y exigibles.

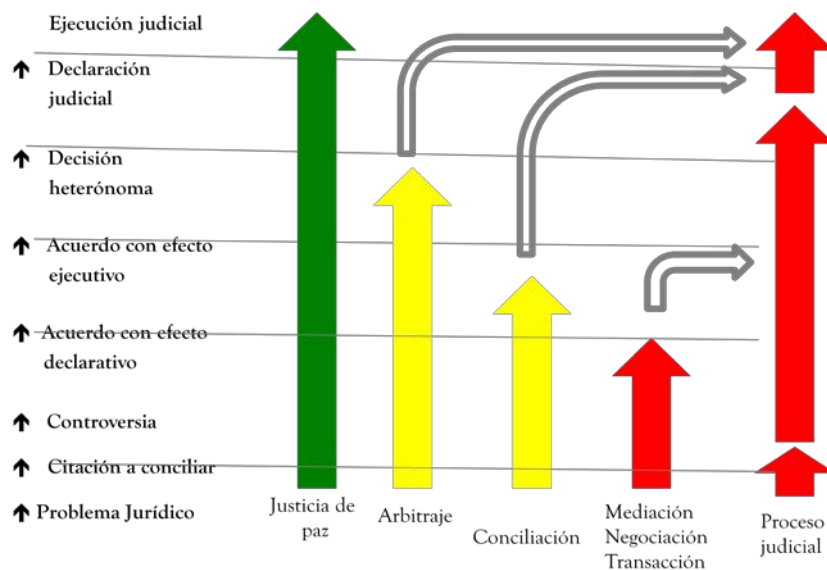
Este sentido de la bisagra es muy importante de analizar por cuanto conecta con las instituciones que mejor posibilitan el apremio del deudor, pues aunque los porcentajes de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas demuestran que el cumplimiento de los acuerdos es mayoritario. También es verdad que pedagógica y simbólicamente

las partes necesitan conocer las consecuencias del incumplimiento, cuestión que permitirá a ellas aventarse a tomar decisiones o sustraerse de hacerlo.

Los aspectos relacionados con la bisagra encierran elementos de técnica jurídica pues es indispensable que la arquitectura de los ordenamientos facilite el paso de la práctica de justicia comunitaria al lenguaje judicial. Por ejemplo los criterios de caducidad y prescripción, puesto que como quiera que en resolución de conflictos es más importante las necesidades de los extremos que sus situaciones jurídicas, los ordenamientos si establecen plazos de tiempo para hacer valer el derecho y la acción para hacerlo exigible.

Este fenómeno de la bisagra será medido en el análisis que se haga de cada una de las instituciones que se estudiarán a continuación de modo que se pueda comparar cuáles son las instituciones que más eficacia alcanzan.

### 3.4.1 Pasos y distancia entre el problema jurídico y la ejecución



Gráfica: 47 Alcance de la gestión de problemas jurídicos basados en la autonomía de la voluntad.

El propósito de la anterior gráfica es comparar los medios de gestión del conflicto más tipificados para establecer cuál es la distancia que existe al utilizar alguno de estos, aunque los estudios demostraron que la mayoría de los acuerdos construidos ante la presencia de terceros se cumplen; la pregunta que sigue es ¿cuál es la eficacia de los acuerdos logrados en el evento del incumplimiento?

En términos muy prácticos, de la gestión del conflicto lo que preocupa al extremo al que le han incumplido los acuerdos es ¿cuáles son las opciones que tiene para hacerlo ejecutar? Pero también debe preocupar a las autoridades de política pública es qué medios jurisdiccionales se ofrecen al ciudadano y que tan efectivos son en términos de acceso a la justicia sin barreras y sin victimización secundaria.

En la parte derecha de la gráfica abajo, se encuentra el *problema jurídico*, surge la controversia o el binomio resistencia – oposición; si se llega a una solución esta puede que se obtenga por diferentes medios: un *acuerdo con efectos declarativos* como puede ser un contrato de mediación o una transacción; o un *acuerdo con efectos ejecutivos* como por ejemplo el ofrecido por la conciliación en Colombia, es decir que ante su incumplimiento puede el juez en el proceso ejecutivo ordenar dar, hacer o no hacer alguna prestación que el deudor se haya comprometido, para lo cual se requiere de la redacción de acuerdo claros, expresos y exigibles.

También el problema jurídico puede solucionarse por medio de *decisiones heterónomas* que emanan de operadores como los árbitros, jueces de paz o jueces formales en los procesos dispositivos, las decisiones de estos tres operadores son de orden declarativo y para hacerlas efectivas es indispensable iniciar el proceso ejecutivo.

Pero los jueces de Paz de Colombia gozan de un diseño legal autónomo que permite a este ordenar las medidas cautelares y de policía necesarias para el cumplimiento, se trata de un procedimiento que será analizado más adelante pero que comparado con el judicial formal y con los otros medios de solución de controversias otorga grandes ventajas en términos de gestión del conflicto.

De la arquitectura legal de los instrumentos utilizados por los ciudadanos para solucionar sus conflictos depende la satisfacción de las necesidades jurídicas, entonces si por ejemplo para el cumplimiento de un contrato de mediación, es necesario que el juez dicte una decisión declarativa y a su vez para ejecutar esta es necesario un proceso ejecutivo, se está conduciendo a las partes por unos laberintos llenos de barreras que terminarán por desanimar a los afectados para que perseguir el cumplimiento de lo firmado.

Por lo tanto, a partir de esta comparación se intentará desarrollar cuál de las fórmulas jurídicas beneficia más a los ciudadanos a la hora de establecer acuerdos donde aprovechando la autonomía de su voluntad pueden firmar compromisos que ofrecen mejores garantías. Este factor *bisagra* entre las posibilidades que tienen los ciudadanos




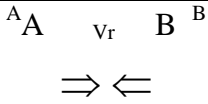
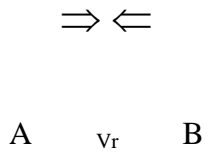
de resolver sus diferencias autónomamente y las garantías que el Estado brinda para su cumplimiento es parte de la clave del éxito y la eficacia.

## 4 Esquemas de gestión del conflicto, desde las prácticas ciudadanas.

La siguiente es una propuesta de exposición, mas no de clasificación, de las diversas modalidades o esquemas de intervención para la gestión de conflictos en los que intervienen ciudadanos, establecida según el alcance de la autonomía de la voluntad y demás supuestos de existencia.

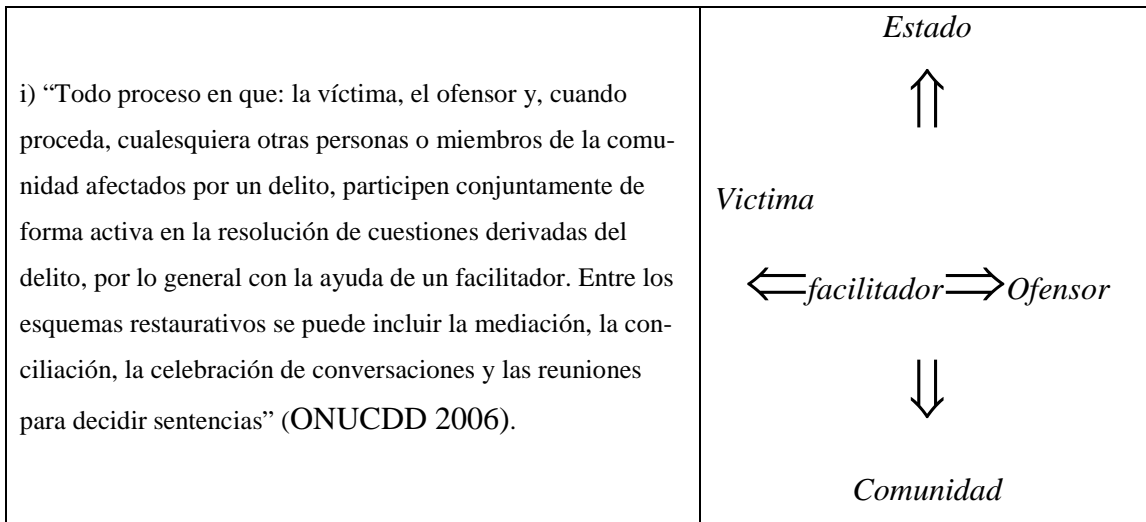
Se analiza en este apartado el **objeto** de cada esquema de gestión del conflicto y los **Sujetos** que participan en los  
 (i) extremos del conflicto como partes implicadas  
 (ii) terceros que facilitan los acuerdos y ejemplos de instituciones que lo utilizan.

*Esquema*

<p>a) <u>Exógeno</u>: Estructura impuesta por los poderes de regulación: el derecho mayoritario, el mercado o la comunidad; en curso de institucionalización, construida y legitimada en el tiempo por la sociedad, por ejemplo el sistema de normas.</p> <p>b) <u>Endógeno</u>: Esquema construido y legitimado por la sociedad. Por ejemplo el Sistema de compensación Wayuú.</p>	
<p>c) Las partes deciden sus acuerdos, cada una puede apoyarse en delegados, consejeros u otros negociadores. Objeto: Situaciones no conflictivas, discusión de meros intereses, usado en <u>negociación y acuerdos directos</u>.</p>	
<p>d) Esquema donde las dos partes de común acuerdo deciden terminar un litigio actual, mediante la terminación de unas obligaciones y el nacimiento de otras que tendrán efectos jurídicos, es el caso de la <u>transacción</u>.<sup>12</sup></p>	

<sup>12</sup> Art. 2469 Código Civil: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

<p>d) Los extremos en simetría (igualdad de condiciones) consienten que un tercero medie para establecer un acuerdo consensual o solemne, en algunos casos sin efectos jurídicos.</p> <p>Objeto: Dirimir situaciones conflictivas no necesariamente jurídicas. Esquema de la <u>mediación</u>, propuesto en la Directiva 2008/52/CE para desarrollarse en los países de la Unión Europea.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Mediador</i></p> <p style="text-align: center;">△</p> <p style="text-align: center;">A   v<sub>r</sub>   B</p>
<p>e) Esquema igual al anterior solo que las partes deciden tipificarlo dentro de un procedimiento regulado o según sus propios deseos, para que se firme un acuerdo que tenga efectos judiciales en caso de incumplimiento. Esquema de la <u>conciliación en derecho y en equidad</u>, elegido por la política pública de Colombia Ley 23 de 1991.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Conciliador</i></p> <p style="text-align: center;">△</p> <p style="text-align: center;">A   v<sub>r</sub>   B</p>
<p>f) Las partes en uso de la autonomía de la voluntad y previo acuerdo escrito, deciden dar facultades especiales a un Tribunal para que basados en un procedimiento previo, se tome una decisión sobre un asunto transigible, es el caso del <u>arbitraje</u>.</p>	<p style="text-align: center;">A   v<sub>r</sub>   B</p> <p style="text-align: center;">▽</p> <p style="text-align: center;"><i>Árbitro</i></p>
<p>g) Procedimiento doble auto y heterónomo de intervención en el que las partes en conflicto confieren potestad a un operador para que intente una conciliación o mediación, de no llegarse a un acuerdo total, deberá proferir un laudo o fallo motivado. Usado en el <u>procedimiento arbitral y en la Justicia de Paz</u>.</p>	<p style="text-align: center;"><i>JP/Ar</i></p> <p style="text-align: center;">△</p> <p style="text-align: center;">A   v<sub>r</sub>   B</p> <p style="text-align: center;">▽</p> <p style="text-align: center;"><i>JP/Ar</i></p>



Gráfica: 48 Modalidades o esquemas de intervención basados en la autonomía de la voluntad de las partes.

## 5 Tipologías de intervención hecha por ciudadanos.

La siguiente es una clasificación que no pretende ser excluyente, de lo que pueden ser las diferentes formas, expresiones o prácticas que usan los particulares para la gestión de conflictos.

Instituciones endógenas	
Ancestrales	Palabrero Wayúu Tribunal de Aguas de Valencia Sistema circulares de Canadá Comunidades Indígenas Comunidades africanas en el pacífico colombiano Justicia de paz de Perú Juntas de acción comunal - vecinal
Instituciones exógenas	
Primera generación	<b>Tendencia Institucional del Estado</b>
	Negociación Mediación Transacción Conciliación Arbitraje Amigable composición Justicia restaurativa
	<b>Tendencia comunitaria (Institucionalidad comunitaria)</b>
	Mediación comunitaria Conciliación en equidad Jueces de paz
Segunda generación	Dialogo sostenible <i>Partnering</i> Defensor del cliente Evaluación neutral de casos Mediación vecinal en Estados Unidos <i>Word Coffee</i> <i>Open Space</i> <i>Online Dispute Resolution (ODR)</i>

Gráfica: 49 Tipologías de intervención en la gestión del conflicto hecha por ciudadanos.

A propósito de lo depositado en este capítulo y en consonancia con lo expuesto en el capítulo segundo sobre la gestión institucional de los conflictos; son oportunas las reflexiones de Peter Berguer sobre la necesidad de construir instituciones ciudadanas como las presentadas anteriormente, especialmente porque si la característica principal de las sociedades contemporáneas es el pluralismo, el reto es alcanzar niveles óptimos de *cohesión social*. Así lo concluye el informe de la Fundación Bertelsmann al Club de Roma luego de analizar los grandes conflictos normativos de 11 naciones y las diferentes *instituciones de mediación* que regulan sus grandes conflictos normativos:

Nuestro interés tendría que centrarse en conseguir estructuras que permitan a las sociedades afrontar los conflictos. Es necesaria la mediación para permitir que coexistan posturas normativas diversas y se mantengan sistemas de valores diferentes sin consecuencias hostiles para con las posturas de los demás, tan legítimas y dignas de respeto como las nuestras (Berger P 1999,9).

Justamente esas estructuras a las que Berger denomina *mediación* están integradas por ciudadanos expertos que facilitan la gestión de las diferentes clases de conflictividad. Sobre este mismo aspecto y en referencia al poder de la sociedad civil o *capital cultural* que denomina James Davison Hunter al analizar la cohesión social de Estados Unidos de Norte América, manifiesta sobre las instituciones y prácticas democráticas lo siguiente:

Si existe un medio democrático para seguir adelante, no es probable que lo proporcione el Estado, sino las propias instituciones democráticas. No hay entre ellas ninguna más importante que las de la sociedad civil —el esfuerzo estratégico y cooperativo de instituciones cívicas como la filantropía privada, las escuelas, las organizaciones cívicas, las iglesias, etc. En Estados Unidos se enfrentan al desafío de tener que imponerse de alguna manera a las presiones del partidismo; ese desafío es, sin duda, formidable pero no suficiente (Berger P 1999,72).

En síntesis la participación de los ciudadanos es indispensable pero no de cualquier manera ni al arbitrio del mercado o capricho del Estado; es indispensable un mí-

nimo de organización institucional promovida por la sociedad civil y apoyada por el Estado de derecho.

## **CAPÍTULO V**

### **JUSTICIA ANCESTRAL**

La información contenida en este capítulo es un esfuerzo por identificar elementos que contemporáneamente se encuentran presentes en prácticas de justicia ancestral, como la Wayúu en Colombia o el Tribunal de Aguas de Valencia entre otras experiencias, el propósito es reflexionar e intentar identificar las razones por las que hoy en día perduran estas tradiciones en medio de la normativa del Estado de derecho y las razones por las que son obedecidas por la sociedad.

#### **Instituciones endógenas de gestión del conflicto**

El concepto endógeno se explicó en el capítulo segundo dentro de la reflexión sobre la gestión del conflicto; allí se hace referencia a las estructuras que surgen de la propia comunidad como respuesta organizada y próxima a la ocurrencia de conflictos; se pueden identificar algunos de sus rasgos característicos.

- Son prácticas institucionalizadas a través de la costumbre y la tradición oral
- Se encuentran próximas a los focos de conflicto
- Son administradas por quienes detentan otro tipo de roles, autoridad o poder
- La comunidad otorga importancia simbólica a su gestión
- Gozan de eficacia y respeto en el cumplimiento de los acuerdos o decisiones
- Son un factor de cohesión social

Se ha dicho que estas expresiones endógenas no tienen origen en la Ley, ni tampoco involucran a los denominados MASC por cuanto son formulas artificiales de las políticas públicas. El estudio de las instituciones endógenas permite identificar las razones por las cuales las comunidades en su seno se apropian de la función de gestionar los



conflictos e identificar cuáles de esas características pueden ser potenciadas en comunidades desestructuradas.

## 1. Sistema de compensaciones de la comunidad indígena

### Wayúu

En la zona más septentrional de Suramérica al norte de Colombia y Venezuela, habita la comunidad indígena Wayúu, que ancestralmente construyó un sistema de compensaciones que permite la gestión de toda suerte de disputas entre clanes, inclusive las más violentas. A través de la institución del *Pütchipü'üi* o palabrero, un enviado neutral que se encarga de mediar entre los clanes y construir acuerdos que según lo examinado en este trabajo, contiene elementos de lo que contemporáneamente se reconoce como *Justicia restaurativa*.

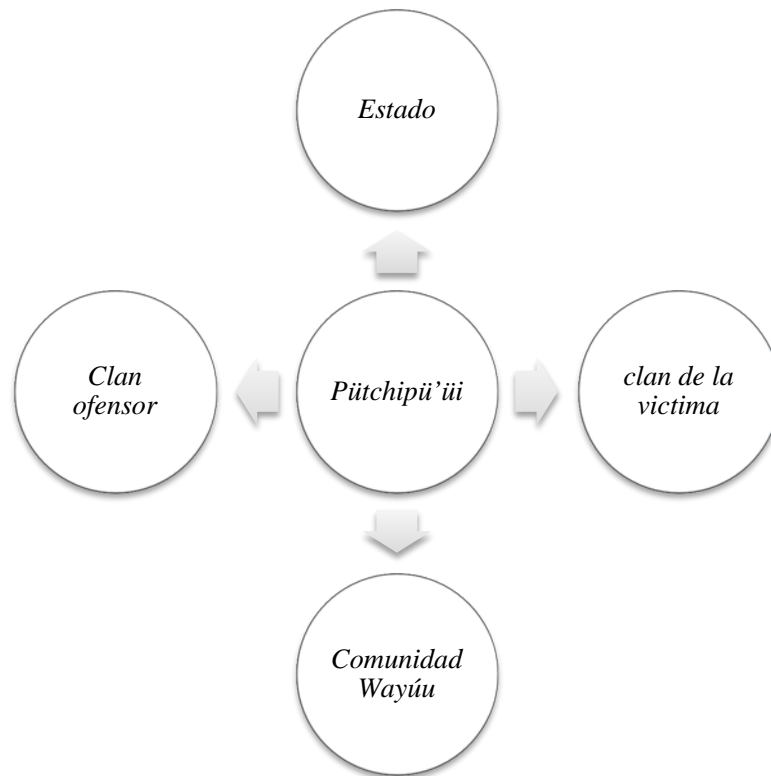
*“No sé qué puedan aprender de nosotros, pero sí sé que los problemas humanos son los mismos en todas partes, como iguales son las maneras y las palabras para resolverlos. La ira, el odio, los celos, la envidia, son mucho más viejos que yo. El hombre no cambiará sea Wayuú o ahijuna. Pero si es posible que las guerras grandes o pequeñas se eviten si se recupera el sentido de todo lo que decimos, si aprendemos a oír a los demás, si reconocemos las faltas con la cabeza gacha... La palabra es un asunto de respeto mi amigo. Y si el respeto se mantiene, la Paz también se mantendrá. Cuántos hombres ricos y poderosos lo han perdido todo por no saber escuchar, por oír únicamente la voz de la codicia, la voz de la venganza. Mire usted que los muertos ya no vuelven. Pero las palabras quedan, las palabras siempre quedan”.*

*Ángel Amaya - Pütchipü'üi\**

---

\* Fierro J, “Maestros de la palabra” crónica publicada en la revista Avianca p 116

## 1.1 Características de la comunidad indígena Wayúu



Las condiciones del hábitat desértico donde subsiste la etnia, lo arraigado de sus tradiciones, la resistencia por mantener sus costumbres ante las pretensiones de incorporación, integración y homogenización pretendidas para la unidad de las repúblicas a partir de 1.830, hicieron difícil la presencia del Estado e ineficaz cualquier intento por despojar a los Wayúu de sus tradiciones ancestrales (Polo J 2011).

El sentido de comunidad que tienen hoy en día los Wayúu, su cohesión social y la manera como se han adaptado a la sociedad mayoritaria dejaron intactas estructuras que son objeto de análisis y de las cuales carece el mundo de hoy.

### 1.1.1 Territorio del pueblo Wayúu



Gráfica: 50 Mapa geográfico de la península de la Guajira y golfo de Venezuela (detalle), siglo XVII

Fuente: Los Antonelli, arquitectos de Gatteo, (s.f.)

Esta etnia hace parte de las 87 reconocidas en el territorio de Colombia (DNP 2010), Son más de 600.000 indígenas repartidos gran parte de su población en el noroccidente de Venezuela 415.498 y Colombia 270.413. La nación Wayúu quedo en medio de dos Estados y con vínculos económicos con la isla de Curazao; hoy en día conviven unos y otros a través de una frontera porosa que los indígenas cruzan sin restricciones, lo que les permite obtener beneficios estratégico dependiendo de la nacionalidad que presenten.



Gráfica: 51 Mapa geográfico de la parte septentrional de Suramérica. Fuente: Actualidad Kurda, (s.f.)

Entre la trashumancia y el asentamiento en rancherías se conformó la actual forma de vida del Wayúu; se cree que en principio había nomadismo pero lentamente los linajes fueron ocupando territorios; sin embargo por las condiciones desérticas, la escasez de agua y de plantas para el ganado se produjeron movilidades a mejores suelos, un ejemplo de esto lo presentan investigadores venezolanos:

En una de estas sequías, en 1938, hombres y mujeres de los linajes *Uriana*, *Puhaina* y *Apushana*, residentes en *Atgrichon*, Nazaret, Guajira colombiana, migraron a la baja Guajira venezolana, al pie de los últimos reductos de los Montes de Oca, en tierras planas, donde había agua y pastos suficientes durante todo el año. Así nació *Wahna* o *Guana*, escenario de estos intercambios que todavía se practican a pesar de los cambios introducidos no sólo por el contacto con los criollos colombianos y venezolanos, sino también por la influencia de los misioneros católicos que se instalaron allí desde 1957 (sic) (Morales E, Finol J, García N 2009, 6).

### 1.1.2 Estructura social

El pueblo Wayúu en su cosmovisión no se gobierna a partir de estructuras verticales como se conoce hoy en día a otras comunidades indígenas que fueron afectadas por la influencia de los españoles, no hay cabildos ni gobernadores. Si existen representantes indígenas son producto de la interacción necesaria con los *ahijunas*<sup>13</sup> por esto se crean asociaciones o juntas que se integran en los escenarios de participación política del Estado (Guerra W 2002, 69).

### 1.1.3 Parentesco

Los vínculos de parentesco en esta etnia están marcados por el linaje al que se pertenece; los Wayúu viven en rancherías conformadas por familias enteras que obedecen a una forma estructurada de organización.

Según lo presenta Morales, Finol y García:

Como todas las sociedades humanas, los Wayúu reciben los primeros elementos de estatus e identidad social por el parentesco. Un Wayúu sin parientes no es nadie, no tiene ninguna posición social, no tiene derechos ni deberes ni está relacionado con nada; en otras palabras, afirman los informantes, es como si no existiera. Es el parentesco lo que determina los modelos institucionalizados de relaciones sociales marcadas por el poder, la obediencia, los intercambios económicos, la cooperación, la solidaridad, etc. El parentesco permite regular las conductas y en consecuencia, regula la vida familiar y social (2009, 6).

#### 1.1.3.1 Matrimonio

La formación de la estructura familiar surge de un intercambio espontáneo entre clanes, según explica Germán Aguilar, abogado y palabrero que fue entrevistado para esta investigación:

---

<sup>13</sup> *Ahijunas* se refiere a los otros, diferentes al Wayúu, es persona blanca o civilizada, occidentalizada, pero también se predica de instituciones sujetos u objetos que no pertenecen a la etnia Wayúu, incluso en referencia peyorativa.

De fuera se puede ver como una compra, pero no se trata de eso, cuando en un clan hay hombres solteros se busca esposa para ellos en las mujeres jóvenes de otros clanes y en el momento de arreglar el matrimonio se da una “dote” que consiste en un acuerdo económico que el hombre soltero entrega al clan de la joven para el sostenimiento de la prole, es una garantía que se entrega a los tíos para administrar y reproducir el capital para que no pasen necesidades en el futuro, ahí va la educación y todo<sup>14</sup>.

Según la versión de Aguilar: “cuando un joven se interesa por una muchacha Wayúu debe pedirla a los tíos maternos no al padre. Anteriormente los mayores decidían el destino de la mujer sin consultar con ella, no existía el consentimiento era una unión por conveniencia, con el tiempo esto ha cambiado, en la actualidad la mujer decide, lo cual modifica la conformación tradicional de la familia Wayúu”<sup>15</sup>.

Explica Aguilar que los clanes al vincularse con otros a través del matrimonio lo que buscan es la preservación y el aumento del patrimonio, por ejemplo un tío se puede oponer a un matrimonio si ve que el otro clan está compuesto por personas que tienen fama de ladrones. Consideran que la sangre de un clan con mala reputación va a ensuciar la familia de la joven.

La constitución del matrimonio puede suceder de las dos formas, que sea él quien vaya al territorio de la mujer o, viceversa, que sea la mujer quien vaya al territorio del marido; aunque los hijos estén fuera del territorio de la mujer, sus tíos maternos siguen siendo responsables de los hijos de ella, de ahí el objetivo de la “dote” que garantiza la subsistencia y crianza de la prole.

Las investigaciones venezolanas sobre el rito del matrimonio ofrecen explicaciones desde el punto de vista antropológico y las conectan con la mitología de la etnia, así lo explican investigaciones hechas en Venezuela. (Morales E, Finol J, García N 2009, 554).

---

<sup>14</sup> Entrevista semiestructurada a Germán Aguilar, palabraero y abogado Wayúu. Ranchería Pesuapá, Manaure, departamento de la Guajira, Colombia, enero de 2011.

<sup>15</sup> Idem.



La vida social del Wayuú se organiza a partir de la estructura de clanes, que según el mito fundacional representan a todos los animales de su entorno: Los *ipuana* son representados por el águila, los *apshaná* por el samuro, chulo o buitre, la familia *Uliana* por el pájaro sinsonte, el conejo, tigre o gato; los *pushaina* por el cerdo o jabalí, hasta completar un veintena de clanes familiares que con el paso de las uniones se van mezclando unos con otros.

Como se ha dicho, la organización familiar del clan es matriarcal, de modo que si una mujer del clan *Ipuana* se une con un hombre del clan *Pushaina*, toda su descendencia deja de ser del padre y pasan a acrecentar el clan materno. El *alaiülaa* (tío materno primogénito varón) del clan es la persona en la que recae la representación ante otros clanes, existiendo marcadas diferencias sociales entre clanes justificadas en la riqueza y prosperidad.

Los parientes maternos se designan por la palabra *eirruku*, es decir son los parientes uterinos, “carne de mi carne”, y conforman el *apiüshi*, o linaje; mientras que los parientes del padre, que comparten la sangre pasiva que forma a los hijos, se les llama *oupayu*. Los parientes maternos *apiüshi* comparten obligaciones y compromisos considerados importantes, entre ellos los arreglos por agresiones sufridas o infringidas, y los arreglos por matrimonio (Morales, Finol y García 2009, 7).

### ***1.1.3.3 Importancia de los tíos (tailaiüla)***

El pueblo Wayúu está estructurado por matrilineajes, pero la representación del clan con otros clanes y con el mundo *ahijuna* la hace el mayor de los hermanos varones. Esta regla general determina todo el sistema de obligaciones y alianza entre su comunidad hasta el punto que para cobrar una venganza los clanes se piensan dos veces a quién atacar.

Aunque se debe respeto a los tíos maternos, también ocurre que dependerá de su liderazgo y riqueza, de si hay interés en recibir herencia o esta es muy cuantiosa. Las mujeres mayores tienen gran importancia, influencia y poder dentro del clan (Guerra 2002, 78).



#### **1.1.4 Conflictividad y contexto**

Tradicionalmente el pueblo guajiro es noticia por su proclividad a la violencia, al uso y tráfico de las armas, al contrabando de licor; así lo recogen los estudios de (Polo, J 2011) sobre los esfuerzos históricos del Estado colombiano de integrar por medio de la fuerza a esta comunidad.

En ese sentido sostiene el antropólogo Weidler Guerra Curvelo que pueden ocurrir fricciones entre grupos; por ejemplo por el permiso que diera el más antiguo en establecerse en una zona, a uno que viene desplazado por un conflicto o por la sequía y puede pasar que el nuevo grupo venga a fortalecer el clan o por el contrario a competir con él (2002, 90).

Las disputas suelen ocurrir por el control del territorio; los clanes conviven en rancherías, tienen corrales de ganado y viven del pastoreo, en época de verano hay más migraciones porque es necesario atravesar los predios vecinos a los ríos para conseguir abreviar el ganado (Guerra W 2001, 86).

##### ***1.1.4.1 Contexto normativo dado por la cultura***

Existe dentro de la visión del mundo del hombre y la mujer Wayúu una conexión y una explicación basada en los animales, las plantas y los fenómenos de la naturaleza, de modo que si su hábitat es un desierto es lógico que la lluvia (*Juyaa*) represente su mayor deidad.

##### ***1.1.4.2 Creencias***

El Sistema de creencias está determinado por los sucesos naturales y fisiológicos de la vida humana, el hecho de que el varón aporte su semen y la mujer su carne para el surgimiento de un nuevo individuo, y la sangre de la menstruación; viene a determinar el parentesco y las obligaciones dentro del clan (Guerra W 2002, 76). Hacen que de estas circunstancias surjan explicaciones y formas de organizarse socialmente.

Los principales acontecimientos dentro del sistema de creencias están relacionados con el nacimiento, la adolescencia, especialmente de la mujer, el matrimonio, y la muerte. Existen dentro de la tradición un conjunto de valores y principios que inspiran

una convivencia en armonía y paz, por lo tanto también existen reglas para mantener esa armonía que continuamente son el motivo o causa de la conflictividad.

Reconocen los integrantes de la cultura Wayúú, que sus tradiciones son abiertamente machistas, que mientras el hombre puede tener varias esposas siempre que los tíos de ellas acepten las dotes y consideren que viene de un clan sólido y con patrimonio, la mujer no tienen la opción de participar en la decisión de elegir esposo, debe consentir compartirlo con otras mujeres, no puede ser infiel y si lo fuera sería una falta muy grave.

Una “debilidad” de la mujer en ese sentido (es decir si se comprobara que ella fue infiel) puede ser cobrada por el marido al tío mayor, en este caso se recuerda cual fue la dote (por ejemplo cincuenta reses y cinco collares), y lo que la familia debe pagar es el triple de lo entregado. La norma social impone que una mujer infiel es internamente castigada con el despojo de todos sus bienes. Esta circunstancia ha venido a cambiar con el tiempo toda vez que ahora las nuevas parejas tienen mayores posibilidades de decidir, especialmente la mujer.

En estos problemas de matrimonio se busca un principio de respeto por los acuerdos; si por ejemplo el marido pega a la esposa o a los hijos, el tío o hermano de la esposa siempre cobrará por la sangre que de su familia se derrame.

Las tradiciones abiertamente asimétricas de la cultura Wayúú no tienen las mismas consecuencias que las de la cultura occidental, como quiera que una de las normas sociales es que no se debe derramar sangre; es decir, hay un mandato ético y no-violento según el cual no debe existir maltratos o lesiones, menos en contra de las mujeres. En el caso de violencia doméstica, los tíos maternos pueden incluso brindar protección y retirar la convivencia de la pareja.

#### ***1.1.4.3 Homicidio con violencia***

Como se mencionó, dentro de los principios de la sociedad Wayúú uno de los más importantes para mantener la cohesión del grupo es que no se debe derramar sangre. La sangre tiene una connotación sagrada, dentro de su visión de mundo es el aporte femenino y representa la vida en el momento de la fecundación y del parto.

Dentro de la tradición matrilineal y la conciencia de familia extensa, cualquier ofensa en la que se comprometa el derramamiento de sangre es una amenaza contra todo

el clan (Molina 2013, 5). Por lo anterior en los casos de homicidio se procura no culpar a alguien de manera precipitada, pues un error puede volver en contra (Guerra W 2002, 92).

El homicidio como en toda sociedad humana es la falta de mayor gravedad; y como tal se repara, para lo cual se debe analizar el perfil de la persona que muere, cómo en la ley occidental, no es lo mismo responder por el homicidio de una persona que trabaja, al homicidio cometido a un anciano, se calcula lo que la persona producía para la familia. Si muere un joven que era el mejor de la familia o quien en el futuro sería el *alaiülaa* su indemnización es mayor.

Ante la muerte violenta hay rituales, y son las mujeres del clan las que se organizan para celebrarlos; el principal consiste en amortajar a los difuntos, realizan un ritual que consiste amarrar los pies de la víctima con una cuerda roja para que el asesino permanezca en la zona, para ejercer la *ejittawaa* venganza o la búsqueda de una compensación; luego ellas cubren la sangre con ornamentos elaborados para esto y lo cargan al cementerio donde están enterrados sus familiares (Molina 2013, 6).

### **1.1.5 Contexto normativo dado por el intercambio**

Al paso del nomadismo al sedentarismo en el Wayuú acostumbró a fijar su territorio y hacer del desierto vastas zonas de pastoreo de chivos y ganado; al lado de la ranchería de un clan Wayúu hay un corral lleno de ganado, ese es su capital, el fruto de su trabajo y la representación de su esfuerzo para tener prosperidad; a mayor cantidad de animales hay mayor importancia social, más probabilidades de ofrecer dote para el casamiento de su prole y responder ante eventuales ofensas.

Durante la visita de campo fue sorprendente descubrir la importancia patrimonial que tiene ese corral de ganado adyacente a la ranchería, ese es el símbolo de riqueza y prosperidad, equiparable para el indígena que se volvió ciudadano a los conocimientos adquiridos por una carrera universitaria, las propiedades en finca raíz o los ahorros en el banco. Un corral con bastantes reses, bien cebadas y con crías es sinónimo de prestigio y reconocimiento.

Tradicionalmente esta comunidad se divide de acuerdo con los medios de producción pues si bien al interior del territorio la subsistencia deriva del pastoreo de reses, en las costas se deriva de la pesca en el mar y de la explotación de las salinas de Manau-

re, además de las actividades de comercio y recientemente en menor medida del turismo.

Pero algo que sí modificó la vida del Wayúu fue la economía; los holandeses colonizadores de las Antillas del Caribe promovieron el uso y tráfico de armas, una sofisticación que alteró el instinto guerrero de esta etnia acostumbrada a reivindicar con violencia lo que no era posible obtener por medio de la palabra. Los Wayúu pasaron del uso del arco con flecha envenenada al de la pistola con plomo, provocando así un aumento desproporcionado del uso de la fuerza.

Con los nuevos intrusos coloniales no todo fue nefasto, pues sin quererlo el tráfico de especies permitió la sobrevivencia alimentaria gracias a la introducción del chivo; probablemente sea el mismo de las montañas ibéricas, pero lo cierto es que este mamífero cambió las costumbres del pueblo Wayúu que, antes de la colonia, para obtener proteína en las épocas de extrema sequía lo hacía envenenando pequeños charcos de agua que luego los pájaros bebían y explotaban al volar.

La vida del Wayúu se hace al interior del clan pero el intercambio de bienes y servicios y los ritos especialmente los funerarios hacen que se organicen encuentros entre diferentes clanes. Lógicamente su interacción provoca conflicto, y esta interacción es la que condujo a la creación de un intermediario entre clanes que pudiera tener la sabiduría necesaria para gestionar acuerdos y llegar a establecer la paz después de ocurridos hechos conflictivos según la tradición y el sistema de creencias.

Para los Wayúu, como para muchas de las sociedades amerindias, su destino y su eficiencia social y cultural han estado ligados a la necesidad de cooperación de la parentela y a las alianzas establecidas entre los miembros del grupo (Morales, Finol y García 2009, 4).

La sociedad Wayúu entiende que la presencia de un conflicto además de perturbar la paz social y afectar la cotidianidad o manifestarse como la expresión de una necesidad humana en la vida de relación entre las personas, también compromete a la comunidad y el equilibrio dentro del sistema de creencias; por lo tanto se activan los mecanismos según los cuales es importante que la comunidad busque acuerdos.

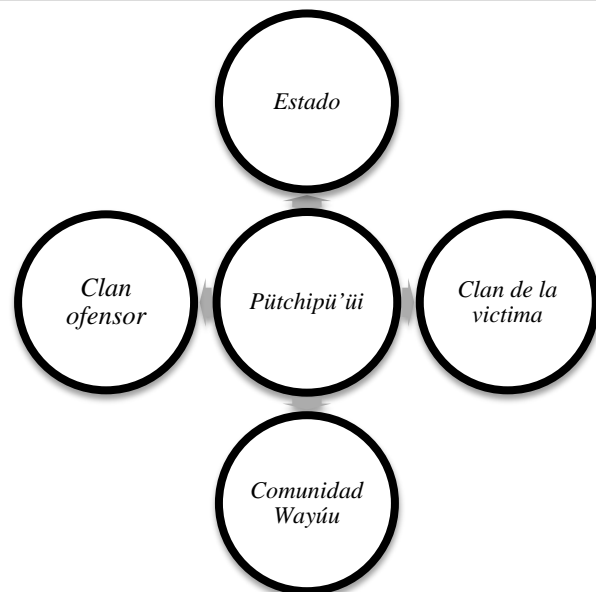
Los delitos ocurren en el seno de una comunidad contra miembros de la comunidad y en ese sentido el que se asuma la resolución como una rela-

ción entre el delincuente y la víctima con el acompañamiento de la comunidad es un procedimiento que facilita que el proceso resulte más eficaz en la sanción, por cuanto sensibiliza al infractor del dolor y los alcances de sus actos, ante tal sensibilización es muy probable que no reincida en los hechos y que además restablezca los vínculos con la comunidad (Britto D 2010, 19).

A diferencia de la propuesta moderna de Zehr y otros autores que promueven la *justicia restaurativa*, en el caso de la práctica Wayúu no hay reuniones asamblearias ni encuentros directos entre víctimas y ofensores, por lo menos no inmediatamente. Esto sugiere a los actuales responsables de procesos restaurativos que quizás los encuentros víctima ofensor no sean lo más adecuado cuando las ofensas son muy recientes.

## 1.2 Características de la institución que facilita los acuerdos

Llevar la palabra surge de la motivación de los clanes, el círculo de interesados se amplía; se involucra a la víctima y a los miembros de la comunidad lo anterior supone que estos procesos se den en sociedades no individualizadas solidarias o estructuradas. Se requiere que exista previamente unos mínimos de cohesión social (Zehr 2010, 18).



### 1.2.1 Orígenes y principios del *Pütchipü'üi*

Juancho *Epinayúú* (del clan representado por un ave conocida como tórtola o paloma guarumera) es el tío mayor de su familia, por lo tanto quien responde por los suyos y a la vez ha ejercido la función de palabrero intermediario. En su dialecto propio cuenta el origen mitológico de los conflictos y del *Pütchipü'üi*:

*Juyaa Diós de los Wayúu que es la lluvia un día le repartió a todos sus hijos una semilla de cada especie: frijol, patilla, melón, ahuyama, maíz, la cosecha del Wayuú. Los mandó a sembrar y con el tiempo mandó a probar con su mensajero, un águila grande parecida al cóndor. Juyaa recibió la cosecha y encontró que unos le habían dado la patilla más fea, entonces se dio cuenta que habían personas de mal corazón, pero también otro que no consultó a su mujer y mandó la mejor patilla. Allí está el origen de los buenos y los malos<sup>16</sup>.*

Mitológicamente el *Pütchipü'üi* tiene su origen en *Utta* [*Hypnelus ruficollis*] un pájaro con manchas en el pecho que parecen collares, por su comportamiento sirve de referente de armonía en la naturaleza. *Utta* fue el primer palabrero, su palabra debe ser bien clara como su canto, a cambio solo pide un *pagamento* en collares de *Tu'uma* (piedra preciosa de coral) (Guerra E 2002, 127).

### **1.2.2 Se pide la palabra sólo ante la certeza de un responsable**

En la determinación de la culpa, puede haber dudas, puede ocurrir el evento de la incertidumbre; cuando no se encuentra probada la responsabilidad o la participación de un miembro del clan en un hecho, en algunos casos se espera que el tiempo lo aclare todo, que alguien hable o diga la verdad o que se descubra, y en ese caso los responsables deberán pagar el doble de lo que comúnmente se paga por esa falta.

### **1.2.3 El El *Pütchipü'üi* o palabrero, su elección**

Dice el palabrero Germán Aguilar que los palabrerros se hacen desde niños, bien sea porque acompañan al padre o al tío materno que también lo sea, pero puede suceder que al niño no le guste ser palabrero como al niño que no le gusta estudiar; entonces es cuestión de vocación el niño de acompañar a sus mayores va escuchando y por el camino va preguntando sobre la forma como se consigue llegar a acuerdos, viendo cómo se planteó la situación, y así van creando una jurisprudencia, no tan estricta ni con pro-

---

<sup>16</sup> Transcripción de entrevista semiestructurada a Juancho *Epinayúu*, palabrero intermediario de su clan Wayúu. Ranchería *Pesuapá*, *Manaure*, departamento de la Guajira, Colombia, enero de 2011.

cedimientos como tal. Simplemente se analiza, se escucha, se desarrollan habilidades como la capacidad de persuadir, o identificar si se están diciendo mentiras o es verdad.

#### **1.2.4 Reconocimiento del palabrero**

Se escoge al palabrero dependiendo de la gravedad del caso. “El palabrero no se elige”, dice el palabrero Germán Aguilar en su entrevista: “ese término no existe, aquí se *reconoce* al palabrero”:

Si es por ejemplo un homicidio, algo muy grave, se procura que no sea pariente de los grupos afectados. El reconocimiento de un palabrero es medido por el calibre del conflicto, no todos se le miden al homicidio, porque debe salvaguardar y verificar si fue accidental o si verdaderamente hubo culpa, es dependiendo del problema que los clanes escogen o seleccionan al palabrero de la misma forma que el palabrero escoge si acepta o no el encargo de llevar la palabra.

La designación del palabrero se puede dar por la parte afectada o por el victimario si este es consciente que ha causado una ofensa y tiene temor de una represalia. Se escoge por el prestigio, si se sabe que es bueno en determinados problemas y su posible capacidad de interacción estratégica puede contribuir a un buen acuerdo. El palabrero se escoge para representar a todo el grupo, el tío materno es quien toma las decisiones. (Guerra W: 2002, 117).

#### **1.2.5 Aceptación o rechazo del encargo**

Para el palabrero la designación no es forzosa, también él decide si determinado encargo lo puede llevar, caso en el cual preguntará por las pretensiones, el monto de la solicitud y la cuantía del ofrecimiento, o por el contrario es mejor no que no lo intente, atendiendo a la valoración que hace del conflicto a las posibilidades que tiene de solucionarlo incluso al prestigio que este caso le dará como palabrero.

Los palabrerros se rechazan por falta de conocimientos de la propia comunidad, a partir del ejemplo de los mismos elementos culturales, el objetivo del *Pütchipü'üi* es

encontrar la razón, arreglarlo. El *Pü'tchipü'üi* no puede generar víctimas y debe evitar que el acuerdo se rompa por el orgullo de las personas.

### 1.3 Categorías o clases de palabreros

La institución del palabrero es solamente una, como práctica de justicia restaurativa y como medio de justicia entre los clanes Wayúu, cada caso en particular tiene condiciones concretas de intervención, sin embargo otros analistas hacen de esas diferenciaciones unas clasificaciones que en realidad no se encuentran tipificadas.

Existe el auténtico especialista en resolver disputas. Pero también está el mensajero o el interlocutor, que por lo general es el tío materno, que ultima detalles sobre la cancelación de alguna deuda, y debe ser un hábil orador y tener experiencia en el manejo de situaciones conflictivas: “Muchos palabreros se han iniciado en el oficio desempeñando funciones de *pú'chipala* en el seno de su propia familia extensa. Si han tenido un brillante desempeño, pueden ser solicitados para reclamar compensaciones materiales en nombre de otros grupos familiares involucrados en una disputa” (Guerra W 134) por esto es que hay palabreros especializados en un asunto de sangre y otros que acuerdan la dote de una novia.

Guerra Curvelo establece diferenciaciones entre el palabrero intermediario, mediador y árbitro: el primero se limita a transmitir los reclamos de la parte ofendida, no le está permitido apartarse de la voluntad de estas o proponer soluciones inconsultas, el segundo lo entiende como un sujeto que puede sugerir soluciones y el tercero, el árbitro, cuestión en la que se puede tornar el trabajo:

Según Soler citado por (Guerra W 2001, 138), “Cuando el palabrero es hábil orador, rico o persona de prestigio, es posible que sea más que un simple intermediario, pues la conciencia de su propia importancia puede llevarlo a realizar propuestas concretas que logren el fin de la pugna” pero (Guerra W 2002, 130) considera que: “En la medida en que el proceso se torna más complejo y se dificulta el acuerdo en las partes, el palabrero abandonará progresivamente su labor de intermediario y asumirá el de auténtico mediador que se esforzará, mediante un despliegue de recursos retóricos, por encontrar una salida pacífica a la querrela y así evitar el desencadenamiento de un enfrentamiento armado” (Guerra W 2002, 138).



Sobre la formación del palabrero, señala Guerra Curvelo en entrevista a palabre-ros lo siguiente. “Aprendemos a través de la observación y la experiencia de la palabra. Es algo que se transmite de generación en generación, no se requiere de escuela como la requieren los *ahijuna...*” (2002, 135-136)

En relación con los honorarios, los palabrerros reciben algunos emonumentos de- rivados de la entrega de la compensación que se ha pagado y obtenido en nombre del grupo reclamante, usualmente recibe la mejor res o algunas ovejas o cabras en pago. El recibir dinero es una práctica reciente: es difícil que se vuelva rico siendo palabrero, el tiempo dedicado a resolver los problemas de los demás hace que descuide su rebaño: “En realidad el beneficio más importante que recibe por una disputa conciliada es el aumento de su prestigio; su fama se extenderá por el territorio guajiro” (Guerra W 2002, 136).

### **1.3.1 Reputación del palabrero**

En estricto sentido hay un control espontáneo de su labor, en las comunidades indígenas las cosas las va acomodando el tiempo y la inercia; si el palabrero no hace bien su trabajo, perderá prestigio y reconocimiento y sus servicios no serán solicitados.

Si el palabrero incurre en delicadas faltas o perjuicios a uno de los clanes, su actuación compromete a su propio clan hasta el punto que uno de ellos puede *mandar la palabra* con otro palabrero y hacer responsable a su tío materno.

Si por el contrario el palabrero fracasa en su empeño este precedente será tenido en cuenta y su prestigio puede comenzar a disminuir. Por ello debe reflexionar cuidadosamente sobre la aceptación de la misión encomenda- da y evaluar sus reales posibilidades de éxito (Guerra W 2002, 142).

El palabrero también puede ser objeto de críticas encubiertas que deni- gran de su oficio, pues aunque revestido de prestigio, el palabrero es cri- ticado por su carácter andariego y en cierto modo irresponsable con su propios bienes, carácter que le lleva a ausentarse del hogar en tanto que su rebaño se encuentra la mayor parte del tiempo sin pastor (Guerra W 2002, 142).

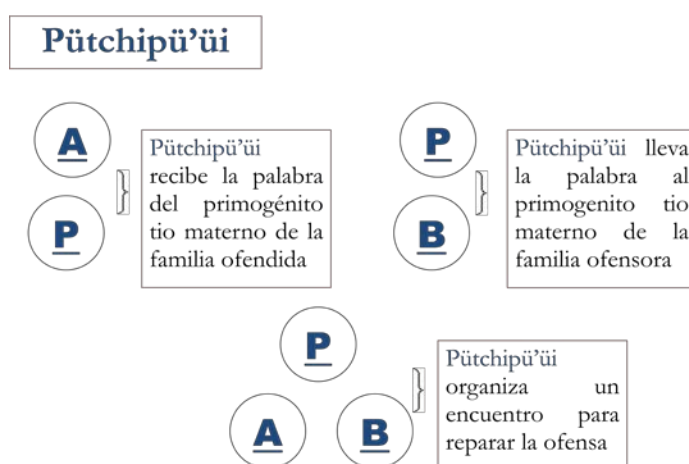
Principalmente la mala reputación se da por estar guiado por su propio interés, crear confusión entre las partes o provocar un agravamiento de las hostilidades (Guerra W 2002, 143).

## 1.4 Llevar la palabra, pútchi

Es la Institucionalización del conflicto en la sociedad de Wayúu, utilizan el término *pútchi* para significar que una disputa es llevada a la arena pública, para que un *Pütchipü'üi* escuche los argumentos de las partes que intervienen en una querrela.

Esta circunstancia es un acontecimiento muy importante en la vida de los conflictos, pues como se ha explicado en la teoría del conflicto en el capítulo primero, se trata del momento de la *institucionalización*, el deseo de hacer pública una situación incómoda que tiene pendiente una reclamación.

Este episodio en la vida social de toda comunidad es un hecho muy significativo pues es de las cuestiones que más integración social produce y que pone en funcionamiento estructuras superiores en la construcción social. La conversación con el abogado y palabrero Germán Aguilar contribuyó mucho a aclarar cómo es el funcionamiento de esta institución:



Gráfica: 53 Proceso de gestión del palabrero; elaboración propia

Dentro del acto de *pedir la palabra* el *Pütchipü'üi* no tiene atribuciones de juzgamiento; por ejemplo si los *arpushana* del clan que está en el sitio *pesuapá* llaman al

palabrero, el primer contacto que hace el *Pütchipü'üi* es decir a esa familia que se reúnan encabezados por el tío mayor materno; los extremos son colectivos, ni se individualiza la responsabilidad ni siquiera el palabrero habla con la persona que cometió la falta, es el tío el que organiza toda la familia.

El *Pütchipü'üi* controla los encuentros, pregunta si están contentos con el acuerdo, son varios viajes en los que se pregunta quien falta para llevar la palabra. El tío identifica a aquel que conserva mayor patrimonio, el más sensato de todos, el que tenga mayor garantía, que es también identificado por la familia agredida, por ser quien va a dar mayor garantía.

Porque no se pregunta quién es el asesino, se pregunta quienes son los asesinos involucrando al clan completo, es a todo el clan cuando internamente dentro se definen responsabilidades y se paga. Una vez se ha pagado, no se señala más a la familia en general sino que cuando se recuerda el suceso se mira al individuo.

El *Pütchipü'üi* persuade, aconseja, asesora, orienta y maneja la jurisprudencia es decir tiene el recuerdo de quien pagó una compensación y quien no, o cual fue el caso donde hubo ruina en una familia, por esto el *Pütchipü'üi* tiene la capacidad de generar confianza, es una garantía para quienes atraviesan un conflicto.

El *Pütchipü'üi* puede sentir que los acuerdos son injustos, entonces también podrá negarse a continuar con el caso, si bien dentro de sus responsabilidades está el ser neutral, no tomar decisiones en el acuerdo. También se dan casos en que no quiera continuar más el encargo al advertir que una de las partes ejerce una presión indecorosa frente a los otros.

Es en la interacción del palabrero con el contexto lo que define la manera como el palabrero conduce su labor, porque puede suceder que de las primeras versiones de las personas cuando tienen un problema sean un drama o puede pasar que un palabrero se exceda en sus facultades y juzgue antes de escuchar.

Por eso en el camino de las rancherías el palabrero debe pensar de buena fe, en que lo que le están diciendo es verdad, va pensando en las diferentes versiones hasta llegar a la verdadera razón, de lo contrario tiene que ser estratégico y convencer con el objeto de “limpiar”, dirían ellos en su lenguaje.

Sus estrategias son muy sutiles pero a veces muy efectivas cuando de componer un acuerdo se trata, ya que a veces en medio de tantas versiones contradictorias, apresurar un acuerdo sea lo que más conviene para facilitar a las partes desenredar todas las

contradicciones: -“vamos a hacer una cosa ni hallá ni acá, pero como ya estamos en esta reunión y en aras de limpiar las aguas porque ustedes no tienen tiempo de estar escuchando... hazle un regalito? A lo que el tío puede responder: -“saque diez chivos y entréguelos”, así mismo el palabrero va donde la otra familia y dice: -“aquí ofrecieron esto para limpiar...” un Wayúu cuando ya entra en razón suele empezar a elogiar al palabrero y decir frases como “por ser a usted yo voy a dar esto”<sup>17</sup>.

## 1.5 Extremos participantes

Cuando se hace referencia a la institución del palabrero, los extremos participantes son los clanes; pero especialmente son los matrilineajes representados por el tío materno:

El llamado a actuar cuando hay disputas o cuando se debe cobrar venganza por ser agredidos, o por el contrario cuando los miembros son objetivo de la venganza de otro matrilineaje ofendido son los llamados *apuchii* o matrilineaje local (Guerra W 2002, 75).

La reclamación se hace a los hermanos uterinos de la madre, que por lo general viven en un sitio diferente a donde se presentó la disputa, lo que ayuda a aliviar tensiones (Guerra 2002, 75).

Como se puede observar de la institución del palabrero y el contexto comunitario en que se desenvuelve, se está ante un proceso restaurativo en el que la comunidad participa en la gestión del conflicto, las redes se activan y los responsables de las redes se personan; Howard Zehr en su obra elemental sobre justicia restaurativa señala algo parecido (2010, 24).

La tradicional forma de resolver los conflictos entre los Wayúu tiene la ventaja de contar con una estructura familiar y una cohesión social que permiten activar las redes de manera inmediata; puesto que se trata de una sociedad que no conoce el individualismo, las responsabilidades no recaen en las personas sino en las instituciones

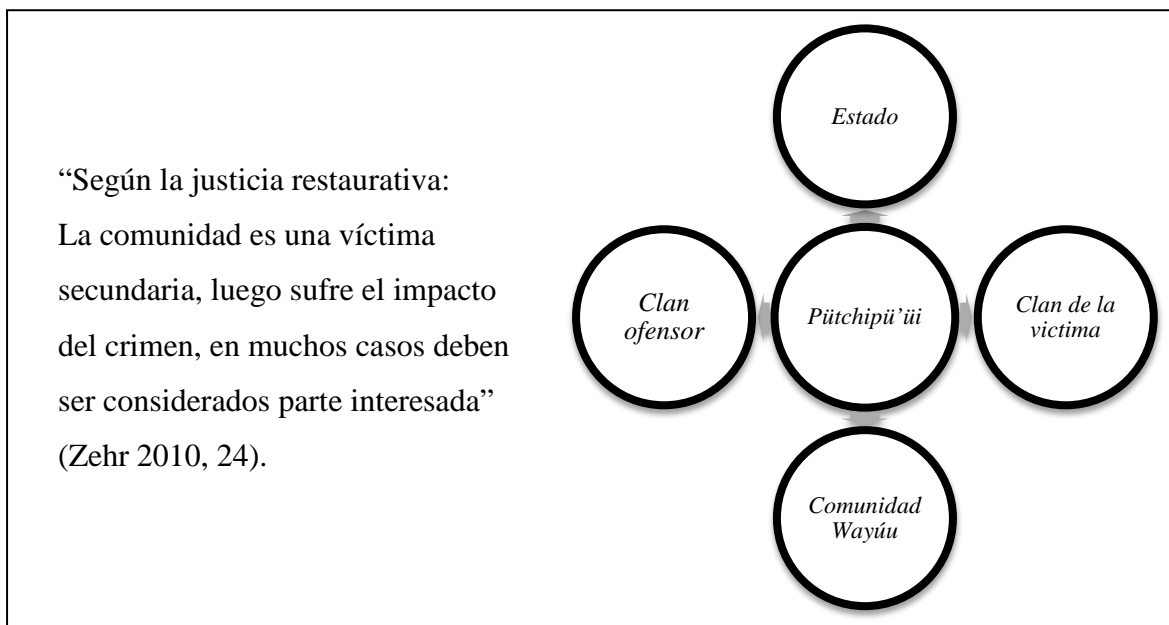
---

<sup>17</sup> Entrevista semiestructurada a Germán Aguilar, palabrero y abogado Wayúu. Ranchería *Pesupá*, *Manaure*, departamento de la Guajira. [disponible en anexo multimedia]. Colombia, enero de 2011.

familiares, las cargas de cuidado y responsabilidad de cada miembro son mayores puesto que su actuar compromete al grupo.

A continuación se examinará qué tratamiento ofrece a víctimas y ofensores esta institución del palabrero.

### 1.5.1 Tratamiento a la víctima



Se reitera que en este sistema de compensaciones las responsabilidades son colectivas, un extremo lo configura el clan a que pertenece la víctima y el otro extremo el clan al que pertenece el ofensor; esta estructura social hace que el sujeto responsable y víctima incluso los clanes completos no se enfrenten directamente, sino que es el palabrero el que atraviesa el desierto de ranchería en ranchería llevando razones. Solamente acercará a los responsables de cada clan en el momento del pago.

Es natural que la otra familia o clan ofendido no querrá ni ver al agresor, y verlo es también una ofensa, por eso los tíos en los encuentros recomiendan a sus hijos (que incluye a los sobrinos) no beber alcohol si está pendiente alguna ofensa, porque el indígena si no bebe *chirinche* (aguardiente casero) no es violento: -“los hechos nos lo han demostrado siempre; cuando hay hechos violentos suceden bajo el efecto del alcohol, es algo de convicción. Hay indígenas que en una conversación no dicen na-

da, lo que diga el tío, el alcohol sirve para que la gente hable más de la cuenta, pero también ocurre que hay indígenas que solo cuentan bajo los efectos del *chirinche* ahí si lo vomitan todo y de todos los colores (Aguilar, 2011).

Tal vez esta manera de llevar el proceso sea parte de la clave del éxito de la institución; después de cometida una falta u ofensa lo más racional es la gestión de la crisis, así lo entiende por ejemplo Galtung, J (2010) al presentar el Método *Transcend*. Lo menos aconsejable sería enfrentar a la víctima y al ofensor cuando los ánimos se encuentran a flor de piel.

Los ritos de purificación o blanqueo después de ocurrido un hecho trágico hacen parte de las tradiciones dentro de su cosmovisión y permiten entender y comprender el conflicto. A través de sus creencias, buscan conducir sus vidas hacia una armonía y equilibrio dado por la naturaleza y por explicaciones sobrenaturales por medio de las cuales resuelven enigmas y explican los comportamientos humanos y los fenómenos del mundo, un equilibrio construido en el discurso mítico, que a ojos occidentales pueden llegar a confundir. Pero se resuelven siempre preguntando el por qué y atendiendo a sus objetivos, por ejemplo el encierro como medio de protección tanto a las niñas en su paso a mujeres, el encierro a la víctima y la familia de la víctima como una forma de sanación y de apaciguamiento de los ánimos, el pago de una dote para el matrimonio, son instituciones que solo son posibles de comprender cuando se entienden sus orígenes y sus objetivos:

...este encierro, a diferencia del denominado “blanqueo” y al también encierro de los sueños, se trata de la purificación de una suciedad que se lleva en el alma (dentro del cuerpo, por lo tanto no se ve; pero lo domina), y la cual crea esencialmente un desorden social entre los Wayúu. Es entonces la función simbólica y referencia social de este rito lo que interesa, pues a través de esta acción es cuando se le consigue la solución a un grave problema, el cual es atendido bajo la cosmología mitológica Wayúu impregnada en su estructura social (Molina F 2013, 3)

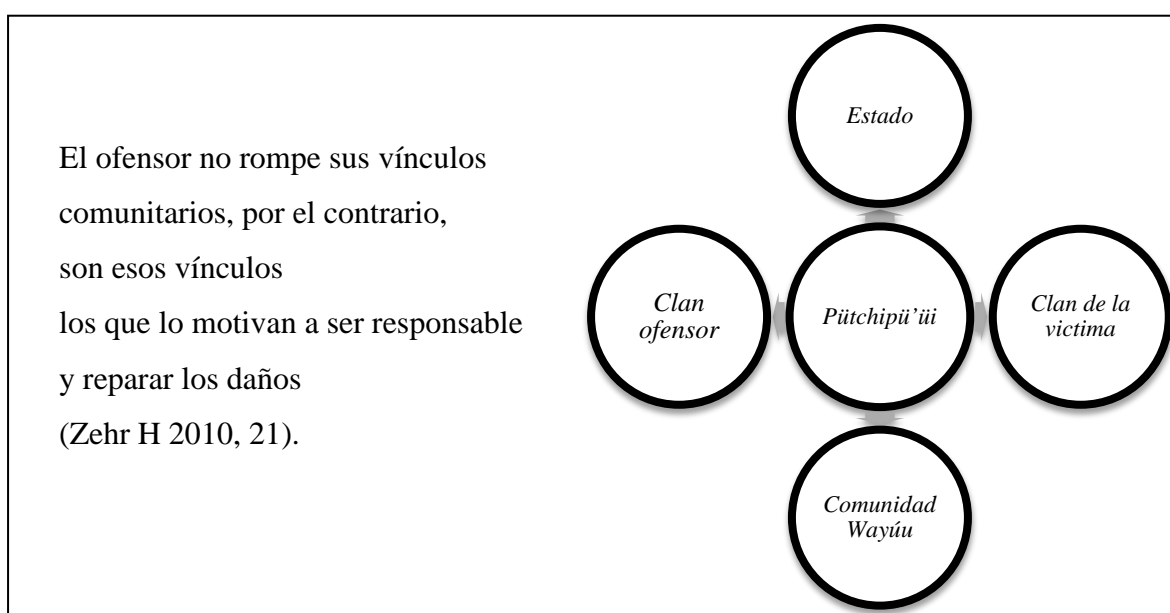
El sistema de creencias y la conformación social a través de los clanes hace que se logre durante el proceso restaurativo que las víctimas no pierdan el control de su vi-

da, su cuerpo, sus sueños o sus propiedades, arrebatados por lo dramático del crimen o situación. Así lo menciona (Zehr H 2010, 20) dentro de las características de lo que se entiende por justicia restaurativa.

En la gestión de los conflictos a través del palabrero se cumple otra de las características propuestas por (Zehr H 2010, 18): “Todos los involucrados en un proceso restaurativo tienen un rol o papel de intervención asignado”; en efecto dentro de cada clan participan activamente los tíos, las mujeres y el compromiso del clan en general, incluso los demás miembros del clan contribuyen a mantener calmados los ánimos y no incitar a provocaciones para evitar el escalamiento de los conflictos.

A medida que el palabrero celebra reuniones con los extremos se va construyendo una narración y se va llegando a la verdad y con ellas, las justificaciones del actuar de ofensor y las razones de sus actos o sus disculpas son transmitidas a la familia de la víctima. Este hecho de responder a las inquietudes de las víctimas respecto de la verdad de los hechos es un elemento fundamental dentro la prácticas restaurativas a las que se refiere (Zehr H 2010, 19), porque el proceso recupera la memoria por medio de la narración.

### 1.5.2 Tratamiento al ofensor



Los tíos internamente dentro de su clan pueden hablar con los familiares que han cometido la falta, se puede decir que dentro del clan es el tío el que toma decisiones de juzgamiento. Existen castigos que el tío ejecuta, como el despojo de la herencia patrimonial; si el caso es extremo lo pueden sacar a otro territorio Wayúu pero dentro de su habitad, por ejemplo de Rioacha Colombia se envía a Maracaibo en Venezuela, que trabaje y desde allí envíe dinero para que su familia responda por la ofensa; no se trata de un destierro pues la nación Wayuú traspasa las fronteras.

Puede suceder que un miembro de la familia sea el que siempre cometa las ofensas a otros clanes, como robar ganado por ejemplo; la familia entonces puede retirar el apoyo a esa persona, dejarle sin apoyo en medio del desierto es ponerlo a vivir en condiciones muy difíciles. Entonces el miembro del clan que se comporta mal ya tendrá que pensar en marcharse para otra ciudad o en mejorar su convivencia si quiere recuperar el apoyo de su familia.

Ahora bien, si una persona pierde el apoyo del clan viene a intervenir la justicia ordinaria o, lo que es peor, los clanes ofendidos pueden disponer de su vida. Aún en este caso extremo lo común en esta práctica es que se evite la alienación social que sufre el ofensor cuando enfrenta un proceso judicial y la pena de cárcel, cuestión a la que se refiere (Zehr H 2010, 21).

Decir que surge de parte del ofensor el reconocimiento de *responsabilidad* como propone (Zehr H 2010, 20) no es tan exacto en las costumbres Wayúu; esta aspiración exige una máxima virtud de ciudadanía que no todos tienen y que en este caso no ocurre. Pero como en muchos procesos en los que se hacen las paces, para el Wayuú cuesta mucha dificultad aceptar la responsabilidad: al principio de la gestión no existe la palabra “disculpa” a lo máximo que puede llegar a decir es “por ser usted yo le voy a reconocer”.

El *Pütchipü’üi* debe luchar hasta salvaguardar un buen arreglo, utiliza la influencia de otro dentro del clan pero no se puede retirar de su trabajo sin hacer un intento. Además la función del *Pütchipü’üi* no es punitiva sino reparativa, no juzga pero concilia; de esta manera ofrece al ofensor la posibilidad de conectar con la responsabilidad y no con el castigo (Zehr H 2010, 21).

Para ilustrar con un caso se preguntó a Germán Aguilar ¿Qué pasa con el padre Wayuú que no paga los alimentos? Según su ilustración la responsabilidad de alimentar



a un niño recaer en la madre y en sus hermanos, no necesariamente en el padre; es una responsabilidad colectiva, el niño es de la mujer, el tío responde por los hijos de sus hermanos, y por eso la palabra sobrino no se considera, ya que son hijos todos los niños de sus hermanos; por lo tanto, es responsable en alimentarlos porque la idea es fortalecer el clan.

Lo primero es verificar si la familia es de Wayúu con *Alijuna* es ese caso se debe atender a lo que diga también el ICBF (entidad nacional encargada de la protección y bienestar de la familia), también hay que ver cuál fue el acuerdo al que se llegó en el momento del casamiento. La familia del hombre soltero debe ofrecer una dote para casarse, un capital consistente en collares, chivos etc., con el fin de garantizar el sostenimiento de la prole.

Puede ocurrir que algún Wayúu intente reclamar alimentos para los hijos ante las comisarías de familia, por lo que es necesario revisar cuales fueron los compromisos a la hora del matrimonio para que no se vaya a cobrar doblemente algo que en la tradición jurídica Wayúu ya está compensado.

En el caso de los problemas relacionados con el matrimonio, hay palabreros especializados que saben tratar ese tema, en ese caso se trata de establecer el cumplimiento de las obligaciones de dar y recibir el alimento para los hijos o de establecer el cambio de corral de los animales para donde vaya a vivir la familia.

#### ***1.5.2.1 La mujer protagonista de la recuperación del ofensor a través del rito del encierro***

Como se aclaró desde el principio la institución del palabrero es un sistema de compensaciones entre clanes, se asume una responsabilidad colectiva, donde son los varones los que tienen la vocería externa, los tíos maternos y el palabrero. Internamente existe para el individuo causante de la ofensa la *Asilajawaa*, una especie de “tratamiento” que pasa por una temporada de encierro en la que la mujer principal del clan habla y hace reflexionar, se imparte dieta blanda y se ejecutan una serie de ritos nocturnos y diurnos que se mantienen hasta cuando un sueño revelador de la anciana le permita suspenderlo.

El rito del encierro es sin duda uno de los elementos que muestran cómo esta sociedad a pesar de coquetear y asimilar nuevas pautas y exigencias

ajenas a su campo social, crea a la vez, otros recursos que potencian el valor y la legitimidad de sus valores simbólicos frente a la manera de enfrentar sus articulares circunstancias” (Molina F 2013,9)

El individuo responsable de hacer pagar a su clan una compensación es condenado internamente a trabajar para pagar los gastos de la compensación; en algunos casos dentro de la ranchería y en otros casos debe cambiar de residencia. Por ejemplo. se traslada de Colombia a Venezuela, debe permanecer donde otros parientes del mismo linaje y allí debe trabajar y enviar dinero o bienes que ayuden a recuperar económicamente a la familia de la compensación.

El *Asülajawaa* es considerado como un proceso terapéutico o rito de curación, puesto que se necesita del encierro temporal y espacial para enfrentar los males espirituales, que a su vez pueden causar males colectivos en los Wayúu dentro de su sistema de creencias. Es por ello que estos tipos de “enfermedades” o contaminaciones espirituales son tratadas como graves, por provenir del mundo de las deidades o figuras mitológicas (Molina F 2013, 9).

Lo anterior se logra gracias a que el Wayúu depende mucho de su red familiar, no es un ser individual, es imposible serlo porque el guajiro es de donde están enterrados sus muertos; puede estar muy lejos incluso en otro país, pero estará atado por sus muertos al mundo Wayúu.

#### ***1.5.2.2 La mujer y la gestión de los conflictos***

Desde la mitología el rol de la mujer en esta sociedad es destacado, la visión del mundo se compone del aporte masculino y del aporte femenino. En todas las cosas están presentes estos elementos y su existencia está interpretada con su aporte.

Internamente dentro del clan las mujeres tienen una importancia muy especial, en ellas recae la responsabilidad de la formación intelectual del conocimiento que se aprende de manera oral desde las abuelas a los niños. Las niñas al tener su primera menstruación comienzan un periodo denominado de *encierro* en el que la joven no ve la

luz del día y es preparada para la maternidad, entonces aprende a tejer y recibe unos ritos de iniciación.

“Ella puede apagar el fuego o prenderlo” dice Guerra Curvelo, no participa en la guerra, por tanto no es objeto de violencia, aunque excepcionalmente puede verse afectada. En época de enfrentamiento ellas son las encargadas del intercambio comercial y de proveer víveres a los hombres, incluso licor.

La opinión de las mujeres es muy importante en privado, se escucha internamente dentro del clan, tanto que llega a tener influencia sobre los tíos ascendientes mayores. Las mujeres portan los collares de piedras preciosas, heredados de sus antepasados, son ellas las que se desprenden de estos bienes materiales, muy cotizados en la cultura Wayúu, para pagar compensaciones (Guerra W 2001, 121).

En las conversaciones con el palabrero las mujeres deben guardar respeto y prudencia, pero su actuación es estratégica y suelen usar la ironía y defender a los de su grupo en conversaciones informales. (Guerra W 2001, 123).

Mujeres palabreras no existen, pero mujeres que resuelvan conflictos si pueden existir; para participar en la decisión o hacer una intervención estratégica al interior del clan, pero en la cultura Wayúu no podría llevar la vocería entre clanes. Ante el trabajo de un palabrero las mujeres pueden escuchar la reunión pero no intervenir; si ellas quisieran hacerlo pueden apartarse y hablarle al tío que es quien tiene la vocería.

Afirma Guerra Curvelo que algunas desavenencias dentro del vecindario pueden ser conciliadas por mujeres, incluso solicitar indemnizaciones por causas leves. Pero en el proceso de urbanización de la cultura Wayúu se destacó aisladamente el caso de mujeres como auténticas mediadoras de disputas de carácter intra étnico e inter étnico.

De hecho las oficinas gubernamentales han incorporado mujeres como interlocutoras de los conflictos; al participar la mujer se considera que se apartan del protocolo tradicional Wayúu incluso ellas han llegado a redactar actas de conciliación o adjudicación de fianzas para sancionar futuras apuestas (Guerra W 2002, 138).

## 1.6 Las compensaciones

Hablando de las compensaciones con Germán Aguilar manifiesta que lo primero que hay que ver es cuántos chivos hay en el corral y si con ello se puede reparar: es una costumbre que ésta sea la unidad de medida de la compensación; entre los miembros del clan incluso entre allegados surge un efecto característico en la sociedad Wayuú, el ser solidarios y entregar lo que tengan para poder reparar con su patrimonio.

Incluso se paga con lo máspreciado que son los collares que llevan las mujeres mayores y que pasan de una generación a otra, que son hechos en unos cuarzos rosa y corales, llamados; *Tu' uma*, *Karuneeta*, *waliriün yaa*, *wouwouyaa*, *aliitasii* algunos de ellos encontrados en enterramientos, otros han pertenecido a sus ancestros, se recibieron como parte de una dote o se recibieron como pago de anteriores compensaciones (Gueerra W 2002, 129).

Si lo que se entrega como compensación, lo llevado por la familia del victimario pueden ser 20 o 30 chivos más seis collares es algo que la familia ofendida recibe pero no es algo para gastarse o venderse, máxime si se trata de un muerto; esos animales entregados como compensación deben permanecer en el corral y dar crías, es intocable como si estuviera sacrificando el muerto mismo, se reparten al más responsable de la familia para que lo cuide.

El recuerdo de lo compensado es algo que el Wayuú no olvida y que se tendrá en cuenta en una futura compensación; ¿cuánto me toca pedir? es como la jurisprudencia de los occidentales, para que luego no se vaya a pedir más de la cuenta, ese es el control colectivo que tiene la institución.

El chivo es la unidad de medida para un acuerdo; si en el mercado uno cuesta \$50.000 se pedirá el equivalente en pesos colombianos, o bolívares venezolanos o sus equivalentes en trueques. El palabrero también debe consultar la capacidad del clan para responder a una ofensa, es cuestión de equidad.

De hecho ese esfuerzo económico inclusive sirve al palabrero para persuadir y convencer para que la familia ofendida acepte el monto de una indemnización, si le pide que se pongan en el lugar de esa familia que también tiene hijos que alimentar y que a pesar de esto tiene que responder por una ofensa.

También se responde de acuerdo al daño causado; si por ejemplo se trató de un accidente de tránsito, el automóvil o su equivalente en dinero será lo primero que se entrega para responder, cuando es homicidio será el arma homicida,

Cuando los familiares se reúnen para determinar cuánto es que se va a pedir por un daño, el *Pütchipü'üi* hace la consulta sobre las pretensiones de los afectados y se analizan las posibilidades de responder dependiendo de si se cuenta con ganado o con salarios, no se le podrán pedir mulas a quien no las cuida. Por eso también a veces se les pide al otro clan traer lo que puedan recoger a manera de trueque.

Este aspecto de las compensaciones es uno de los más característicos de un proceso restaurativo, porque además de existir una indemnización, el clan ofensor entrega elementos simbólicos de valor incalculable; de ahí que se configure otro de los elementos mencionados por la literatura de justicia restaurativa: “Existe restitución o reivindicación mediante elementos simbólicos que son importantes para las víctimas para aliviar la sensación de injusticia (Zehr H 2010, 20)”.

### **1.6.1 La amenaza de la gestión violenta, de lo autocompositivo a la autotutela**

Si el *Pütchipü'üi* no logra llegar a acuerdo, puede darse el caso que al interior del clan exista alguno que no lo acepte, aunque siempre se busca el consenso y el *Pütchipü'üi* persuade a los mayores, puede que no haya acuerdo o el reconocimiento sea parcial. Entonces habrá algunos que quieren la guerra, pero eso sí, el día que alguien del clan afectado llegué a matar a otro, después no se puede venir a reclamar dice Germán Aguilar.

Esta es una especie de autotutela que es además muy violenta y que genera en la población mayoritaria la idea de que los Wayúu son personas muy peligrosos y en permanentes guerras y confrontaciones, lo cual es parcialmente cierto, pues se logra comprobar que sin el sistema de compensaciones los clanes no podían sostener la armonía necesaria para mantener los equilibrios y la cohesión social.

Además de la opción violenta en todos los grandes municipios de Colombia y Venezuela existen las autoridades del Estado que también ejercen jurisdicción y mantienen un control cuando las autoridades tradicionales no logran establecer acuerdos.

## 1.6.2 La Guerra

Afirma Germán Aguilar que ante las posiciones caprichosas para el acuerdo del *Pü'tchipü'üü*, se entiende tácitamente que puede dar vía libre a los clanes para proceder a la guerra, no pagar una ofensa da pie a invadir el corral y tomar los animales, o asesinar a cualquier varón del clan; por eso cuando se está intentando una compensación a través del palabrero todo el clan debe estar informado.

Las mujeres son sagradas y ellas nunca pueden ser objeto de una venganza; pero participa en la guerra indirectamente, recoge información y sirve de “espía” ellas son quienes tienen el contacto con la sangre, por lo tanto recogen a los heridos y cubren con una tela el rostro de los hombres muertos. Ellas recogen a los hombres caídos en una refriega y dan sepultura. Ellas tienen contacto físico con los cadáveres. Si los varones lo hacen pierden el valor necesario para proseguir la lucha (Guerra W 2001, 124).

Tampoco el padre puede disponer de sus hijos en la situación más extrema que es la guerra, por cuanto sus propios hijos son responsabilidad de los tíos, ellos los pueden obligar a defender el clan. Se han dado casos en que el padre no quiere que sus hijos participen en una guerra, entonces puede pagar parte de la compensación para evitarlo.

En el sistema de creencias hay rituales para fortalecer a los guerreros y disminuir mediante conjuros las malas intenciones de los enemigos, la adivinación para establecer el día propicio para un ataque, los amuletos para la buena puntería con las armas (Guerra W 2002, 120).

## 1.6.3 La justicia ahijuna

Para la comunidad Wayúu es suficientemente claro que la institución del palabrero es exclusiva para asuntos entre clanes, cuando se trata de conflictividades con sujetos diferentes a los de la étnia, la relación jurídica cambia y se aplica el derecho mayoritario según la estructura del conflicto que compromete cada caso.

Hoy en día, cuando los conflictos entre Wayúus tienen una relevancia que escapa a la interrelación entre clanes, se ven involucradas hasta las instituciones como la oficina de asuntos indígenas; además ocurre que muchos Wayuú ya no viven en rancharías sino en el casco urbano de las ciudades, este cambio de entorno hace que su manera de responder ante los conflictos también cambie. No es con chivos como un clan res-

ponderaría si sus miembros viven en la ciudad, ahora tendrán que recoger en dinero su equivalente entre toda la familia.

Dependiendo del lado de la frontera en que se encuentren, la cultura Wayúu soporta el peso del derecho mayoritario occidentalizado, de Colombia y de Venezuela; afortunadamente la incapacidad e ineptitud institucional de las dos naciones ha hecho posible que este sistema de compensaciones ancestral perdure entre los Wayúu, especialmente en tiempos en que las legislaciones consideraban a los indígenas como sujetos incapaces de comprender la ilicitud occidental y el derecho.

De otra parte; así como al derecho indígena le cuesta reconocer un sistema individualista de derechos, en el derecho de los pueblos indígenas no es posible considerar la conducta antijurídica como dentro de un compartimento estanco, así lo explica Mauricio Villegas, pues para estas comunidades la norma social y la norma jurídica no están separadas, además su trasgresión afecta en simultánea otros espacios,

Contrario a lo que piensa Josep Tamarit (2012); en su obra *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, explica:

Existe el riesgo de que la justicia restaurativa sea utilizada como argumento para legitimar el regreso a las formas de justicia comunitaria incompatibles con los derechos individuales. La aceptación de las manifestaciones de justicia indígena compatibles con los derechos fundamentales puede justificarse por una voluntad de reconocer la diversidad cultural y puede y constituir una buena ocasión para elaborar programas de justicia restaurativa en los que se plasmen los aspectos positivos de la justicia comunitaria y de la justicia penal estatal utilizando los recursos propios de cada ámbito geográfico y cultural. Una evaluación de esta clase de experiencias puede aportar elementos para una mejora de los sistemas de justicia (Tamarit 2012, 23).

## 1.7 Justicia ancestral de las comunidades indígenas

Para contextualizar brevemente la relación histórica entre prácticas ancestrales de justicia indígena y su relación con el Estado se presenta a continuación una referencia histórica general.

La investigadora Érica Guzmán de la Universidad de los Andes, en su trabajo sobre la legislación indígena desde la colonia (s.f), demuestra que los indígenas vieron afectadas sus formas tradicionales por una justicia que combinaba la tradición católica del control social a través de la evangelización y la represión, con escasa regulación del Estado.

Anterior a la independencia, las normas que regían a los aborígenes eran las mismas de España; seguramente eran tantas las vejaciones en contra de los indígenas, que se promulgaron normas que explícitamente ordenaban: “no dar azotes a los indios, no tratarlos como perros y llamarlos por el nombre” (Guzmán E sf).

Lentamente se destruyeron las estructuras sociales aborígenes, se juntaron unas comunidades con otras y se crearon nuevas instituciones con denominaciones como resguardos o encomiendas, términos que aún hoy en día se utilizan para referir cuestiones de la organización social indígena. Así lo deja ver el investigador (Polo J 2011) en su análisis sobre la historia de los pueblos aborígenes.

En 1542 la legislación de indias se mostraba en apariencia pluralista considerando que “En los conflictos entre indígenas se aplicarían los mismos usos y costumbres; siempre que no resultaren claramente injustos”, cuestión que Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas en su clásica obra: *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia: análisis sociológico* (2001) consideran como la excusa perfecta para que ese nuevo derecho mayoritario se olvidara del derecho indígena (Santos B, Villegas M 2001, 63).

Posteriormente en tiempos de la fundación de las repúblicas, la inspiración liberal de la Revolución Francesa, condujo a la creación de un tipo de Estado que garantizaba las libertades individuales, sustituyendo la visión colectiva del derecho de indias, el primer código penal que data de 1823 proclama la igualdad de todos, cuestión que en apariencia garantizaba los derechos de los indígenas por hacerlos parte de la Nación, destruía su estructura tribal que no se acomodaba a un modelo de sociedad Estado semejante.



La entrada en vigor de nuevas normas penales en el año 1890 confirman la desestructuración de parte de las organizaciones aborígenes; a pesar de la estructura republicana la Iglesia mantiene su tarea de evangelización y conversión de los indígenas, tanto que se pueden clasificar entre salvajes, semisalvajes y civilizados, a la vez que permite a los cabildos sancionar internamente las faltas morales y sustrae de su competencia los delitos que deja al conocimiento de las autoridades nacionales (Guzmán E sf).

Fueron las autoridades eclesiásticas quienes a través de las misiones impusieron determinando orden social y desprendieron a los aborígenes de sus tradiciones por varios medios; de hecho ante la comisión de un delito era un atenuante para el indígena el estar “civilizado” y aprendido a vivir de acuerdo con las pautas cristianas.

En 1912 a pesar de la igualdad promovida por la inspiración de los derechos del hombre y del ciudadano, surgió la teoría del libre albedrío y con ella la interpretación de que el indígena carecía de ello, por tanto no era aplicable la Ley penal; cuestión que por influencia de una comisión italiana, cambio en 1936 a decirse que el indígena tenía una incapacidad semejante a la de los menores de edad cuando este cometiera un delito y no estuviere civilizado (Guzmán E sf).

Así, como inimputables fueron considerados los indígenas por los jueces y antropólogos que trataron de hacer esquivas las normas punitivas occidentales a los indígenas; algunos quedaron sujetos a lo que internamente disponían las autoridades indígenas, otros asuntos quedaban en la impunidad y otros probablemente fueron causa de más violencia (Santos B, Villegas M 2001, 67).

### **1.7.1 Constitucionalismo y justicia ancestral**

Pasaron 450 años de civilización para que el derecho occidental reconociera que las naciones son pluriétnicas y multiculturales, y que por tanto en virtud de esa circunstancia tenía diversas formas de gestionar sus conflictos, Así fue como rápidamente y sin la influencia de dogmatismos del derecho europeo, en la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991 los delegados indígenas Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry participaron para que se reconociese su tradición jurídica como una jurisdicción especial” (Santos B, Villegas M 2001, 67).

Una década más tarde y solo por citar un ejemplo de cientos, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia determinó con respecto a la inimputabilidad del indígena lo siguiente:

El concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades (*Sentencia C-370/2002*).

La discusión constitucional de los límites de la jurisdicción indígena impuestos por la interpretación del poder judicial a través del máximo órgano de control constitucional estableció en su última jurisprudencia relacionada con el fuero lo siguiente:

Configuración de los requisitos necesarios para la aplicación del fuero indígena (i) El elemento personal exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena.... (ii) El elemento territorial establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, el cual no solamente se agota en una acepción geográfica, sino que además se puede extender donde la comunidad indígena despliega su cultura... (iii) El elemento institucional u orgánico indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad... (iv) El elemento objetivo se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria...” (*Sentencia T-921 de 2013*)

Luego de veintidós años la Corte Constitucional continúa desarrollando los derechos de los pueblos indígenas. En esta oportunidad aprovecha la revisión de esta tutela para determinar los requisitos constitucionales del fuero indígena.

El celo por la unidad jurisdiccional y la tutela judicial efectiva se mantiene; se puede afirmar que ese monismo jurídico permanece, solo que ahora se reconstruye para defender el pluralismo y relativismo jurídico. Aunque suene paradójico, las altas cortes, específicamente la Corte Constitucional por medio de la acción de tutela de los derechos de los derechos fundamentales y de la acción de constitucionalidad se ha pronunciado en cientos de oportunidades para proteger a las comunidades e individuos indígenas.

En palabras de la antropóloga Esther Sánchez se trata de un cambio extraño, que hace que los derechos de los indígenas terminen litigados ante la Corte Constitucional en fin de cuentas hegemónica y parte del derecho mayoritario (Sánchez E 1998,170).

El buen ejemplo de Colombia en 1991, sirvió para que el resto de países del área, actualizaran los textos constitucionales (Colmenares R 2004)<sup>18</sup>, sacrificando el monismo jurídico de Kelsen por el relativismo cultural, pero manteniendo el monopolio de la violencia legítima, de la producción oficial de normas y de la interpretación constitucional, cediendo eso si terreno a la posibilidad de la gestión de los conflictos que como en este caso se da por medio de un sistema de compensación único y paradigmático.

---

<sup>18</sup> Cita a Vicente Cabedo Mallol en su obra: *Análisis de las Constituciones de Latinoamericanas*. En: *Constituciones, Derecho y justicia en los pueblos indígenas de América latina*. Lima (Perú), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002 p. 95 y ss. Según el cual promulgaron constituciones con principios de pluralismo Jurídico Paraguay en 1992, Perú en 1993, Bolivia 1994, Ecuador 1998 y por último Venezuela en 1999. En todas estas constituciones se reconocen el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial indígena, a la vez que se establecen unos límites al ejercicio de la misma, previendo la aprobación de una ley de coordinación y/o compatibilidad entre la jurisdicción estatal y la indígena.

## **2 Tribunal de Aguas de Valencia, España.**

En la comunidad de Valencia, España subsiste la institución de justicia más antigua de Europa; se trata de un tribunal de regantes con competencia exclusiva para dirimir todos los asuntos relacionados con el uso adecuado del agua que se distribuye a través de un antiguo acueducto romano que data del siglo XI, riega las regiones más apartadas del cauce original del río Turia y logra hacer fértiles los inmensos valles de la región.

Arroz, cítricos, trigo, olivos y una infinidad de alimentos son producidos en grandes cantidades, todo gracias al aprovechamiento extraordinario de un recurso finito esencial. La fecha del acueducto se conoce con certeza pero la del Tribunal que gestiona los conflictos es un misterio descifrado gracias a los rasgos que hoy en día están presentes en la tradición.

El Tribunal de Aguas de Valencia es un paradigma de regulación de regadíos en España, pero no es la única institución de esta naturaleza, pues desde siempre en regiones como Andalucía, Murcia o los Pirineos se reguló por medio de comunidades de regantes la distribución y aprovechamiento de las aguas para fines agropecuarios.

El principal objetivo es investigar las razones de éxito y perdurabilidad del funcionamiento de esta institución, e identificar los elementos que hacen posible esta organización de ciudadanos que gestionan una categoría especializada de conflictos, articulada desde el momento en que surgen los problemas hasta la ejecución de las sanciones, sin la intervención de las autoridades administrativas o judiciales del Estado.

Las noticias más destacadas que se tienen sobre el origen del Tribunal se obtienen a través del jurista e historiador Vicente Giner Boira, quien fuera asesor durante 30 años del Tribunal, en 1953 publicó la obra “El Tribunal de las aguas de la vega de Valencia” y promovió en escenarios internacionales este modelo para la distribución de las aguas. También de la obra del catedrático de derecho procesal Víctor Fairén Guillén quien desde 1960 describió el funcionamiento del Tribunal en términos jurídicos.

## 2.1 Contexto

No es posible decidir si el Tribunal subsiste porque las continuas reformas jurídicas del Reino de España garantizaron su permanencia, o subsiste por los innegables méritos de su eficacia a pesar de las continuas reformas. Lo cierto es que la historia de las instituciones jurídicas podría demostrar cómo en aras de fortalecer los Estados Nación, de mantener la unidad jurisdiccional y garantizar la tutela judicial, se destruyeron importantes estructuras ciudadanas que como esta gestionaban conflictos.

La romanización del Valle de Palancia ocurre en el siglo II AC, la obra de ingeniería hidráulica se supone legado de su administración y se garantizó su continuidad bajo la dominación musulmana donde según Vicente Giner Boira (1953) adoptó las características con las que hoy se conoce, sobreviviendo a la conquista de Valencia por el Rey Jaime Primero de Aragón en el año 1238. Ese Rey liberó a Valencia del dominio musulmán, se caracterizó por sus cualidades de legislador pues los fueros de Valencia, sus Leyes y Ordenanzas son de alto reconocimiento, y perduraron en el Reino, hasta cuando las ideas absolutistas de los franceses, traídas por la dinastía de Borbón, las superaron.

De toda aquella legislación modelo y ejemplar sólo queda el Tribunal de Aguas. Su organización netamente popular, impresionó de tal manera al Rey que en su fuero XXXV confirma todos los privilegios que gozaba en tiempos de los árabes. Y así, por esta disposición Real, llega intacto este el Tribunal extraordinario. Lo llamamos extraordinario porque la justicia árabe se administra por un solo Juez, nunca por la reunión de varios, es decir por Tribunales. Desconociéndose exista otro como éste que no es unipersonal (Giner V 1953, 8).

El fin del Tribunal de las Aguas de Valencia se vio llegar ante la hegemonía de nuevos sistemas jurídicos; del ideario de la revolución Francesa que afectó la tradición absolutista española, pero también lo fueron su sustitución ya que las Cortes de Cádiz en 1812 promulgaron la primera constitución que desarrolló el principio de *Unidad Jurisdiccional*.

Así que en paralelo a la historia del Tribunal de Aguas de Valencia es posible contar la génesis de la administración de Justicia en España, al tiempo evidenciar el

asombro de su supervivencia a través de la influencia de todo tipo de organizaciones políticas, movimientos de unificación del siglo XIX, monarquía, república, guerra civil, dictadura, democracia y hasta la Unión Europea fueron conato de desaparición de este modesto tribunal de regantes.

Lo cierto es que la Constitución española de 1978 en su artículo 125 constitucionalizó este tipo de justicia comunitaria; garantizando que: “los ciudadanos pueden participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado en los procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”

Esta redacción del texto constitucional se debatió en la discusión del constituyente español, y se origina en la defensa que hicieron en las Cortes los juristas valencianos de su tribunal de regantes, que además ha servido de ejemplo para la institucionalización de otros instrumentos legales que regulan a otras comunidades de regantes del reino (Plaza J 2007).

Es el Tribunal de las Aguas de Valencia una extraordinaria excepción al principio de unidad jurisdiccional, una demostración de gestión del conflicto gestionada por ciudadanos que brinda tutela efectiva, seguridad jurídica, garantía en el reparto de bienes comunes.

## **2.2 Orígenes y principios**

Cuenta Vicente Giner Boira que fuera de las pruebas documentales que hablan de su origen árabe, existen otros elementos que así lo confirman: Uno de ellos es el hecho de reunirse en la puerta de la catedral de Valencia; en el lugar que hoy ocupa el templo metropolitano se alzaba la mezquita mayor de modo que al consagrarse ésta como templo cristiano, no podían entrar en él quienes no estaban bautizados. Menos aún los musulmanes, y por esta razón el tribunal se reúnen en la puerta de la iglesia.

Otro de los detalles que hacen pensar que esta institución fue usada por los moros, es el hecho de sesionar los días jueves, en horas de la tarde. Según la tradición mahometana el día viernes equivale a domingo para los católicos y el día o jornada comienza cuando el sol está en el cenit (Giner V 1953).

Otro elemento que denota el origen musulmán es que anteriormente el presidente del tribunal daba el uso de la palabra señalando con el pie, la ubicación del tribunal

permite que las personas miembros de él pueden verse de cuerpo entero, por lo que se deduce que este detalle hace parte importante de la oralidad del proceso y es un gesto tradicional de la cultura musulmana (Giner V 1953).

Sin corroboración histórica documentada, se puede inferir que esta institución es producto de los desarrollos romanos en tiempos de su conquista sobre la península ibérica, teniendo en cuenta que su razón de existir es la administración del recurso hídrico que circula por el milenario acueducto romano que fue construido para aprovechar las fértiles tierras del valle del río Turia, especialmente para los tiempos de sequía, donde la escasez del recurso precipitaba la proliferación de conflictos.

La comprobación histórica de la presencia romana en esta zona de la comunidad de Valencia se documenta en los hallazgos arqueológicos de la zona que hablan de la construcción de villas y acueductos pequeños, no pudiendo afirmar que en estos tiempos se organizará una institución para administrar el recurso hídrico, con las características que se encuentran documentadas de la época islámica que es como hoy en día se le conoce.

Para los árabes la justicia se administró por medio de jueces singulares, no conocieron la idea de cuerpo colegiado pues así está formado el Tribunal es extraño este modelo para el mismo escenario judicial del mundo árabe, pero hay elementos que permiten concluir el origen o adaptación de este Tribunal a la civilización musulmana (Pérez R 2006).

El funcionamiento del Tribunal está basado en los principios de la solidaridad y la equidad, por cuanto el bien tutelado es la paz entre la comunidad de regantes y las posibilidades de que el recurso sea aprovechado por la mayor cantidad posible de ellos.

### **2.3 La comunidad de regantes**

Es increíble la obra de ingeniería hidráulica sobre la que está montado el sistema de riego; de una serie de acequias mayores, se reparte el agua hasta el último campo de la vega valenciana (Giner, V 1953, 10). El conjunto de tierras que a través de toda la red de acequias pequeñas perciben el agua de una de las acequias madres, constituye y conforma una comunidad de regantes. Esta organización es poseedora del caudal de agua que tiene la acequia como dotación.

La comunidad de regantes designa una junta administradora que se renueva periódicamente cada dos o tres años. Por cada brazo del río se nombra al jefe de la junta llamado *Síndico* por medio de elección popular entre los comuneros, es un liderazgo rotativo y que en pocas ocasiones son reelegidos.

Para ser síndico de la acequia el requisito principal es ser propietario, que trabaje la tierra directamente, no pueden ser los jornaleros, las ordenanzas se refieren a sus calidades como “honrado labrador de buena fama” factor que garantiza la *autóritas* cada Síndico de la acequia ocupa dentro del Tribunal de las aguas el cargo de juez-síndico (Fairén V 1988, 149).

Los Síndicos tienen derecho a remuneración por las dietas del tiempo empleado en las diligencias y desplazamientos para la administración de este bien común, por franquicias de derecho de cequiaje y por la participación en el importe de las penas, nunca por la participación en el juicio de los jueves. (Fairén V 1988,148)

También existe la figura del *alguacil*: es un vocablo árabe que significa intermedio entre la autoridad y el pueblo. Esta figura existe en los ayuntamientos y juzgados, y en el Tribunal de aguas cumple la funciones que se describen en el procedimiento establecido.

## **2.4 Contexto normativo comunitario**

Como se mencionó, desde la época del Rey Jaime I, la fórmula para la distribución de las aguas fue que todos los regantes “comuneros” de una acequia son propietarios en común del caudal de su dotación. Pero cada uno tiene derecho al agua que le corresponde en proporción a la tierra que posee.

Es decir, el agua está unida a la tierra, sin que se pueda separar de ella; quien vende la propiedad de un campo vende con el derecho al riego y al agua de que es partícipe, sin que en forma alguna pueda reservarse la propiedad de esta, que por disposición Real queda ligada a la tierra. (Giner V 1953, 10)

Las comunidades de las acequias se rigen por viejas Ordenanzas que fueron transmitidas de viva voz por los árabes y conservadas así hasta principios del siglo XVIII en que hubieron de ser escritas para poder lograr la ratificación que les dio el rey Felipe V (Giner V 1953, 10).



El uso del acueducto está determinado por estas ordenanzas que con el paso del tiempo han terminado reguladas por escrito y que permiten mantener la memoria y los principios normativos que permiten el goce del bien a todos; el principio más importante es que no exista desperdicio de agua y que el descuido de uno de los regantes no afecte la cosecha del otro.

A partir de ahí se desprende una serie de obligaciones para los regantes y una serie de procedimientos que permiten la organización para el funcionamiento y las garantías de las reglas de juego para todos, aspecto muy destacable a la hora de proponer una figura semejante en otro contexto, pues se piensa que una institución ágil en su procedimiento, administrada por legos es exageradamente informal y descuidada en las formas.

Nada más alejado de la realidad, pues tanto el funcionamiento del acueducto y el del propio Tribunal de Aguas contiene un sistema de normas naturales de gran legitimidad que todos acatan, respetan y, lo más importante, tienen institucionalizadas.

#### **2.4.1 Conflictividad asociada a la comunidad de regantes**

Los conflictos que conoce el Tribunal suelen estar basados en hurto de agua, especialmente en tiempo de escasez, por la rotura de muros o canales a lo que se llama en lengua valenciana *margens*, por echar el agua al campo vecino *sorregar* dañando la cosecha con el exceso de agua, por alterar el turno de riego, tomando agua el día que no toca, por no hacer mantenimiento de la acequia, especialmente por estar llena de malezas que impiden el tránsito, por levantar la *parada* afectando el turno de otro regante y haciendo que lo pierda. (Giner V 1953, 14).

### **2.5 El Tribunal**

El Tribunal lo conforman ocho síndicos que representan cada una de las acequias del río Turia; de la orilla izquierda son: Rascaña, Mestalla y Tormos; de la derecha: Rovella, Favara, Cuart, Benacher, Faitanar y Mislata.

Para elegir presidente entre ellos mismos designan a uno, si es de la margen derecha el vicepresidente será de la margen izquierda y viceversa.

## **2.6 Grado de Institucionalización**

La autoridad del Tribunal es inmensa entre todos los regantes; superior tal vez al respeto que nos puede merecer e Tribunal Supremo de la nación. Pero nace además de su antigüedad, de la realidad de no haberse conocido jamás partidismo alguno en sus sentencias. Y del hecho que hasta los síndicos pueden ser juzgados por el Tribunal. (Giner V 1953,16)

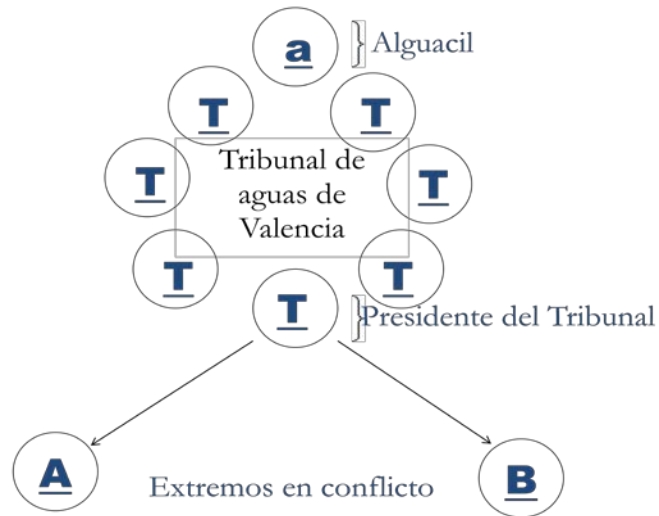
El sitio de reunión era la mezquita mayor, donde se erigió la catedral católica que conocemos actualmente, es de suponer que el tribunal funcionó dentro del templo, pero tras la derrota de los árabes fue sacado a la puerta obedeciendo a la razón de que era necesario que los musulmanes no conversos pudiesen ser juzgados sin entrar al templo cristiano. Toda vez que gran parte de ellos continuaron labrando la tierra (Pérez R 2006).

El día de reunión del Tribunal son los jueves que para el calendario de los musulmanes representa el día anterior al descanso, como también lo es la hora de inicio de sesiones, pues guarda la tradición árabe según la cual el día comienza cuando el sol está en el cenit, tal como sucede en nuestros días, el Tribunal inicia sus labores después del mediodía. Los fallos están basados en una serie de ordenanzas que establecen las multas (Pérez R 2006).

### **2.6.1 Extremos participantes**

Los integrantes del Tribunal son miembros de la comunidad de regantes que en su propio idioma (el valenciano) discuten una a una las quejas de los afectados por sus vecinos. Está compuesto por representantes de todos los sectores del acueducto divididos en cada uno de los siete brazos del río; el presidente escucha al alguacil quien es la persona encargada de corroborar los daños causados al acueducto y a los predios de los afectados. Una vez escuchadas las partes se toma una decisión colegiada que se dicta de forma verbal e inmediata.

## 2.6.2 Procedimiento



Gráfica: 54 Proceso de gestión del Tribunal de las aguas; elaboración propia

Funcionamiento del Tribunal: a la persona denunciada se le cita por el guarda de la acequia para que comparezca el siguiente jueves inmediato, si no comparece se le vuelve a citar por dos veces más, y si no comparece a la tercera, la denuncia se da por admitida en todas sus partes y consecuencias, se le juzga y condena en rebeldía (Fairén V 1988).

Sentados los Síndicos-jueces en sus sillones, el alguacil del Tribunal solicita del presidente la venia para iniciar las citaciones, y, concedida, con voz fuerte llama públicamente: «¡denunsiats de la acequia de Quart!», a su llamada acuden, denunciadores si los hay, el guarda de la acequia nombrada y el denunciado” (Giner V 1953, 13).

El presidente del tribunal, al dar el uso de la palabra, lo hace mediante el lenguaje no verbal, señalando con la punta del pie a quien tiene el uso de la palabra, otro elemento que quedó en desuso pero que habla de una característica típica de la comunicación en el mundo musulmán.

Los casos se van atendiendo según el orden de las acequias, comenzando por la primera, la de *Quart* hasta la última que es la de *Robella*. El trámite de cada juicio es completamente verbal, los hechos son presentados por el propio denunciante o en su

defecto por el respectivo guarda de la acequia, posteriormente el denunciado se defiende, puede llevar testigos o aportar pruebas en su defensa como la inspección ocular.

El presidente y los miembros del Tribunal pueden hacer las preguntas necesarias para informarse sobre el caso, sin más trámite y en presencia de los interesados el Tribunal delibera y sentencia. Como garantías de imparcialidad el Síndico de la respectiva acequia sobre la cual se discute el asunto, no participa de la deliberación y la sentencia es propuesta por los síndicos de la margen contraria, dicho en otras palabras si la discusión versa sobre un conflicto causado en la margen izquierda, quienes proponen el fallo son los síndicos de la margen derecha.

El fallo finaliza con un ritual proferido por el Presidente del Tribunal “*Este Tribunal li condena a pena y costas en arreglo a ordenances*” Es de aclarar que el tribunal solo condena o absuelve, corresponde al síndico aplicar el castigo estipulado en la ordenanza.

El fallo es de única instancia por lo tanto es inapelable.

El Tribunal es oral y público, ninguno de ellos escribe por cuanto no hay mesa y el cuerpo colegiado puede verse cara a cara y de cuerpo entero, sobre este detalle me referiré más adelante en el análisis desde la resolución de conflictos.

Técnicamente la competencia para ser juzgado por el tribunal de aguas surge desde el mismo momento en que se tiene la categoría de “aforado”, los extremos involucrados en el conflicto conocen quienes son sus jueces, pero no toman parte en la decisión por cuanto es de carácter “heterocompositivo”.

### **2.6.3 Sanciones**

El sistema de sanciones es lo que hace del Tribunal un modelo de cumplimiento de sus decisiones pues la máxima sanción es la suspensión del agua por un tiempo determinado además de las costas en dinero que deben correr por cuenta del declarado responsable.

Pero su *autoritas* permanece incólume con el paso del tiempo y gracias a su tradición. El Tribunal de Aguas es un paradigma de sistema jurídico endógeno administrado por ciudadanos.

### **2.6.3.1 Naturaleza de la decisión**

El Tribunal de Aguas de Valencia, emite una sentencia de carácter imperativo; la condena aún se fija en una antigua moneda medieval llamada *Lliures* o libras valencianas que equivale a 15 reales de plata o tres pesetas con setenta y cinco céntimos. También era tradición cambiar la condena por media libra de dulce, que en la edad media era tan escaso que se vendía en las farmacias (Giner V 1953,15).

Se considera importante la referencia al cambio de moneda sobre el cual se hace la sentencia, esta cita es del año 1953, fecha en la que la moneda oficial de España era la peseta, hoy a partir del primero de enero de 2002 la moneda oficial es el euro.

### **2.6.4 Relación con la justicia ordinaria**

No existe relación con la justicia ordinaria; hay un grado de autonomía social que Boira define “Hemos de hacer resaltar que cuando ha sido necesaria la presencia del denunciado ha bastado la simple citación del guarda para que el denunciado comparezca, sin que haya sido preciso jamás acudir a la fuerza pública para traer ante el Tribunal a algún infractor”(Giner, V 1953). Este es un detalle más del respeto y autoridad que tiene sobre todos los regantes de la huerta.

## **2.7 Contexto normativo del mercado**

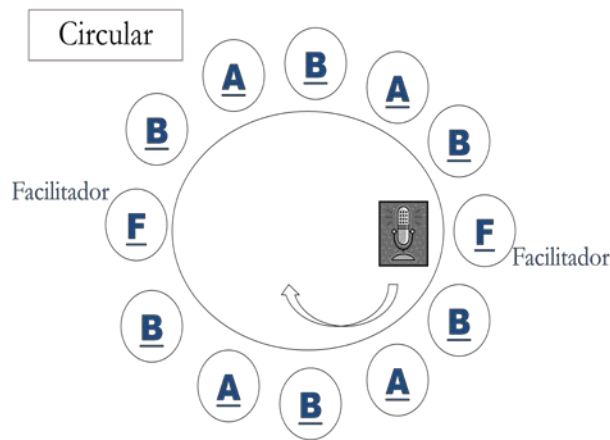
Una de las cuestiones más destacables del análisis de esta práctica es que la Institucionalidad del Tribunal de Aguas se encuentra atada a otras instituciones de la cual depende como eslabones; pues la naturaleza de este Tribunal surge en la medida que hay una estructura económica basada en la administración del bien común, el agua.

Los economistas son quienes hacen caer en cuenta de esto, pues la sociedad actual lentamente está reemplazando la estructura y administración de bienes comunes por un sistema de mercado más individualista e impersonal en el que desaparecen el aprovechamiento colectivo de bienes como la pesca, el aire, la energía del sol, las semillas, o el agua, a todos estos elementos les comienza a aparecer formas diferente de apropiación y de explotación indiscriminada. (Capel H (2003).

La sobreexplotación de los recursos naturales se ha criticado tanto a comuneros como a quienes se están apropiando de ellos, tanto que se hizo clásica la obra que publi-

cara Garrett Hardin (1968) *La Tragedia de los Comunes*, donde se señalaba a ellos como los principales perpetradores.

### 3 Sistema circulares de Canadá



Gráfica: 55 Proceso de gestión del sistema circular; elaboración propia

Los aborígenes que habitaron Canadá desarrollaron una técnica de gestión de conflictos basada en el dialogo, apoyada por dos facilitadores y la ayuda de un amuleto que en el caso de ellos es la pluma de un ave que es entregada a los intervinientes en el conflicto como señal de oportunidad para empezar a hablar durante un tiempo determinado, sin ser interrumpidos por los demás participantes y hasta tener la oportunidad de ir rotando el amuleto de manera que todos hablan mientras los demás escuchan.

Esta metodología de gestión de conflictos genera un efecto de comunicación sorprendente, especialmente en conflictividades de orden comunitario con la interacción de un número muy amplio de involucrados. Hecho que llamó la atención de los investigadores y académicos que desarrollaron las modernas teorías de Justicia restaurativa en Canadá y que permite actualmente un tratamiento diferente a la judicialización de asuntos criminales, de aborígenes de Canadá como de nuevos colonizadores.

## **4 Instituciones ancestrales de Latinoamérica**

Juristas dedicados a la investigación socio-jurídica en la década de los noventa, dentro de los cuales se destacan Edgar Ardíla o Rodrigo Uprimny Yepes, hacían visible la justicia comunitaria como una nueva categoría. En sus trabajos se planteaba la necesidad de rescatar y adaptar prácticas sociales a las actuales vicisitudes de la justicia: “las propias comunidades han creado, en muchas ocasiones, mecanismos ingeniosos y muy eficaces para resolver sus problemas” afirmaba refiriéndose con algunos ejemplos como las “rondas campesinas” de Cajamarca Perú, creadas como una reacción organizativa para evitar el robo de ganados y transformadas con el tiempo en una institución que resolvía toda serie de asuntos vecinales (Uprimny R 1994, 75).

También menciona las Favelas de Brasil como ejemplo de este tipo de justicia, las cuales fueron estudiadas etnográficamente por Boaventura de Sousa Santos, allí las organizaciones de vecinos estructuraron un sistema de gestión de conflictos que ofrecía más confianza que la justicia del Estado (Uprimny R 1994, 75). También cita el investigador, los jueces de paz de Perú, las experiencias de los Consejos Comunitarios Mayores de las comunidades afrodescendientes que habitan la costa pacífica colombiana y el palabrero Wayúu. (Uprimny R 1994, 76).

### **4.1 Comunidades africanas en el pacífico colombiano**

Contexto:

Los descendientes de africanos que pueblan hoy los litorales del mar Pacífico y Atlántico de Colombia; llegaron forzosamente desde el año 1689 cuando los conquistadores españoles penetraron las cuencas de los ríos a los que dieron el nombre de San Juan y Atrato para explotar el oro y la madera. Eran víctimas del mercado de esclavos que provenía internamente de Cartagena de Indias y del Valle del Cauca, de allí fueron metidos a la fuerza como servidumbre.

Pero abolida la esclavitud en 1851 los afrodescendientes una vez libres ocuparon inmensos territorios que compartieron y disputaron con las comunidades indígenas, hasta poblar las selvas del Chocó por medio de los afluentes que desembocan en las costas del océano pacífico hasta Ecuador:



El fenómeno de los palenques (poblados de negros que escapaban a la esclavitud y resistían el hostigamiento militar español) también se dio en la costa Pacífica. Los asentamientos de este tipo más conocidos son el que existió en las cercanías de Tadó; el llamado Palenque del Castillo en el valle del río Patía, y la República de Zambos en la provincia de Esmeraldas, Ecuador (Tamayo J 1993).

Estas comunidades de *Cimarrones* se constituyeron sin influencia ni proximidad de las normativas republicanas; por lo apartado e inaccesible fue imposible la presencia del Estado, no contaron con mayores referentes culturales de civilización occidental, salvo los misioneros católicos que influyeron en la evangelización. Ellos habitaron y se apropiaron del territorio selvático, demarcado por los ríos que sirven de límites fronterizos y rutas de acceso.

Con los elementos del entorno, las tradiciones indígenas, africanas y coloniales desarrollaron su propia cultura expresada en organización patriarcal, ritos para el nacimiento y la muerte, música de percusión muy elaborada a partir de instrumentos contruidos con maderas finas, formas de preparación de los alimentos, medicina tradicional por medio de plantas curativas y demás elementos que permitieron la supervivencia en un medio adverso.

Esta comunidad basó su estructura en círculos familiares, asumieron formas de organización dependiente de la autoridad que residía en los varones más ancianos, fueron generando estructuras de poder y organización en lo que denominaron posteriormente como *consejos comunitarios menores* a su vez constituyeron una estructura de segundo nivel encargada de los problemas entre Consejos Comunitarios, llamada *Consejo Comunitario Mayor* que sirvió de interlocutor con el Estado nacional y Local.

Hoy en día esta estructura social gobierna la vida de medio millón de afrodescendientes que habitan las zonas de selvas, ríos y océano más apartado y atomizado del país. Se formalizaron a la fecha 176 Consejos Comunitarios Mayores conformados por 1.454 Consejos Comunitarios Locales que involucran más de 75.000 familias afrocolombianas.

Estas comunidades se dedicaron a subsistir el día a día, viviendo de la explotación de la madera, la minería del oro, pesca, caza y la agricultura. Los recursos selváticos son cada día más escasos y codiciados por empresas extranjeras dedicadas a la economía extractiva, de modo que estos habitantes han tenido que oponer resistencia, y

ahora son custodios de una de las zonas con mayor cantidad de minerales forrada por un manto de biodiversidad considerada una de las más grandes del mundo.

Sobre los Consejos Comunitarios pesa hoy en día la responsabilidad de gestionar los *derechos de consulta previa*<sup>19</sup>, proteger los medios de subsistencia, cuidar el territorio de la mano de colonos como los cultivadores de palma africana que arrasan selva para desarrollar producción industrializada que funciona bajo esquemas de acaparamiento. También pesa la responsabilidad de proteger ambientalmente la explotación de madera y oro.

#### Conflictividad:

La función de los Consejos Comunitarios se orienta a representar y organizar la vida comunitaria dentro de la cual se incluye la gestión de los conflictos que suceden en todos los entornos sistémicos.

Pero la labor más destacada de esta institución fue la efectuada en relación con el hábitat; durante más de una década, posterior a la ley 70 de 1993 para la titulación de más de 4'015.515 hectáreas en las costas del Pacífico, de esas más de 2'200.000 en el Chocó, que antes el Estado central había declarado como bienes baldíos de la Nación, pero que ante la ocupación no tuvo más remedio que aceptar la posesión y tenencia de la tierra que fue asentamiento de todas muchas generaciones de afrodescendientes que pisaron suelo desde el siglo XVII hasta nuestros días. Era una labor muy difícil pues fue necesario definir los linderos de cada familia extensa, lo que implicó procesos de negociación que duraron muchos años, pero de los cuales se logró una distribución pacífica de estos bienes comunes sin enfrentamientos entre familias.

Hoy en día esa propiedad es colectiva; los consejos comunitarios tienen la posibilidad autónoma de explotarla económicamente, haciendo protección del patrimonio ambiental, sin posibilidad de enajenar el suelo, solo transmitirlo de generación en gene-

---

<sup>19</sup> El artículo 6, inciso 1°, literal a) del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta previa en los siguientes términos: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;|| b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”

ración. Así también se reservan los derechos de explotación artesanal del oro, pues hay familias que tradicionalmente han aprovechado los cortes de mina y su descendencia puede dejar de explotarla pero reclamar el derecho si decidiera regresar después.

La historia se repite con otros matices en este complejo Chocó Biogeográfico, en zonas como Riosucio donde el movimiento de la madera es a gran escala, se han realizado acuerdos avalados por CODECHOCO entre algunos Consejos comunitarios menores como San José de Balsa, Varsovia, Bocachica y Teguerré en la zona de Cacarica y la Empresa Maderas del Darién, en los cuales la empresa facilita a los campesinos los medios (maquinaria, motosierras, remolques) para que exploten la madera de sus territorios y después la negocien con ellos. Con esto la empresa maderera se lava las manos de depredador y aparece " haciéndoles el favor " a las comunidades que son las que talan los Bosques (Díaz G 2003).

Las amenazas al ecosistema y a la forma de vida tradicional de estas comunidades son constantes y de suma gravedad: las empresas multinacionales apelan a todas las formas de manipulación para quedarse con la explotación de los recursos madereros y auríferos, del patrimonio biológico, del suelo para sembrar palma de aceite. La delincuencia organizada para el control de los cultivos de coca, de las rutas fluviales para el mercado de cocaína y de armas, todos los males que amenazan el vínculo indisoluble entre la cultura ancestral afrocolombiana, la indígena y el entorno que aunque sobre expoliado desde siglos anteriores aún queda patrimonio por defender.

Las anteriores amenazas son una guerra declarada a la incipiente institucionalidad comunitaria de los afrodescendientes, supera el poder y la mística de los Consejos Comunitarios y afecta gravemente la convivencia, tanto que pueblos enteros han sido desplazados y muchos de los miembros de la comunidad afrodescendiente es víctima de la violencia y el desplazamiento forzado según los informes de la CODHES (PNUD, ACNUR 2012).

Los Consejos Comunitarios Mayores y Menores prefieren mantener las competencias relacionadas con la conflictividad transigible o de libre disposición, de los conflictos relacionados con el sistema cultural colectivo, la titulación de la propiedad y la protección ambiental. Lo anterior demuestra que las sinergias con el derecho del Estado son indispensables que no pueden existir competencias exclusivas y autónomas en ca-

beza de particulares y que es posible coordinar competencias que permitan la sobrevivencia de expresiones culturales y formas especiales de subsistencia.

Características de la institución (principios):

Antes de la constitución de 1991 los consejos comunitarios surgen como una necesidad organizativa, medida que surgieron sus problemas fueron incorporando funciones. Resultó una experiencia de justicia comunitaria de carácter endógeno pura, hasta cuando la asamblea nacional constituyente declara los derechos de las comunidades negras y ordena el reconocimiento como etnia con un tratamiento especial acorde con su situación y reivindicaciones.

Los Consejos Comunitarios asumen la personería jurídica de la comunidad y por tanto son corresponsables de la gestión de los recursos naturales, lo que los hace muy frágiles desde el punto de vista organizativo porque en muchos casos son juez y parte; sus relaciones son clientelares y su vínculo con las instituciones del Estado es complejo entre autonomía y dependencia.

Son los mandatos legales los que convierten a los consejos comunitarios de comunidades negras en el máximo ente de gobierno interno y por ende es competente para la toma de decisiones en todo lo relacionado con la administración del territorio y sus recursos naturales dentro del ámbito de su jurisdicción.

Estos hechos, complejos y cotidianos ya en las zonas rurales y selváticas del Chocó son el resultado de la aplicación de la ley 70/93 considerada la principal reivindicación étnica, política y social de las comunidades negras de Colombia y en especial del Pacífico, que diez años después de expedida comienza a mostrar sus frutos en cuanto al reconocimiento de los negros como grupo étnico y su aporte a la construcción de la nacionalidad (Díaz G 2003)

Gestión del conflicto:

La importancia de esta expresión ancestral de gestión de los conflictos desde el punto de vista organizativo, radica en su poder de cohesión social que integra al grupo familiar en una entidad más elaborada desde el punto de vista institucional, que además es pacífica y promueve soluciones a partir del diálogo y prolongados procesos de negociación.

El concepto de sujeto de derecho individual no está concebido dentro de la organización social de la cultura afrodescendiente, al igual ocurre con las comunidades indígenas, de ahí que los derechos fundamentales son derechos colectivos y en ese orden de ideas, los sujetos que intervienen en la gestión de los conflictos lo hacen a nombre de la comunidad y el destinatario de la responsabilidad que se discute en sus conflictos, no solamente son los individuos sino sus parientes más próximos.

#### Procedimiento

Los Consejos Comunitarios son un espacio propicio y natural de consulta de los intereses de la comunidad, sobre todos los que tienen el poder de decisión. Los conflictos entonces están asociados a estas formas especiales de producción en las que necesariamente hay tensiones, que terminan resueltas de forma autocompositiva en el seno de los consejos comunitarios.

Si hay conflictos que comprometen a dos organizaciones, la competencia se eleva de nivel al Consejo Mayor que corresponde. Hay toda una tradición de arreglos pacíficos, memoria de los asuntos ya tratados y unas metodologías empíricas nutrida de formas sutiles de intervención con la sabiduría de los mayores, los conflictos en estos escenarios siempre se terminan decidiendo de forma autocompositiva, no importa el tiempo que traden en tomar la decisión.

#### Alcances:

De este proceso que han llevado en hombros diversas organizaciones campesinas y líderes negros, han nacido los consejos comunitarios, mayores y menores como entes de administración interna en cada una de las comunidades, una figura importante parecida a pequeñas alcaldías, con múltiples responsabilidades que van desde realizar la distribución interna del territorios individuos o familia, dirimir asuntos domésticos, dinamizar el desarrollo local, hasta el de expedir permisos de aprovechamiento forestal, minero y negociar con terceros o la empresa privada cualquier tipo de intervención sobre sus territorios considerados además ancestrales (Díaz G 2003).

Relación con el Estado:

Los principios constitucionales declarados en la carta de 1991 y fruto de ellos el desarrollo legal de la Ley 70 de 1993 son el mito fundacional de la nación afrocolombiana, son el reconocimiento de la construcción de cultura propia y la reivindicación de sus derechos. Muchos autores interpretan la declaración de estas normas como un punto de partida para el desarrollo institucional de la cultura afrodescendiente, pero en realidad es el punto de reconocimiento de una práctica ancestral desde hace mucho institucionalizada.

En lo que tiene que ver con la competencia de resolución de conflictos, la Ley 70 de 1993 establece que los consejos comunitarios pueden conocer asuntos transigibles bajo las modalidades y efectos legales de una mediación, conciliación o amigable composición:

En realidad la redacción de la Ley 70 de 1993 es ambigua, desde el punto de vista de la técnica jurídica, pero lo importante es que en esta figura aparece el modelo bisagra entre práctica comunitaria y el derecho coactivo del Estado de modo que ante el incumplimiento de los acuerdos, estos pueden ser exigibles por medio de un procedimiento ejecutivo. Que en muchos de los contextos selváticos resulta imposible de cumplir, por las enormes distancias entre los habitantes y los jueces que aunque municipales se ubican a kilómetros de viaje fluvial.

Sería muy complicado que un afrodescendiente recibiera una orden de pago de un juez de la república; porque vive en un apartado, en un corregimiento a horas de navegación por ríos. Por lo que un acuerdo autocompositivo de mediación o conciliación suscrito ante un consejo mayor, debe recibir otras fórmulas basadas en la equidad y las prácticas sociales, para apurar al deudor en el pago de daños u obligaciones.

Como consecuencia de la institucionalización de los Consejos Comunitarios Mayores, son ahora considerado como una estrategia de conservación de la biodiversidad a través de la titulación colectiva, han surgido los Consejos Comunitarios como un nuevo actor en la vida institucional y comunitaria del país.

Lo positivo y fundamental es que se tienen ya títulos colectivos que garantiza la propiedad sobre más de cuatro millones de hectáreas para el caso del Pacífico que han sido tituladas Por el INCORA, que sumado a lo adjudicado a Resguardos Indígenas, Parques Naturales, Reservas de la

Sociedad Civil , muestran hoy un nuevo mapa territorial donde el área de municipios como el caso de Quibdó se circunscriben al perímetro urbano y está limitando con territorios de la Organización Campesina Integral del Atrato ACIA que cobija cerca de 800.000 mil hectáreas en 7 municipios del Chocó (Díaz G 2003).

La experiencia de los Consejos Comunitarios de los afrodescendientes son la demostración que las comunidades pueden llegar a desarrollar relaciones pacíficas de organización social cuando no existe presencia del Estado, contrario a lo que puede ocurrir en otras estructuras sociales donde la organización social es violenta para reivindicar justicia y no construye elementos de cohesión e instituciones de mediación.

## **4.2 Jueces de Paz, no letrados de Perú**

Contexto:

El origen de los Jueces de Paz no letrados data de la época del virreinato español, cuando en todos los territorios de España en la época de la colonia se nombraban jueces no letrados pero con mucho reconocimiento, encargados de resolver las disputas en los lugares más apartados que se iban colonizando.

Posteriormente, con las nuevas repúblicas desaparecieron en la Nueva Granada, y fueron sustituidos por jueces en derecho que solo hasta el siglo pasado llegaron a nombrarse. Entre tanto en Perú continuaron haciendo parte de la judicatura como el último de los eslabones de la estructura organizacional; de hecho eran considerados de poca importancia y vista su actividad con cierto desdén por parte de las altas esferas institucionales.

Fueron importantes y significativos cuando se conoció el estudio etnográfico y antropológico: *En nombre de la paz comunal, un análisis de la justicia de paz en el Perú* de Hans-Jürgen Brandt, publicado en Lima por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de justicia y la Fundación Friedrich Naumann en 1990. Vino a demostrar que en la década de los años ochenta y noventa del siglo pasado representaron el 80 % de la judicatura peruana con más de 4.312 jueces; además se constataba que atendían el 47 % de las causas judiciales de Perú incluida la capital, Lima (Uprimny R 1994, 80).

### Conflictividad:

Según la investigación de Rodrigo Uprimny, una encuesta efectuada a la población peruana en la década de los ochenta, se demostró que más del 50% de la población acudía a los jueces de paz no letrados para resolver conflictos vecinales, familiares o con otras personas cometidos por deudas o cualquier otra falta (1994,82).

Las competencias que en la práctica asumieron los jueces de paz no letrados estaban atribuidas a otras instancias de la administración de justicia de Perú, pero los sitios donde los jueces de paz administraban justicia eran tan apartados del poder central, que estos fueron durante muchos años la única representación de la autoridad de Estado, por lo que tuvieron que resolver los asuntos penales de pequeños delitos sin tener competencias para hacerlo, lo mismo que de los asuntos familiares.

La justicia de paz es eminente rural y campesina por lo tanto la conflictividad está asociada a este tipo de entornos. Sin embargo también existen jueces de paz urbanos con presencia en las grandes ciudades que resolvieron toda la conflictividad asociada a las actividades cotidianas y que en términos de pretensiones económicas no revestía importancia material.

### Características de la institución (principios):

Se caracteriza por ser una justicia fundada en la legitimidad histórica del colonialismo, que logró enraizarse más en la cotidianidad de las comunidades y adaptó su procedimiento a los requerimientos, necesidades, legitimidades o reconocimiento que las comunidades en lo local fueron asignando.

Desde el punto de vista del poder, los jueces de paz se ganaron la legitimidad en la comunidad a medida que la administración judicial se iba desentendiendo de sus responsabilidades. Sin embargo en las investigaciones demuestran que ese poder de legitimación otorgado por la comunidad fue utilizado por los jueces de paz no letrados para establecer acuerdos conciliatorios en la mayor parte de los casos, ya eran excepcionales los momentos en que de verás el juez tomaba decisiones y cuando este lo hacía la mayor parte de las veces eran aceptadas por las partes.

La justicia de paz es entonces una justicia eminentemente conciliadora que rehúye el modelo de la adjudicación (aplicación burocrática de la Ley para establecer quien tiene el derecho) en varios sentidos. De un lado la gran mayoría de los casos terminan efectivamente por un acuerdo entre las partes. El 64% de los casos se resuelve por esa vía, siendo estas más



elevadas en las zonas rurales (70 %) que en las urbanas (60 %) (Uprimny R 1994, 87).

Las decisiones de la justicia de paz de Perú se fundan en la equidad, según el contexto, las normas sociales y las tradiciones de la comunidad. Pero en el fondo no se discute o se arregla un asunto apelando a la normatividad, sino a los otros elementos de los que se hacía referencia en la parte introductoria de este trabajo de tesis. La función de un operador de gestión del conflicto que se encuentra próximo a su foco, es la de despertar en las partes una esperanza de que el acuerdo traerá hacia futuro un beneficio mayor o que se logra empatizar con la víctima y ofrecer una manera satisfactoria de repararle.

De otro lado durante las discusiones, y cuando tienen que decidir un asunto, los jueces de paz buscan en lo posible resolver el conflicto de fondo y restablecer la armonía entre las partes; por eso se preocupan más de la conducta futura que deberán llevar las partes (promesas y garantías mutuas, etc.) a fin de asegurar la convivencia comunal que por investigar los hechos del pasado y condenar a una de ellas por lo ya ocurrido. Por todo ello no ha sido el interés esencial de los jueces de paz aplicar las leyes estatales, normas que por lo demás en general desconocen y les parecen muy extrañas para su visión del mundo (Uprimny R 1994, 88).

La existencia de esta institución demuestra que es indispensable promover en la sociedad la presencia de un operador o de una instancia que permita hacer gestión del conflicto tendiente a ofrecer a las partes un puente de comunicación, que además sea próxima al foco como primer protocolo de actuación. Luego, si el asunto requiere de la intervención judicial por las dificultades entre las partes para hallar una solución, por tratarse de un asunto estructural del cual es necesario generar pautas jurisprudenciales, este deberá ser conocido y atendido de manera excepcional por el Estado.

Gestión - Sujeto:

Legalmente el juez de paz es una autoridad judicial, que no está capacitado para serlo, pero es percibido como una autoridad comunal, en principio eran nombrados por

los Tribunales como lo evidencia las fuentes del año 1994 consultadas, pero en la actualidad debido a una reforma reciente, los jueces de paz son de elección popular

Los jueces no reciben algún tipo de remuneración, no ejercen su función de forma permanente en el tiempo, solo lo hacen compartiendo con un oficio principal relacionado con las actividades propias de su región.

#### Procedimiento

Los jueces se organizaron siempre de manera diferente en cada región, unas veces trabajan en equipo con las rondas campesinas y otras con dificultades organizativas; sin embargo lo importante es que la institución se adaptó al medio y se acomodó a los requerimientos sociales:

#### Alcances:

Según Rodrigo Uprimny (1994, 82), la justicia de paz resultó más eficiente, pues en la mencionada encuesta de Perú las personas manifestaron que estos jueces en realidad si resolvían sus problemas y además despachaban los casos en menor tiempo de lo que lo hace la justicia ordinaria.

Mientras que los jueces civiles peruanos resolvían cada año solo el 50 % de los casos que entraban en su despacho, los jueces de paz lograban evacuar un 75% de los mismos, con soluciones más adecuadas puesto que se basaban en los criterios de justicia de las comunidades, y no en las consideraciones legalistas y abstractas (Uprimny R 1994, 80).

#### Relación con el Estado:

Hay un desfase entre las normas del año 1.854 que regularon antiguamente la institución y la práctica comunitaria, pues para el Estado los jueces hacen parte de la judicatura y son nombrados por esta, tienen unas competencias expresas como la limitación para conocer de los asuntos penales, un procedimiento, que da lugar a segunda instancia o hacer instrucción y remitir al juez letrado, éstas y muchas otras cuestiones nunca ocurrieron en la práctica (Uprimny R 1994, 83).

## 5 Otras experiencias de justicia ancestral

Hasta aquí se analizaron algunas de las instituciones ancestrales que contienen elementos de análisis interesantes de destacar y de tener en cuenta para hallar salidas a los problemas estructurales de las necesidades jurídicas actuales. A lo largo de la experiencia investigativa se encontraron otras instituciones de justicia endógena muy interesantes que eran de enorme interés para investigar en diversos contextos por ejemplo:

- *Kanuni i Lekë Dukagjinit* – Se trata de un sistema de justicia ancestral de la zona norte de Albania que gestiona los conflictos durante siglos por medio de la tradición oral y que a pesar de la influencia del comunismo que prohibió esta práctica, hoy vuelve a retomarse y comparte terreno con el moderno sistema de derecho (Trnavci G 2008). En esta región del mundo la respuesta ante el conflicto es considerada altamente violenta, pues ante una ofensa que no se repara, la parte afectada se considera legitimada para asesinar al responsable, lo interesante y destacable para el análisis son las estructuras de mediación que se institucionalizaron.
- *Te Whanau awhina*- Esta es la experiencia de justicia restaurativa de Nueva Zelanda que surge a partir de las prácticas ancestrales de Justicia del pueblo Maorí y que son retomadas por la actual administración de justicia para el desarrollo de la Justicia restaurativa (Del Val M 2012, 49).

Indígenas Navajo de Estados Unidos (Del Val M 2012, 50) A propósito de esta última comunidad indígena de Norteamérica se publicó una reciente investigación sobre: “Determinantes del éxito del desarrollo en las naciones nativas de los Estados Unidos” efectuado por la Universidad de Harvard y de Arizona; demostrando cómo en las comunidades aborígenes de mayor desarrollo el primer factor que permite el desarrollo comunitario es la gestión de sus propios asuntos, así como el establecimiento de instituciones que duran en el tiempo (Taylor J 2008,5).

Las anteriores experiencias tienen muchas características en común, una de ellas es que subsisten en presencia de un régimen jurídico hegemónico que tiene dificultades para lograr la cohesión social por medio del derecho mayoritario, tampoco ese régimen hegemónico ha actuado de manera violenta para despojar a la comunidad de esa práctica.

Muy probablemente se debe al carácter pacifista de estas expresiones de justicia, además en algunos casos las autoridades del derecho mayoritario han dado interlocución para efectuar transacciones, negociaciones o colaboraciones, cuestión que legitima la actuación de los operadores comunitarios.

Recapitulando lo dicho en el presente capítulo aquí se evidencia cómo al margen de la justicia formal subsisten prácticas de gestión del conflicto ejecutadas por ciudadanos. Observar estas experiencias puede dar con la clave para mejorar la respuesta del Estado y de la sociedad civil en su conjunto para disminuir las áreas de caos en la que se encuentran sumidos los conflictos.

Las experiencias en su conjunto de lo primero que hablan, es de la existencia de una *institucionalidad* constituida a partir de la costumbre y la cohesión del grupo social; además de un sistema de coacción. La gestión de los conflictos no sucede por casualidad sino por el establecimiento de una serie de normas y principios que regulan la vida en comunidad.



## CAPÍTULO VI

### INSTITUCIONES EXÓGENAS

Como se hizo referencia en el capítulo segundo, las instituciones de carácter exógeno son aquellas que no surgieron de manera espontánea dentro de la organización social sino que fueron impuestas por factores de dominación de otras fuerzas reguladoras. Lo anterior no es una característica negativa y no quiere decir que no resulten eficaces; por el contrario en sociedades desestructuradas donde el área de caos es superior al porcentaje de conflictos que la sociedad logra gestionar, sería indispensable institucionalizar esta serie de mecanismos para conseguir la paz social.

A continuación se presentan una serie de figuras, metodologías y procedimientos que se han vuelto prácticas habituales entre la sociedad, cuyo origen son las políticas públicas o la iniciativa de organizaciones de la sociedad civil. Se propone una primera distinción entre instituciones de primera generación tipificadas y expresiones de resolución de conflictos que se denominan de segunda generación.

Sobre la importancia de construir instituciones ciudadanas capaces de gestionar integralmente los conflictos según el nivel sistémico en el que este se encuentra, son inspiradoras las palabras de Claus Offe, sociólogo de la cuarta generación de la escuela Frankfurt:

Así pues, en ambas tradiciones, aunque en grados muy diversos, las instituciones han de configurarse de manera que sirvan al propósito de purificar y refinar las «crudas» y bastas inclinaciones de los actores. En su versión más exigente, el objetivo es motivar a los individuos para que sean «buenos» ciudadanos, es decir, ciudadanos capaces de constituirse en autores activos del bien común (Offe C, Preub U, 1990, 60).

# 1 Primera generación

La primera generación de instituciones ciudadanas que gestionan conflictos se vino a tipificar o a asumir como práctica y objeto de estudio en la década de los años setenta del siglo pasado, como producto de la implosión de los sistemas judiciales y de una crisis negada del poder de regulación de los Estados para controlar la conflictividad. La historia de la administración de justicia demuestra que sistemas como el Romano-germánico en el caso de Italia a comienzos de siglo y como el *common law* norteamericano demostraron su ineptitud para asumir la creciente conflictividad que llegaba a desbordar los Tribunales.

Se reconoce como un hito en Norte América y el mundo anglosajón la Conferencia del fundador del sociologismo jurídico Roscoe Pound sobre: “las causas de la insatisfacción popular en la administración de justicia” de 1.906. (Gisbert M, Diez S 2014, 21). A partir de esta idea, Estados Unidos desarrollo un sistema que denominó multipuertas en que cada puerta sería una forma de resolución, de modo que el conflicto se adecuara a un determinado método:

Para que un sistema multipuertas sea tal, es preciso que se diseñe un procedimiento de entrada de asuntos al tribunal y que estos sean seleccionados antes de ser repartidos por un secretario judicial y sean enviados a la «puerta» más adecuada desde el inicio, pudiendo ser estas puertas mediación, jurisdicción, evaluación de experto, arbitraje, conciliación. (Soletto H 2013, 33)

Este sistema multipuerta puede ser una opción importante de atención de necesidades jurídicas, que de hecho en el contexto latinoamericano y colombiano se desarrolla a través del Programa Casas de Justicia. Esta es una pieza fundamental de la atención en materia de justicia puesto que responde principalmente al conflicto en escenarios adyacentes a su foco.

Cuestiones que promueven por inercia conjuros enfocados a la desjudicialización de los pleitos por medio de fórmulas institucionales para conducir a las partes a escenarios autocompositivos de mediación y alejados de la justicia por adjudicación. Se consideró entonces que la solución a la demanda de justicia está en ofrecer masivamente

al ciudadano las ofertas de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, de modo que surgen escenarios en la mayoría de los casos institucionales promovidos por las políticas públicas y excepcionalmente por la sociedad civil.

También fueron importantes los desarrollos teóricos y la consolidación de la “resolución de conflictos como una disciplina nueva” de lo que posteriormente se denominó la escuela de Harvard con Uri y Ficher; la escuela de Nueva York con Bush y Folger y las prácticas de resolución de conflictos que se fueron desencadenando en Norte América y que comprendiendo las limitaciones y dificultades de su sistema judicial empezaron a generar nuevo conocimiento y nuevo saber hacer.

Aunque en el mundo de los juristas existen opositores naturales al uso de mecanismos no judiciales, el derecho como sistema asimiló con sus propios instrumentos e instituciones las fórmulas alternativas de resolución de controversias que no eran otra cosa diferente a la tradicional forma de terminar las obligaciones por medio de contratos o pactos novatorios.

Abiertas las posibilidades legales, lo que sigue es promover en la ciudadanía el uso de los denominados MASC, cuestión que no resulta tan fácil de legitimar puesto que se está convocando a la ciudadanía a dilucidar sus diferencias ante autoridades sin autoridad y procedimientos carentes de medios coactivos, cuestión a la que en esta tesis se denomina institucionalización y que en los casos demostrados de funcionamiento se prende de diferentes elementos simbólicos.

En síntesis se reconocieron o tipificaron como de primera generación mecanismos como la *negociación*, aunque se hace la salvedad de que en este caso se trata de las negociaciones de asuntos conflictivos mas no de las negociaciones de simples intercambios de bienes y servicios. Se reconoce también la *mediación* norteamericana, argentina o española y la *conciliación extrajudicial en derecho* para el caso de Colombia. Estos son medios autocompositivos que ofrecen a los afectados tan solo una parte de lo que debe ser la gestión de los conflictos, pues carecen de posibilidades inmediatas para exigir el cumplimiento.

En menor medida se promovieron fórmulas como la del arbitraje. Una de las razones que pueden explicar el auge de los mecanismos autocompositivos en detrimento de los heterocompositivos puede deberse a la timidez con la que el poder ejecutivo impulsó formulas o promovió metodologías que no implicaran adjudicación.



## 1.1 Negociación o arreglos directos

La negociación es una práctica social a partir de la cual se tramitan la mayor parte de los conflictos entre ciudadanos, así lo demuestra la encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas GENNJI, 26 % población general, 19 % población en condición de pobreza, 16 % población de empresarios. Gráfica: 41 Distribución del 5 % de asuntos ante particulares .

La estructura típica de la negociación encierra un modelo en que los extremos resuelven sus diferencias sin la intermediación de terceros; este aspecto es lo que la hace diferente de otros modelos de gestión ya que las partes pueden tener negociadores, asesores agentes o mandatarios con instrucciones para realizar la gestión, pero cuando las partes necesitan nombrar a un tercero facilitador la metodología de gestión, cambia el modelo y se convierte en otra relación.

El contenido de una negociación puede versar sobre una discusión por falta de comunicación, un escenario para el intercambio mutuo de intereses, o para resolver intereses incompatibles; este último terreno es el que importa al campo de este estudio, puesto que la investigación está basada en el análisis de la participación del ciudadano en la gestión de los conflictos.

La negociación es una habilidad natural que puede estar desarrollada en unos sujetos más que en otros, depende mucho del estilo personal de cada ser humano, depende de la cultura y depende de las capacidades brindadas por los escenarios experienciales de formación. Por lo que para las políticas públicas de un Estado es más importante promover competencias ciudadanas para la resolución de conflictos de modo que los ciudadanos puedan enfrentar las vicisitudes de la vida cotidiana con asertividad y salir de ellas sin intervencionismo.

Los profesores Francisco Medina y Lourdes Munduate de la Universidad de Sevilla encuentran seis elementos comunes que caracterizan la negociación (Medina F, Munduate L 2005, 121):

1. Hay dos o más partes implicadas
2. Aparece un conflicto de intereses subyacente
3. Existe una cierta relación de poder entre las partes
4. Existe voluntad de llegar a un acuerdo
5. Se produce un proceso sistemático de ofertas y contraofertas
6. En las negociaciones existen aspectos tangibles e intangibles

Estos rasgos identificados por los investigadores son más o menos iguales a los abordados en la teoría del conflicto desarrollada en el primer capítulo; uno de los más destacables es el último relativo a los aspectos tangibles como el valor material o económico de lo que se discute y a los intangibles que pueden pasar desapercibidos, pero que son fundamentales para el éxito de un acuerdo.

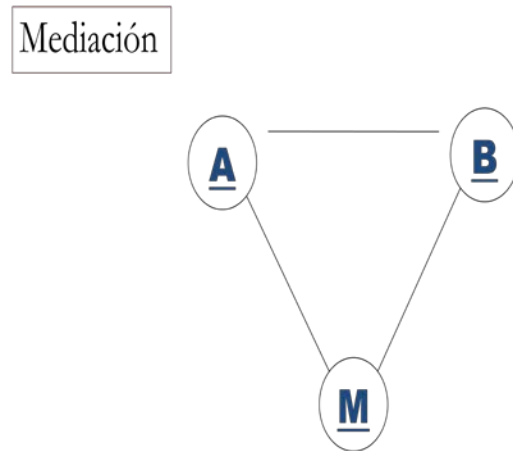
## **1.2 Instituciones exógenas de gestión del conflicto de tendencia institucional**

La gestión del conflicto por medio de instituciones exógenas más tipificadas en nuestro medio contemporáneo son: la mediación, transacción, conciliación, amigable composición, arbitraje. Se denomina en este trabajo como “institucional” porque su gestión no es aleatoria o casual; aunque depende de la iniciativa de las partes, obedecen a una práctica habitual, comunitaria o estatal que lentamente a través de la costumbre se muestra como estructural.

Como se mencionó en los capítulos iniciales, lo institucional hace referencia a la ruptura de la esfera de privacidad del individuo y la búsqueda de apoyos en la red social al alcance del afectado según su nivel cultural y el grado de conocimiento sobre la juridicidad de los actos injustos, los derechos y las instituciones a las que puede acudir.

El auge de estos mecanismos exógenos de gestión del conflicto coincide con la implosión de los sistemas judiciales y su incapacidad para asumir la creciente e imparable demanda de justicia.

### 1.2.1 Mediación



Gráfica: 56 Esquema de la Mediación

La mediación en sentido general y aceptado por la mayor parte de la comunidad dedicada a la resolución de conflictos, se entiende como la intervención de un tercero que es ajeno a las partes (no proviene de la agencia de alguna de ellas), su objetivo es la solución de un conflicto, por medio de un procedimiento basado en principios que permiten lograr un mutuo acuerdo.

La mediación institucionalizada puede encontrarse gestionada por estructuras comunitarias que a la par de realizar otras actividades principales, también contribuyen en la gestión de los conflictos de manera espontánea; es el caso de las Juntas de Acción Comunal de Colombia, las organizaciones de vecinos y otras tantas estructuras de orden familiar, vecinal, profesional o educativo que hacen práctica de la mediación sin la necesidad de acudir a instancias formales o legales con ese fin.

Los orígenes de la mediación:

Como se demostró en los aspectos de justicia comunitaria, la mediación es una práctica inherente a los seres humanos que viven bajo mínimos de organización, incluso las sociedades organizadas en clanes como las aborígenes americanas, las desestructuradas como las africanas que habitaron las costas del pacífico colombiano o las campesinas del Perú que desarraigadas de sus tradiciones jurídicas ancestrales, se apoyaron en la mediación para resolver disputas.

Coincide casi todo el movimiento de resolución de conflictos en atribuir los orígenes de la mediación en el sentido formal como se le conoce contemporáneamente, a las teorizaciones académicas y practicas efectuadas en los Estado Unidos de Norteamérica; los estudios propuestos por la Universidad de Harvard y las posteriores incorporaciones como políticas públicas en Estados como fue el caso de California en la década de los años setenta del siglo pasado (Suarez M 2002, 47 - 48).

En el movimiento de la mediación de Estados Unidos se identifican tres construcciones teóricas:

- i) La Mediación tradicional – lineal, desarrollada por la escuela de Harvard que refleja el pragmatismo norteamericano y sus valores sociales encaminados a obtener resultados sin importar la relación entre las partes; da cuenta de la necesidad de mediación en asuntos empresariales, corporativos y de intercambio de bienes y servicios donde lo importante es obtener un acuerdo. Una de las principales obras es la de Roger Ficher y otros autores titulada: “*Si de acuerdo*” *Cómo negociar sin ceder*.
- ii) La escuela de Mediación de Nueva York construida por Robert Bush y Josep Folger reflejada en la obra “*La promesa de la mediación*” publicada por primera vez en 1994 a partir de la cual se preocupan más por la relación entre las partes y promueven una transformación en ese sentido, además de identificar en el análisis de mediaciones reales una serie de situaciones que surgen en torno a la práctica y que hoy en día son de un interés para la investigación en este campo.
- iii) Modelo de mediación circular narrativo; desarrollado por Sara Cobb, integra al discurso de la resolución de conflictos los desarrollos de la psicología y establece los límites entre lo que puede ser una intervención terapéutica desde la perspectiva sistémica y el trabajo de mediación en el que prima la relación de los extremos y la construcción del acuerdo.

Además de los anteriores desarrollos teóricos hay múltiples investigaciones que han contribuido a la construcción de una nueva disciplina que puede ser denominada o reconocida como *resolución de conflictos*. Que viene a ofrecer respuestas a los vacíos dejados por el método positivista de las ciencias jurídicas y las estructuras de poder ver-

tical de la política, que resultaron ineficientes para responder a las necesidades sociales que se convierten en problemas estructurales.

En general se identifican dos tendencias de mediación; una de práctica comunitaria o desarrollada por organizaciones de voluntarios de la sociedad civil y la desarrollada por las políticas públicas que contienen diferencias sustanciales en cuanto a los objetivos, puesto que la segunda se ha desarrollado con el principal interés de disminuir la demanda judicial. En cambio la primera obedece a la necesidad de reconstruir e institucionalizar escenarios de resolución de conflictos ajenos, independientes, extraños al sistema judicial, e institucionalizados por la necesidad de justicia.

La mediación como sustituto del aparato judicial:

Las políticas públicas y las consiguientes reglamentaciones legales concibieron diferentes versiones de la mediación, a partir de las posibilidades que brinda la arquitectura de los ordenamientos, fundados en los principios y bienes jurídicos que la comunidad jurídica protege según el contexto y cobijados bajo el discurso de la descongestión de los despachos judiciales o el del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos promovidos por influencia de los organismos multilaterales como el Banco Mundial el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo o la misma Unión Europea, que basados en estudios proponen programas de impulso al uso de instituciones autocompositivas de gestión del conflicto.

En Estados Unidos, Italia, Inglaterra, Francia, se impulsó la mediación; en América Latina en Argentina en 1992 y Colombia en 1991 introdujeron políticas públicas para el desarrollo de MASC con aspiración de disminuir la carga judicial, de modo que estas alternativas se presentan como un sustituto de la justicia formal, derivando los casos de supuestamente menor importancia atribuida por el bajo monto de las pretensiones.

Las iniciativas de mediación o el uso de figuras semejantes pretendidas como estrategia de descongestión judicial son fuertemente criticadas por autores como Boaventura de Sousa Santos, Rodrigo Uprimny o Diana Britto con el argumento que pueden contribuir a una especie de discriminación donde los pobres resuelven sus conflictos por medios autocompositivos y los ricos por medio del poder judicial.

La realidad es que el ejercicio de la mediación ha demostrado realidades diferentes porque el auge de estos mecanismos lo que generó fue la necesidad de reorganización de oferta de justicia y desmitificar ciertas apreciaciones sobre la gestión judicial:

- La congestión judicial no disminuye ni disminuirá por la presencia de programas de mediación. Puesto que nunca la litigiosidad va a disminuir por el contrario tiende a aumentar, porque en la medida que la ciudadanía mejora el conocimiento de las instituciones y sus derechos, ésta llegará a desbordarse, así ocurre en todos los sistemas judiciales del mundo.
- No se puede afirmar que los ciudadanos con mejores ingresos o el valor alto de sus pretensiones gozan de un mejor servicio judicial, puesto que al no tener la oportunidad de un escenario donde se intente la autocomposición, se puede conducir a las partes a una intervención exagerada de lo que en realidad se requería.
- Tampoco se puede afirmar que los ciudadanos atendidos en mediación tengan un servicio deficiente. La cuestión es que si los escenarios autocompositivos fracasan han de hacerse efectivos los coercitivos y han de serlo de manera eficiente, puesto que trasladar al usuarios de un servicio a otro es victimizarlo, es dar pie a que se sostengan juegos de poder y que las demandas terminen decayendo, dejando al causante del conflicto impune.

La mediación como complemento de la administración de justicia:

En efecto todo sistema judicial es inviable si mantiene la intención de resolver por adjudicación cada problema que se le presenta y si pretende ser ajeno al potencial que existe en la sociedad civil para difundir y complementar el mensaje regulador del sistema positivo.

La experiencia del uso de sistemas autocompositivos vino a demostrar en la práctica que todo problema jurídico, de mínima o máxima cuantía, antes de ser considerado como tal o de ser fagocitado por el lenguaje jurídico y los procedimientos de sus operadores, merece ser considerado como “conflicto” y como tal intentar resolverse en escenarios de gestión.

El auge de la mediación vino a crear oportunidades de gestión para algunos asuntos que se encuentran en el área de caos y otros que equivocadamente se institucio-

nalizan judicialmente, cuando en realidad las partes lo que requieren son la oportunidad para comprender y superar los conflictos de mutuo acuerdo.

Entonces en muchos contextos como el del Estado de California, Italia o Colombia se ha inducido, persuadido o forzado a los usuarios de servicios judiciales para que antes de acudir a la judicatura se intente un arreglo autocompositivo. Esta medida se muestra como complementaria y presenta aspectos positivos como que ordena la oferta de los servicios de justicia y hace que quienes tengan la intención o el ánimo de arreglar el asunto lo hagan.

Pero también presenta efectos negativos como que se supone según las mismas estadísticas de la GENNIJ que la parte afectada antes de institucionalizar el conflicto ya ha intentado un arreglo directo y este fracasó y por esa misma vía el hecho de que el afectado presente su caso en varios escenarios sin obtener una respuesta contribuye a victimización secundaria. Otro de los efectos negativos de promover en los usuarios forzosamente el uso de la mediación es que esta se convierte en un trámite incidental al que la parte demandante en la mayoría de los casos no acude; además se rompe con el principio de “voluntariedad o autonomía de la voluntad”, puesto que el hecho de forzar a las partes a un encuentro hará de la figura un trámite más para acceder al sistema judicial.

Sin embargo un discurso de la mediación entendida como complemento del sistema judicial mas no como sustituto de esta es más coherente y saludable para el desarrollo de políticas públicas en esta materia; así lo ha comprendido el movimiento de mediación solo que algunos responsables de las políticas de justicia, sin esta experiencia no comprenden la dimensión del asunto y es por esto que en muchos análisis se incurra en esta idea de pretender descongestionar la justicia por medio de servicios de MASC.

#### La Mediación en España:

España comprendió la política pública en materia de mediación como complemento del sistema judicial, y así lo reflejó en los instrumentos legales que dieron vida a la mediación civil y mercantil (Ley 5 de 2012) y descartó el uso de MASC como sustituto del sistema judicial.

Porque en realidad, a pesar de los últimos años de crisis económica en los que la litigiosidad ha aumentado, no hay problemas judiciales severos, ni impunidad y el hecho de ser un Estado en paz, con la superación de las necesidades básicas insatisfechas

(NBI) y con desarrollo económico, hizo que en los mejores años de la democracia mucha de la conflictividad se resolviera por medio de los agentes sociales, el poder regulador del mercado y pero principalmente del Estado.

Hay estudios, por ejemplo uno levantado con la visión teórica de la Nueva Economía Institucional (NEI) sobre: “los problemas del sistema judicial de España y sus consecuencias sociales” publicado en el año 2007 por los profesores Pablo Iglesias y Joxé Carlos Arias, que permite formar una idea del contexto antes de la entrada en vigor de la Ley de mediación.

El estudio señala por ejemplo, que para el año 1993 se observaba una creciente tendencia del sistema judicial para emitir más autos de trámite que sentencias que decidieran la situación de fondo; también daba cuenta de la tendencia de los jueces de segunda instancia a rechazar los recursos interpuestos, y de las dificultades para gestionar los procesos ejecutivos:

El sistema judicial español adolece de algunos significativos problemas de ineficiencia, relacionados con los elevados costes de transacción con los que opera. Tales costes de transacción tienen que ver con algunos aspectos muy característicos de su evolución, tales como el elevado nivel de dependencia y dilación, la presencia de fuertes indicadores de baja calidad de las resoluciones (alto porcentaje de revocaciones y anulaciones, así como de autos frente a sentencias) o la incompleta y poco eficaz ejecución de las resoluciones (Iglesias P, Arias X 2007, 139-162).

En este ensayo publicado en 2007, se señalan deficiencias que son propias y a la vez comunes a otros sistemas judiciales, se trata de una visión endogámica de los fenómenos que afectan las administraciones de justicia por medio de los lentes de la economía, que utiliza el medidor de la eficiencia sin poder identificar el porcentaje de problemas jurídicos que no entran al sistema.

La relativamente baja disposición de medios materiales; las múltiples interferencias que afectan a la independencia formal de los jueces; los defectos de la estructura organizacional (rigidez, exceso de centralización); el fuerte formalismo procedimental - comparativamente mayor que el de la mayoría de los países de nuestro entorno-; las asimetrías de informa-



ción que tienden a reforzar comportamientos de tipo oportunista; y la irrelevancia de los mecanismos alternativos de «enforcement», los cuales podrían contribuir a resolver los conflictos de un modo rápido, sencillo y eficaz (Iglesias P, Arias X 2007, 139-162).

Este estudio es uno de los que plantea el uso de mecanismos alternativos para aportar soluciones a las dificultades del sistema judicial; comete el mismo error que en todos los demás países, considerar que estos mecanismos contribuyen a descongestionar el poder judicial. Lo cual resulta imposible de alcanzar, si se tiene en cuenta que la litigiosidad año a año aumenta por las razones expuestas en los anteriores capítulos.

Dicho de otra manera: los argumentos o justificaciones para desarrollar mecanismos alternativos de solución de conflictos como conjuro de los problemas del poder judicial son demostradamente equivocados. Como ocurrió en muchos Estados, el auge internacional de los *ADR* contagió a la Unión Europea de esta iniciativa y la mediación llega al contexto de España más por intuición.

No obstante lo anterior, la mediación se muestra como complemento; hay una parte de la gestión del conflicto que en coordinación queda muy bien resuelta, así lo expresa Leticia García y Eduardo Vázquez de Castro en una reciente publicación del año 2013 “La mediación civil en España: luces y sombras”:

El derecho y la administración de justicia no ofrecen siempre la solución más adecuada y adaptada a todos los casos. Hay que ser conscientes de que en el litigio se van a estimar y desestimar pretensiones de una y otra parte por lo que las medidas resultantes de la sentencia pueden provocar; en mayor o menor medida, la insatisfacción de alguna de ellas. Es evidente que en el proceso judicial se atiende más al pasado y a las pruebas sobre los hechos que han conducido al pleito, mientras que en la mediación se atiende al futuro de las relaciones de las partes para facilitarlas. En efecto, la mediación se muestra idónea en aquellos casos en los que las partes necesariamente tienen que relacionarse en el futuro (V. gr. Relaciones familiares o vecinales) o en las que las relaciones futuras son convenientes para ambos (relaciones comerciales provechosas). Otro de los problemas se centra en la estandarización de las soluciones judiciales, la congestión o saturación de pleitos, y en el hecho de que los conflictos

frecuentemente surgen en un contexto emocional difícil que los agrava...  
(García L, Vázquez de Castro E 2013, 82,83).

#### Conflictividad:

El desarrollo de la mediación en España permite hacer una identificación de escenarios en donde esta tiene desarrollo, cuestión que coincide con la conflictividad que ha abordado:

Mediación familiar: Es la de mayor trayectoria en España. Según el Magistrado Pascual Ortuño de la Audiencia Provincial de Barcelona, fue desarrollada en los años ochenta del siglo pasado por influencia de la terapia familiar en psicología donde se destaca el instituto GENUS de Barcelona o el Centro ÁSPIDES de Madrid al igual que las prácticas de los equipos psicosociales de los juzgados de familia de Madrid, Valladolid y Murcia (Ortuño P (2013,47):

A pesar de que su éxito ha sido muy reducido puesto según las estadísticas del CGOP (en “la justicia dato a dato”) el número total de mediaciones en 2011 no alcanzaron el número de los 3000 casos, en la primera década del Siglo XXI se han publicado hasta trece leyes autonómicas que han tenido por objeto la mediación familiar que se ha estructurado metodológicamente con aportaciones tan importantes como las de Ignacio Bolaños, Thelma Butt o Josep Redorta. También en el derecho interno se ha operado la recepción de los principios jurídicos esenciales en la mediación en la Ley 15 de 2005 que reformó el divorcio, y motivó que aparecieran las primeras tesis jurídicas en la materia como la de García Villaluenga en 2006. Al mismo tiempo desde las universidades españolas se ha ido implantando estudios de master y de posgrado que se han multiplicado desde la promulgación de la Directiva (CE) 52/2008) (Ortuño P 2013,47)

Sin lugar a dudas el desarrollo de la mediación familiar en España va de la mano del inmenso avance en el reconocimiento de derechos y metodologías para el apoyo a las familias, muy superior al de otros contextos internacionales; esto permite que las políticas públicas se orienten a solucionar las dificultades que genera el propio ordena-

miento legal que es heredero de la tradición religiosa pero que ha sabido responder a las transformaciones de la laicidad, modernidad y los derechos fundamentales.

Del mismo modo como se presentan avances legales, es evidente que la estrategia para institucionalizar la mediación continúa rezagada, lo que se evidencia en el escaso número de asuntos resueltos al año que no es significativo del esfuerzo institucional o tal vez son indispensables mayores esfuerzos de la administración de justicia para aumentar los servicios de mediación y adecuar tecnológicamente las instituciones para conocer su potencial.

Mediación laboral: En el ámbito de las relaciones laborales, los investigadores en psicología social de la Universidad de Sevilla consideran que la mediación en este campo se quedó en relativa marginalidad y atribuyen esta situación a varios aspectos: hay una elevada protección, confianza e institucionalización del derecho de huelga y de la administración de justicia laboral, además la judicatura en este campo resulta rápida, económica y por tanto eficiente. Hay desconfianza en los agentes sociales y por tanto en la intervención que un tercero pueda dar de los asuntos laborales. (Butt T, Munduate L, Barón M, Medina F 2005, 267)

La mediación civil y mercantil:

España al ser miembro de la Unión Europea recibió recomendaciones para garantizar el espacio comunitario de libertad y de seguridad jurídica que permita el cumplimiento de los objetivos de la integración. Por esta razón la Comisión Europea en el año 2002 publicó lo que se denominó el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos de las cuales indicaba: “La mediación no debe verse como un remedio a las dificultades del funcionamiento de los Tribunales, sino como una forma más consensuada de pacificación social y, en muchos casos, más conveniente que el recurso al juez o al árbitro” (Butt T, Munduate L, Barón M, Medina F 2005, 269)

Posteriormente, en el año 2012 se expide una normativa general que impulsa el uso de la mediación y que presenta las siguientes características que interesan al análisis de esta tesis por cuanto es en esta clase de conflictividad donde el legislador ibérico decide promover la participación de la ciudadanía. Además adapta la normativa del derecho civil y la ley de enjuiciamiento para que la mediación haga parte coherente del ordenamiento y además contempla el contexto internacional de España enmarcado en el

intercambio de bienes y servicios dado por los acuerdos de la Unión Europea y demás tratados de comercio e integración.

Algunas características de la institución:

Uno de los aciertos de la mediación en España es la sencillez de su reglamentación, cuestión que da lugar al impulso y desarrollo de manera descentralizada, permitiendo que las autonomías puedan continuar reglamentando y mejorando el mecanismo.

Según el artículo 5 se establece que, además de las instituciones de mediación públicas, puede ser gestionada por Corporaciones de derecho público, refiriéndose a colegios profesionales, esto supone que las Asociaciones de profesionales cambien el objeto social de sus estatutos la promoción y facilitación de la mediación como objeto de la asociación y que un porcentaje de sus asociados sean mediadores homologados e inscritos como tales (Munné F, Vidal A 2013,76)

Paralelamente han surgido modelos de organización de servicios de mediación del ámbito del derecho privado de carácter semi-publico o estrictamente privado, tales como los creados por los colegios profesionales, las cámaras de comercio, o las asociaciones profesionales, estableciendo, mediante convenios, el modo de aplicar los procedimientos de mediación a la hora de gestionar sus servicios (Munné F, Vidal A 2013, 76)

Esta es una de las claves más importantes para la institucionalización de la mediación en el ámbito de la sociedad civil; la redacción de la normativa permite que las organizaciones de derecho público puedan valerse de este instrumento para empezar a gestionar conflictividad que se encuentra adyacente a focos particulares de conflicto. Por lo que el Gobierno controla la actividad mediante la creación del Registro de mediadores e instituciones de mediación (Munné F, Vidal A (2013, 70)<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Ver registro de mediadores: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/12/RD-Desarrollo-Registro-de-Mediadores.pdf>

Bajo los auspicios de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos, con inclusión de un registro específico de mediadores especializados dependiendo de las competencias de las comunidades autónomas. Iniciativa que se ha visto reducida por la disminución de presupuestos (Munné F, Vidal A 2013, 79).

La actividad del mediador se circunscribe a un oficio de carácter liberal, como la del abogado, por lo tanto genera honorarios y responsabilidad del mediador. Esta es una supeditación de la mediación al arbitrio del mercado, aspecto que no es malo o negativo en sí mismo, pues es garantía de sostenibilidad y competencia por la calidad de la mediación, pero puede que descuide el potencial que existe de participación e involucramiento de la sociedad civil en procesos de voluntariado, participación comunitaria u otras formas de organización que permiten financiación diferente a que sean las partes las que paguen el servicio.

Lo que puede terminar ocurriendo es que un número muy bajo de mediadores formados serán los que logren encontrar un espacio en el mercado de oferta de mediación y seguramente serán aquellos vinculados a organizaciones de derecho público que tengan prestigio o simbólicamente generen confianza en los usuarios. Por ejemplo las cámaras de comercio, los colegios de profesionales o las universidades.

El objetivo de la norma es crear alternativas para evitar el enjuiciamiento, uno esperaría que en próximas motivaciones legislativas se tenga en cuenta el índice de caos de asuntos que la población no puede resolver, argumento más sólido para promover una política pública que el discurso de proteccionismo del *statu quo* institucional.

La mediación parte del principio de voluntariedad de las partes, como es de esperarse en un mecanismo autocompositivo; sin embargo, no se faculta con mayores poderes en aspectos que desde el punto de vista de los negocios jurídicos son completamente posibles: por ejemplo, permitir abiertamente al mediador la posibilidad de ofrecer fórmulas de arreglo de modo que las partes las acepten o no, permitir que la decisión tenga mérito ejecutivo, para que el acreedor no se encuentre con la dificultad de iniciar un proceso declarativo si llega a existir incumplimiento. También dar al acuerdo el carácter de cosa Juzgada, como si ocurre en la transacción art. 1816 CC.

Desde el punto de vista de la naturaleza del acuerdo (Gisbert M, Diez S 2014, 162) este tiene más *las* características de un contrato consensual que de un instrumento que ponga fin a un conflicto con carácter vinculante para las partes.

El legislador exige una carga de responsabilidad alta al mediador pero luego al acuerdo entre las partes no le otorga mayores beneficios, dicho de otra manera el negocio jurídico que las partes firman bien lo pueden realizar de manera privada de modo que la presencia y colaboración del mediador no disminuye las posibilidades de exigibilidad ante las autoridades jurisdiccionales.

Lo anterior tiene que ver con la ejecución del contrato de mediación (Gisbert M, Díez S 2014, 170), pues para que este tenga la posibilidad de ser reclamado por vía ejecutiva, las partes deben incurrir en un gasto adicional como es el de elevarlo a escritura pública, cuestión que afecta los principios de acceso a la justicia y que provoca victimización secundaria, porque obliga a llevar el asunto a otros operadores jurídicos (art. 25), elevar a escritura pública la declaración de una obligación de dar, hacer o no hacer, lo que ocasiona es sobrecostos para el usuario y el consiguiente desgaste.

A los ciudadanos mediadores se les exige un mínimo de formación en mediación, la cual es producto de grandes discusiones en relación al número de horas indispensables para formarse, para este aspecto la experiencia en mediación familiar en España brinda una experiencia importante para definir las características de formación más adecuadas.

Desde el punto de vista del sujeto que realiza la mediación, la Ley permite que pueda ser gestionada por ciudadanos que no ostentan la calidad de abogado, ni la de titulado profesional en otra área del conocimiento, factor que hace posible el acercamiento de esta institución con organizaciones de la sociedad civil y actividades que son foco del conflicto, de modo que se dan las condiciones para promover su uso en el escenario comunitario.

Desde el punto de vista del procedimiento de la mediación, el modelo de mediación incorporado por la Ley es muy flexible y en términos generales permite establecer encuentros en privado con las partes y deja a decisión de ellas el establecimiento del número de sesiones y el número de encuentros.

También se permite que más de dos mediadores puedan participar en el encuentro; esta circunstancia resultaba un poco extraña para las técnicas de facilitación por cuando se puede prever dificultades para la coordinación y dirección de la agenda de mediación; sin embargo en conversación informal con los mediadores en ejercicio de Granada, me comentaban que se habían comprobado buenos resultados.

Respecto de la *relación* con el Estado, la figura de la mediación en España permite una interesante participación de las organizaciones de la sociedad civil en su impulso, sin embargo como todo mecanismo de carácter exógeno resulta completamente dependiente del Estado.

La cultura del litigio de la sociedad española, heredero del sistema Romano Germánico, posee dentro de su ordenamiento civil desde 1889 las mismas instituciones del código napoleónico. Esta tradición jurídica hace que la forma cómo regule los problemas sea mediante el sistema judicial que para asuntos civiles es rogada y para los asuntos criminales es de oficio.

Además de las normas nacionales que regulan ciertas materias, cada comunidad autónoma puede promulgar Leyes según lo autoriza la constitución en su artículo 152 lo que genera una dependencia del Estado descentralizado para garantizar su impulso; lo anterior de otro lado presenta aspectos positivos puesto que las comunidades autónomas van a impulsar la mediación por medio de diferentes estrategias, lo que permitirá el surgimiento de buenas prácticas.

Mediadores y medios:

En síntesis sobre el impulso de la mediación en España, se vislumbra un horizonte seguro pero lento, seguro porque existe un movimiento en la sociedad civil y la academia dispuesto a darle vida e institucionalizar la mediación y lento porque esta práctica requiere de mediadores y medios, hasta ahora se están preparando y desarrollando programas de formación para contar con el capital social suficiente para impactar en la sociedad, los sitios de práctica son muy escasos y se desconoce la forma como el Estado pretende institucionalizar el uso de la figura, que como es lógico debe definir el camino antes de que el “mercado” de la mediación se imponga con sus propias reglas.

### **1.3 Transacción**

La transacción es la institución de carácter autocompositivo, más antigua del sistema jurídico colombiano y español, que se encuentra incorporada en el Código Civil, en el primero como una forma de extinción de las obligaciones junto con la novación o la compensación, en el segundo como un contrato:

Se trata de un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual. No siendo transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (Art. 2.469 CC Colombia).

Mientras que en Código español dice que la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada cual alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (Art. 1.809 CC España).

El Código Civil comentado de Quinto Mucius Escevola de 1953 ofrece el siguiente concepto de transacción comentado de los artículos 1790-1856: “La transacción es un contrato por el que mediante sacrificios y reconocimientos mutuos, los contratantes ponen término a una cuestión o debate que sostenían, hubiéndolo presentado o no a los Tribunales de justicia, siquiera con diverso éxito, respectivamente” (Escevola Q 1953:245).

A medida que el recurso a los Tribunales de Justicia fue despertando los temores consiguientes a su duración y coste, porque más o menos frecuente, los pleitos acaban con la paciencia de los litigantes de buena fe y con el patrimonio más o menos modesto de muchos, aun lado lo aleatorio de su éxito, era natural que el medio de resolver privadamente las contiendas, cediendo cada contendiente algo que creyere de sus derechos, ganase terreno y el contrato que lo recogiese en mejor forma mereciese la consideración o estima general (Escevola Q 1953:245).

Lo que sugieren estas redacciones legales, es una autorización para que las partes de manera privada puedan solucionar los eventuales pleitos que se conforman. El requisito esencial es que exista conflicto, luego se entiende que no será transacción aquel contrato que no tenga como causa una controversia. Comenta Antonio Guillón Ballesteros que el pleito o litigio no es más que un choque de pretensiones, positivas o negativas, sobre una situación jurídica en la que se encuentran inmersas las partes, que cada cual apoya en las normas jurídicas por creer que ellas tienen tutela jurídica tales pretensiones (CC. Comentado 1991, 1.769, tomo II, art. 1.809).

Las dos legislaciones estiman que transigir es sinónimo de disponibilidad, se realiza sobre todos los bienes y servicios que no son contrarios a la ley y a las buenas costumbres, sobre los cuales estamos en capacidad legal de disponer o renunciar, porque nos pertenece o nos autorizan hacer. Luego se entiende que se dispone de todo aquello



que nos pertenece, tenemos un derecho real o estamos autorizados por poder o mandato. Por el contrario no se dispone: de los derechos ajenos, personales, de la acción penal, estado civil de las personas, asuntos ya sentenciados y demás.

En la tradición civilista de las dos naciones, el contrato de transacción cuenta con el potente efecto de la cosa juzgada, lo que significa que la Ley otorga a las partes los poderes de juez en su propio pleito, y lo que imposibilita a una de ellas a revivir la causa de la controversia que dio origen al contrato (Art 1.816 CC español).

A renglón seguido se establece una contradicción que desvirtúa las bondades de este contrato, por cuanto confunde al mencionar que no se pueden utilizar la vías de “apremio”, es decir las ejecutivas; sin embargo en interpretación de Guillon Ballesteros es que debe entenderse que el precepto permite acudir al procedimiento de ejecución de sentencias firmes, pero todo parece indicar que las transacciones que se incumplen en España debe exigirse su cumplimiento por vía del juicio declarativo (CC. Comentado 1991, 1.774, tomo II, art. 1.816).

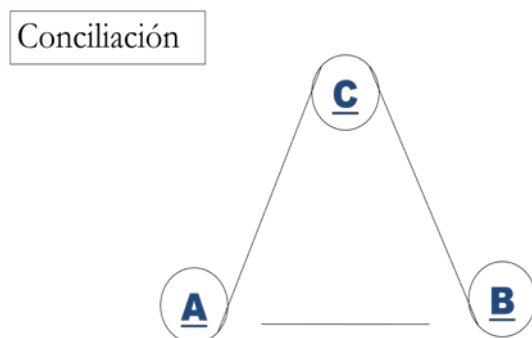
En el ordenamiento Colombiano, la interpretación de las normas del código civil se complementan con las del Código de Procedimiento Civil, que permiten a las partes celebrar acuerdos que incorporen obligaciones de dar, hacer y no hacer. Muy importante esta declaración para la gestión de conflictos, de modo que incorporen el mérito ejecutivo, con lo cual toda obligación que provenga de la declaración de voluntad del deudor puede ser exigida por la vía corta del apremio.

Esta pequeña diferencia determina las garantías de acceso a la justicia.

La transacción es diferente del contrato de compromiso en la legislación de España:

“Cuando los contendientes acuerdan someter la decisión a otras personas en calidad de árbitros, amigable componedor o algo por el estilo para decidir una cuestión, podemos perfilar un contrato de compromiso o algo innominado, más o menos semejante a transacción pero no merecería propiamente el nombre de transacción, porque esta como se ve, ha de referirse precisamente al alejamiento de la litis o concluir la pendiente, constituyéndose ellos mismos, los interesados, como jueces en causa común (autodecisión)” (Escevola Q 1953:245).

## 1.4 Conciliación en Colombia



Gráfica: 57 Esquema de la Conciliación

### Contexto:

Para efectos de esta investigación se analiza la conciliación por ser este el MASC elegido por la política pública para contribuir a la descongestión de los Despachos Judiciales, porque en el caso de Colombia los diagnósticos de congestión judicial del año 1991 hablaban de un inevitable colapso del sistema debido a su retraso.

Así fue como en el año 1991 se promulgó la Ley 23 con una arquitectura legal que permitía la utilización de esta forma autocompositiva por fuera del escenario judicial, atribuyendo competencias a los funcionarios públicos a abogados independientes y a ciudadanos postulados por organizaciones cívicas. El legislador colombiano otorgó en el acto de conciliar unos poderes de plena autonomía de la voluntad a las partes que no se ven en ningún otro ordenamiento y que se encuentran apoyados en la institución de la transacción desde el punto de vista del derecho civil y la mediación desde el punto de vista de la resolución de conflictos.

Por ejemplo otorga al conciliador la posibilidad de *proponer fórmulas de acuerdo* cuando las partes no logran el acercamiento de las posturas, cuestión que otras interpretaciones jurídicas, como la de España, rechazan por considerar que se desnaturaliza la esencia autocompositiva y el conciliador entra en el campo de la asesoría corriendo grave riesgo de la ruptura de la neutralidad.

Sin embargo otras propuestas de gestión del conflicto como la del método Transcend de mediación de Johan Galtun reconoce que si las partes recurren a un tercero es porque las posibilidades de negociación directa están agotadas y además surge en la dinámica del conflicto un estrés para las partes que les coarta la creatividad; en este caso

el tercero que interviene tiene la legitimidad de hacer propuestas que contribuyan en beneficio de un acuerdo que finalmente será validado por las partes.

De ahí que las normas de conciliación extrajudicial en derecho en Colombia impidan que quien actúe como conciliador pueda ser abogado de una de las partes o árbitro.

Efectos de la conciliación:

Otro de los aspectos destacados de las normas de conciliación son los efectos jurídicos que tiene el acta de conciliación; el legislador aprobó que lo acordado en el acta de conciliación tenga el carácter de cosa juzgada (coincide en esto con la transacción), lo que permite a las partes redefinir el conflicto, hacer novación de él y determinar un efecto fijador de la discusión de modo que no sea necesario volver sobre lo discutido o dar pie a que una de las partes quiera volver atrás.

Este importante efecto jurídico hace que las conciliaciones se constituyan en sentencia hechas por las partes reduce los juegos de poder y la victimización secundaria; sin embargo dicho lo anterior también exige por parte del operador un ejercicio de responsabilidad, puesto que debe aclarar muy a las partes las reglas de juego y debe redactar muy bien los acuerdos conciliatorios, ya que descuidar la redacción que se traduce en obligaciones de dar, hacer o no hacer puede acarrear problemas tanto para el cumplimiento como para la ejecución forzosa.

### **1.4.1 Conciliación extrajudicial en derecho**

Desde el punto de vista del operador se reconocen dos clases de conciliación: una denominada conciliación extrajudicial en derecho y otra llamada conciliación en equidad. El avance y experticio en el manejo de esta figura hace que la conciliación en derecho tenga cada día mayor regulación; por ejemplo alguna casuística como la relacionada con el tránsito es manejada solo por conciliadores en derecho.

La conciliación en materia laboral solo es conocida por funcionarios públicos delegados en la Ley; como son el inspector del trabajo, personeros, jueces formales y conciliadores en equidad. Son estos caprichos y ambigüedades que acompañan el desarrollo de la institución.

La conciliación extrajudicial en derecho a su vez es prestada por tres grandes grupos de conciliadores:

i) Los conciliadores funcionarios públicos: quienes además de sus labores designadas por la ley como personeros, comisarios de familia, defensores de familia, procuradores, inspectores de trabajo, defensores del pueblo, tienen que cumplir con las obligaciones de su cargo y además servir de conciliadores en derecho (Ley 446 de 1997).

Las encuestas demostraron que las conciliaciones celebradas ante este grupo de operadores jurídicos tienen un mayor índice de cumplimiento; la lectura que se hace de este resultado radica en la influencia que ejerce el funcionario público por su investidura de autoridad sobre los usuarios del servicio (GENNIJ Minjusticia 2013).

Se viene afirmando en esta investigación y en las conclusiones de la encuesta GENNIJ 2013 que esta medida presenta un aspecto positivo en el sentido que abre puertas de acceso para que la población pueda gestionar sus conflictos; de hecho es el poder ejecutivo en cabeza de las anteriores autoridades y otras más las que gestionan una cuarta parte de toda la conflictividad de la población general.

Pero también se advierte que estos funcionarios de una manera simbólica más no jurídica representan autoridad ante los usuarios, por lo tanto influyen en la voluntad de las partes. Además estos operadores son considerados *administradores de justicia* cuestión que desnaturaliza la tridivisión de poderes.

Otro de los aspectos identificados en la citada encuesta, sobre la gestión de la conciliación en manos de funcionarios del poder ejecutivo, radica en la imposibilidad de ofrecer conciliación de buena calidad y el préstamo del servicio en adecuadas condiciones, se evidencia que en la prestación del servicio hay resultados heterogéneos resultando que en unas entidades se presta buen servicio y en otras una conciliación deficitaria.

ii) Conciliadores de consultorios jurídicos de las facultades de derecho: las prácticas profesionales de los estudiantes de derecho se convirtieron en Colombia en una posibilidad real y gratuita para que las personas de escasos recursos económicos puedan acceder a servicios de justicia, mediante demandas ante la judicatura, acciones administrativas y la conciliación extrajudicial en derecho.

La actividad es tan potente que según cifras del Ministerio de Justicia y de Derecho se formaron en conciliación hasta el año pasado 23.116 estudiantes y este número ha fungido como conciliador. La actividad de estos centros es tan importante que su impacto alcanza a verse reflejado en la encuesta nacional como se mencionó en el capítulo IV (Minjusticia 2013b).

iii) Conciliadores de Centros de Conciliación en derecho: Las normas de conciliación en derecho permiten desde la vigencia de la Ley 23 de 1991 que las organizaciones sin ánimo de lucro, soliciten al Ministerio de Justicia el funcionamiento de Centros de Arbitraje y Conciliación. Estos Centros tienen la posibilidad de cobrar por el servicio según unas tarifas establecidas; los conciliadores que prestan este servicio previamente aprobaron una formación que consta de las siguientes fases:

Formación de conciliadores en derecho:

Módulo básico: duración 50 horas.

Teoría del conflicto

Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

La conciliación, El conciliador, Centros de conciliación

Marco legal y jurisprudencial de la conciliación

Línea institucional de la conciliación del M.J.

Conciliación en Familia, Conciliación en Civil

Conciliación en Comercial, Conciliación en Penal

Conciliación en Laboral, Conciliación en Transito

Conciliación en el derecho administrativo

Módulo de Entrenamiento: Duración 60 horas

Técnicas y habilidades de la comunicación

Técnicas y habilidades de negociación y conciliación

Trabajo interdisciplinario en la conciliación

Procedimiento conciliatorio

Audiencia de conciliación

El acuerdo conciliatorio

Módulo de Pasantía:

En esta parte práctica se hace acompañamiento de un caso de conciliación, se acude a audiencias de conciliación asistida. Para la pasantía el alumno deberá acompañar a un conciliador desde el inicio hasta la finalización de una solicitud de conciliación para conocer el procedimiento conciliatorio en su totalidad. El docente deberá acreditar una experiencia mínima de un año en la realización de conciliaciones. La duración de la formación dependerá de la práctica; la asistencia mínimo será a un 80% de las sesiones de los módulos básico y de entrenamiento.

Aproximadamente más de 40.000 abogados recibieron formación y acreditación como conciliadores extrajudiciales en derecho, dentro de los cuales se incluyen funcionarios públicos delegados por la Ley para conciliar pero no todos se encuentran ejerciendo.

Las políticas públicas en materia de conciliación, el aporte de presupuestos públicos y de organizaciones sin ánimo de lucro han dispuesto de enormes esfuerzos organizacionales para lograr el funcionamiento de 353 centros de conciliación en derecho, sin embargo su actividad es muy baja; del importante número de abogados formados como conciliadores solamente son activos en las listas de los Centros 5.232, el año pasado se presentaron 83.118 solicitudes, de esas terminaron en conciliación con acuerdo 36.642 lo que representa menos del 50 %. La parte positiva es que el 87.5 % de los acuerdos se cumplen y de cada cien casos de incumplimiento el 17.8% inicia un procedimiento ejecutivo judicial (Minjusticia 2013b).

A pesar de los enormes esfuerzos institucionales para desarrollar la conciliación extrajudicial en derecho gestionada por abogados por intermedio de los Centros de Conciliación, esta gestión no se ve reflejada en las cifras generales; lo anterior quiere decir que es indispensable el replanteamiento del modelo, que según lo analizado en esta tesis puede deberse a los siguientes aspectos:

- La mayor parte de la población cuando tiene un conflicto prefiere asumir el costo, negarlo y no hacer nada por solucionar su problema.
- A la conciliación extrajudicial en derecho con tarifa, acude un número muy bajo de usuarios que coincide con población en su mayoría mujeres de clase media que tienen idea de sus derechos y que prefiere intentar un acuerdo conciliado según la valoración que hace de la dinámica del conflicto (GENNJI 2013).
- Los abogados litigantes incumplen sus deberes profesionales establecidos en su decálogo, al someter a las partes al proceso judicial ignorando la obligación que tienen de intentar el uso de los MASC.
- Las partes a su vez no encuentran motivación para acudir a una conciliación; en los convocados, porque les conviene mantener el juego de poder y el incumplimiento, en los que solicitan la conciliación porque conside-

ran que los conciliadores no tienen “autoridad” para hacer comparecer a la contraparte y conminarlo al cumplimiento.

- En la valoración de costos del conflicto a las partes no les resulta motivacional recurrir ante un operador que no ejerce coacción directa, además seguramente ya intentó una reclamación con la contraparte y esta fue fallida.

Son las anteriores razones las que probablemente deben ser tenidas en cuenta para que los esfuerzos institucionales se orienten a prestar un servicio eficaz de resolución de conflictos basado en la conciliación extrajudicial en derecho o replantear la participación de los abogados en la gestión de los conflictos.

### **1.4.2 Conciliación en equidad**

Este es un mecanismo de carácter comunitario que se desarrolló por medio de la Ley 23 de 1991 que entró en vigor meses antes de la promulgación de la Constitución de 1991. La intención de esta norma era desarrollar un Mecanismo Alternativo que permitiera resolver la conflictividad de orden comunitario. En la institucionalización de esta figura se pueden apreciar varias etapas de impulso que radican en cabeza del Ministerio de Justicia, el cual en la última década desarrolló una metodología de implantación que permite institucionalizarla en las comunidades que tienen la voluntad política, la iniciativa y los recursos para hacerlo (Córdoba M, Vargas H 2009).

El impulso de este mecanismo demuestra la necesidad de dos instrumentos de política pública para poder ejecutar iniciativas de esta naturaleza; el primero es la existencia de una norma que autorice a los particulares a intervenir en la gestión del conflicto de un tercero; el segundo es un protocolo técnico que desarrolle el “cómo”. Puesto que está demostrado que no basta con promulgar una Ley si esta no se acompaña o dota de los presupuestos suficientes.

Conflictividad:

La conciliación en equidad resuelve los mismos conflictos que la conciliación en derecho, no existe límites por la cuantía, ni por la jurisdicción territorial, aunque se supone que el conciliador al ser nombrado por una comunidad de su barrio, corregimiento o vereda, se debe a la organización que lo postula; de lo contrario se perdería la naturaleza de su reconocimiento.

Así las cosas, a conciliación en equidad pueden acudir los extremos que tengan conflictos de carácter transigible, incluidos los asuntos querellables de los cuales la parte puede disponer de su derecho. Pero por vía de interpretación, los conflictos de violencia intrafamiliar solo pueden ser mediados para interrumpir las agresiones y los conflictos de tránsito no pueden ser llevados por ellos. Contrario a lo que ocurre con la conciliación en derecho, los conflictos de carácter laboral si pueden ser conciliados en equidad.

#### Características de la institución, principios:

La arquitectura de la conciliación en equidad está diseñada para que encuadre dentro del ordenamiento civil como ocurre con la transacción; los principios están relacionados con la independencia del conciliador, su obligación de no imponer la solución en el conflicto,

#### Gestión:

Es tradición entre la comunidad de personas e instituciones dedicadas al impulso de este mecanismo, decir que el conciliador en equidad requiere de “conocimiento y reconocimiento”: reconocimiento porque la Ley permite a los ciudadanos no abogados, participar, (para esto el legislador propuso que las comunidades a través de las organizaciones cívicas, postulen a sus líderes comunitarios). Y conocimiento porque reciben una formación promovida y avalada por el Ministerio de Justicia y reciben un nombramiento por la autoridad judicial.

La acción del Ministerio de Justicia fue más allá de ofrecer formación y por el contrario creó una metodología técnica que permite impulsar paso a paso la existencia de programas de conciliadores en un determinado municipio u organización comunitaria:

Basado en las experiencias exitosas de conciliación en equidad, desde el año 1991, el gobierno de Colombia comprendió que el desarrollo institucional de MASC no se agota en la formación de operadores sino en la preparación de la comunidad anterior y posterior a su postulación y nombramiento.

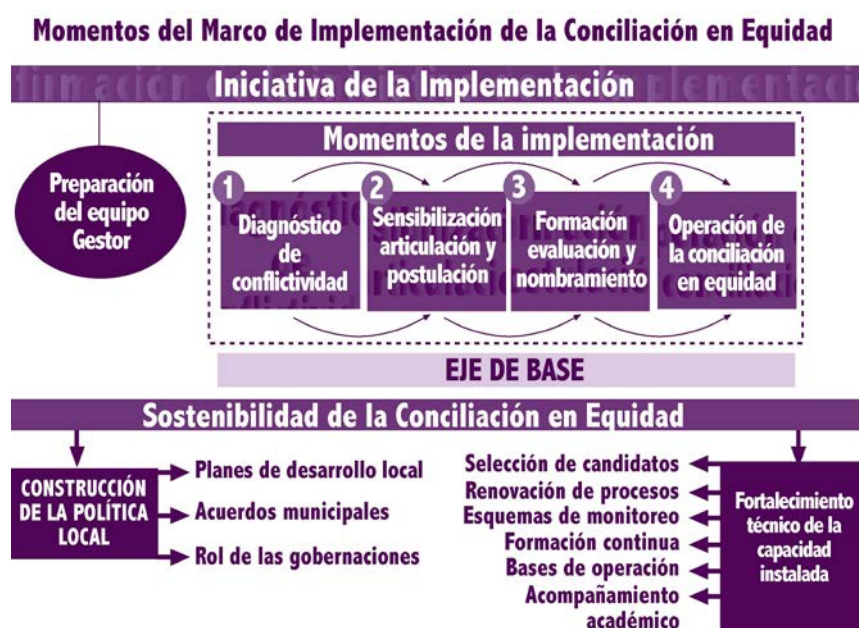
La preocupación permanente de las autoridades que impulsan estos mecanismos es la sostenibilidad, por lo que es indispensable que se puedan dar unas condiciones favorables en los municipios y las comunidades para la durabilidad del mecanismo. Un



aspecto que tiene este MASC es que los conciliadores en equidad no cobran por sus servicios cuestión que si ocurre en la justicia ancestral por ejemplo; el palabrero Wayúu o el juez de paz peruano cobran por sus servicios.

Parece que este factor motivacional es importante porque el conciliador en equidad legítimamente efectúa un trabajo que debe ser recompensado o cuanto menos hacer parte de un proceso adecuado de voluntariado donde el Estado pone los medios y lo ciudadanos aportan su tiempo y su conocimiento.

Ahora bien desde el punto de vista de la implementación el Ministerio ha propuesto el siguiente esquema que permite entender las diversas etapas:

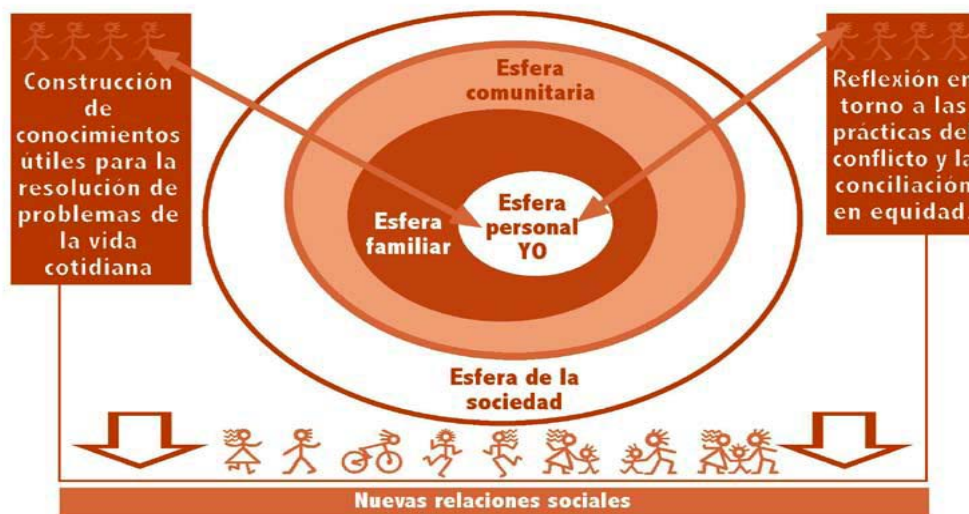


Gráfica: 58 Metodología de implantación de programas de conciliación en equidad  
(Córdoba M, Vargas H 2009,28)

La formación de conciliadores en Equidad es muy interesante porque toma aspectos personales del sujeto, del contexto comunitario y los integra con aspectos teóricos de la resolución de conflictos y aspectos jurídicos para que las actuaciones de conciliador tenga el efecto bisagra de integrar la regulación comunitaria con la de Estado.

El aprendizaje en resolución de conflictos logra un giro conceptual en el conciliador de modo que además de formarse en una habilidad su vida cambia de perspectiva, este factor humano presente en la formación es de suyo un logro por sí mismo.

## La formación y las esferas de la vida cotidiana



Gráfica: 59 Estrategia de formación de los programas de conciliación en equidad  
(Córdoba M, Vargas H 2009)

## FORMACIÓN DE LAS CUALIDADES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIAS



Gráfica: 60 Competencias desarrolladas en los programas de conciliación en equidad  
(Córdoba M, Vargas H 2009)

En la actualidad el número de conciliadores en equidad nombrados por autoridades judiciales supera las 7.549 personas un número muy alto si se tiene en cuenta el costo del programa en cada municipio, sin embargo están presentes en 214 municipios de los más de 1000 que tienen el territorio colombiano.

Es indispensable la descentralización de la figura; una vez conseguidos los avances relacionados con el desarrollo técnico de una metodología de implantación como el

generado en el *Marco de implantación de la conciliación en equidad 2009* es necesario establecer una obligación a los municipios, con el objeto de poderla desarrollar en células más pequeñas de la sociedad, no basta que la conciliación sea municipal, es indispensable que cada barrio o justa vecinal tenga un grupo significativo de conciliadores en equidad entrenados en resolución de conflictos.

Se calcula que existen 45.000 Juntas de acción comunal que tradicionalmente resuelven conflictos; al fortalecimiento de esa pequeña entidad comunitaria debería apuntar las políticas públicas sus acciones, puesto que la encuesta demuestra que son ellas las que responden por la gestión de un importante segmento de conflictividad.

## **1.5 Jueces de paz de Colombia**

Contexto:

Se presenta formalmente como una jurisdicción especial con rango constitucional, pues en la Asamblea Nacional Constituyente se presentó la iniciativa atraídos por la experiencia del Perú e ignorando que meses antes el Gobierno Nacional desde el Ministro de Justicia promovió en el Congreso la expedición de la Ley 23 de 1991 que creó la conciliación en Equidad.

Con este desorden legal, la justicia de paz y conciliación en equidad han coexistido cada una por su cuenta realizando las mismas tareas, con la diferencia conceptual que la justicia de paz no se considera un MASC, pero en sentido práctico las dos figuras para el contexto colombiano son igualmente exógenas e impuestas por el ordenamiento para ser institucionalizadas por la sociedad.

Conflictividad:

Según datos del Consejo Superior de la Judicatura en los últimos años la actividad de los jueces de paz se dedica entre un 70 y 90 % a conciliar, especialmente asuntos civiles entre personas en su mayoría, asuntos de familia y en tercer lugar asuntos comunitarios. En este aspecto se observa que los jueces de paz no abordan principalmente los conflictos de orden vecinal, si bien es cierto los atienden se ve que su actividad está orientada a asuntos donde otras autoridades del Estado también intervienen, evidenciando que la alta conflictividad vecinal no tiene operadores jurídicos exclusivos (CSJ 2012, 108)

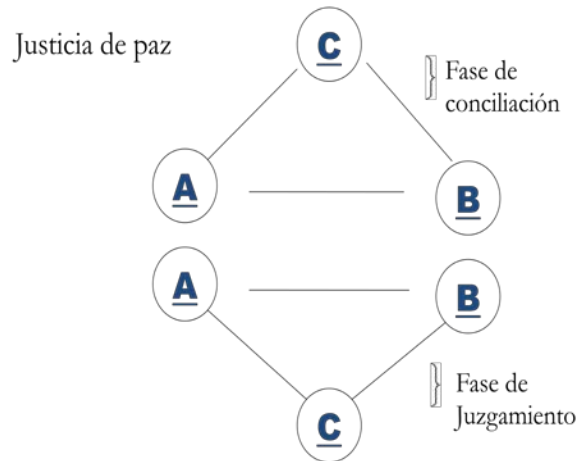
### Características de la institución

La justicia de paz tiene la característica primordial de ser autocompositiva y heterocompositiva a la vez, por lo que representa muchas ventajas para los usuarios en términos de disminución de barreras de acceso y por lo tanto disminución de la victimización, tal y como quedó evidenciado en la Gráfica: 47 Alcance de la gestión de problemas jurídicos basados en la autonomía de la voluntad.

Este mecanismo es el único que en el contexto de Colombia puede ofrecer en un mismo operador las posibilidades de conocer el problema jurídico desde la convocatoria a conciliar hasta la ejecución del fallo, por un principio que estableció la Ley 497 de 1999 según el cual la jurisdicción tendría el carácter de *integral*.

La elección del juez de Paz se hace mediante postulación comunitaria pero también se hace mediante procesos electorales semejantes a los de elecciones de representantes; logística que aumenta los costos del proceso, tornándolo en ineficaz e ineficiente porque la ciudadanía al no estar acostumbrada no participa en la elección.

### Procedimiento



Gráfica: 61 Esquema de la Justicia de Paz

El procedimiento es oral en algunas etapas y escrito en otras, por ejemplo es importante que quede por escrito la aceptación de la competencia, el artículo 23 de la mencionada Ley establece que se levantará un acta; también será por escrito el acta de conciliación según el artículo 28 y la sentencia establecida en el artículo 29.

Esta jurisdicción especial también contempla la posibilidad de revisar el fallo por medio de un cuerpo colegiado, cuestión que raramente ocurre y que se encuentra deficientemente recogida en el procedimiento.

#### Alcances

Atribuye Rodrigo Uprimny el sentido de la bisagra a los jueces de paz colombianos por el hecho de ser una figura comunitaria que toma decisiones en equidad, autorizada por las normas del Estado.

Podemos decir que el juez de paz se sitúa un poco en la intersección de los otros mecanismos de resolución de conflictos; es pues 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 una autoridad reconocida por el Estado, u como tal tiene algunos poderes coactivos, aunque estos 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 sus 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. (Uprimny R 1994, 80)

#### Relación con el Estado:

La justicia de paz tiene el carácter de *Jurisdicción especial*, lo cual quiere decir que es independiente, de hecho la arquitectura legal hace que para la ejecución de las decisiones, no es necesario un proceso ejecutivo ni una remisión al juez ordinario en procedimiento ejecutivo. Las autoridades de policía deberán actuar para el cumplimiento de la sentencia según el artículo 37 Ley 497 de 1993

Lo anterior significa que la jurisdicción de paz no es una bisagra en el sentido como se entiende el resto de figuras, prácticas e instituciones comunitarias; si las partes aceptan la jurisdicción y esta termina con conciliación o sentencia, es ante el mismo el mismo juez de paz que se solicita el cumplimiento.

Este procedimiento es muy interesante por cuanto es *sui generis* al no pasar el conocimiento del conflicto de un operador a otro se disminuye la victimización secundaria y terciaria, lo que garantiza o disminuye las barreras del acceso a la justicia. Aunque no obstante lo anterior es factible pensar que las decisiones de jurisdicción de Paz

son susceptibles de control constitucional si llegase a verse conculcado algún derecho fundamental.

El éxito de la justicia de paz o su destacamiento como opción de justicia radica en la denominación de *Juez* y en la contingencia de que al aceptar las partes su competencia este pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto; por lo tanto hay en esta institución un poder simbólico que puede contribuir a servir de referente social para la gestión de los conflictos. Curiosamente este mismo efecto ocurre en la justicia de paz de Perú, tanto que las dos experiencias coinciden en que la mayor parte de los casos se concilian.

## 1.6 Justicia restaurativa

Se presenta a continuación una referencia a la Justicia Restaurativa, no porque exista una institucionalización de la misma, sino porque es una propuesta contemporánea que puede contribuir a mejorar el estado de la cuestión del acceso a la justicia en el que participan forzosamente los ciudadanos; por lo tanto no se hará aquí un análisis exhaustivo sino una referencia a su potencial.

Contexto:

En términos pragmáticos la noción de justicia restaurativa se refiere a una manera de gestionar conflictos en los que se compromete el Estado, la comunidad donde ocurre el problema, el ofensor y especialmente la víctima, con el propósito de reparar integralmente los efectos provocados por el delito u ofensa y evitando por todos los medios que la gestión no genere efectos negativos para los involucrados.

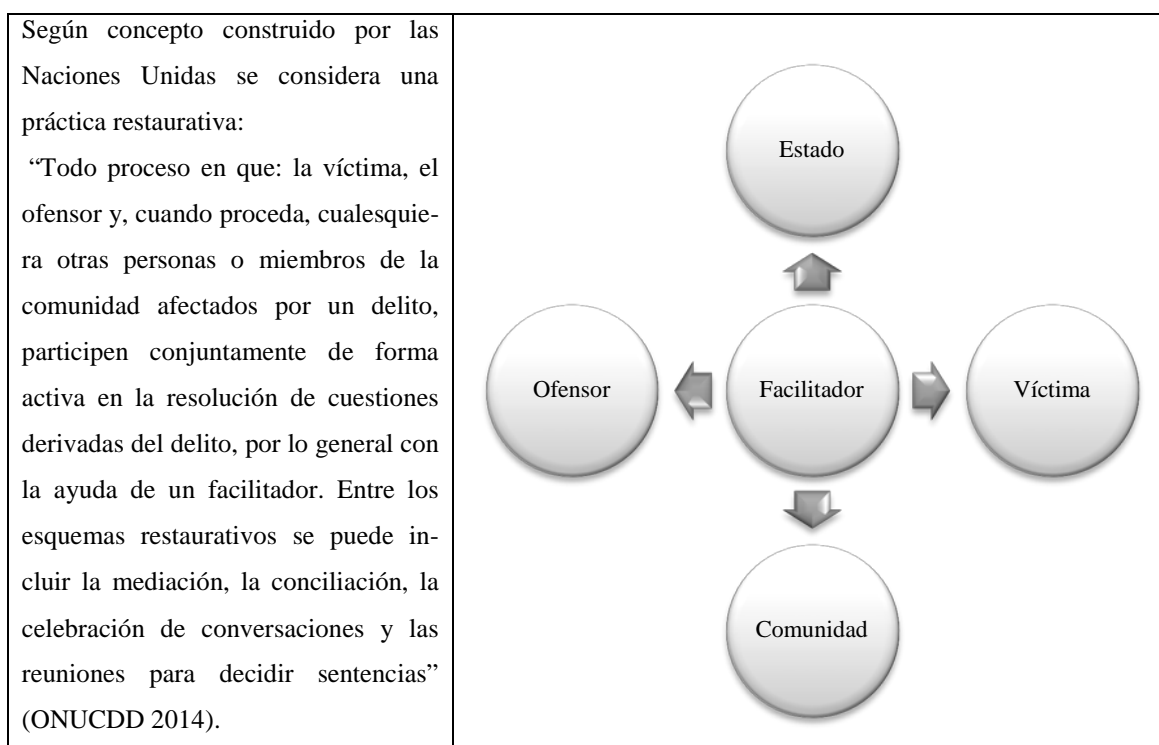
Estas prácticas se proponen ante la incapacidad, ineficiencia, ineficacia, insuficiencia e incomprensión del sistema penal para gestionar la criminalidad de las sociedades contemporáneas, lo cual ha despertado una ola de alternativas que procuren mejores respuestas para la sociedad y para el sistema judicial en general.

Se ha dicho que la justicia restaurativa es la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas: a) La que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación, y consecuentemente la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar; b) la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la

vida del delincuente, y c) la que propició el desarrollo de mecanismos tendientes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente también los de las víctimas (Kemelmajer, A 2005 ,280)

Dentro de esas alternativas se ha dado la vuelta atrás al examen de viejas prácticas y la experimentación de gestiones del conflicto que arrojen mejores saldos pedagógicos para la sociedad; es por esto que desde las organizaciones religiosas, las ONGs, los organismos multilaterales y la academia se despierta el interés por el desarrollo de prácticas restaurativas.

### Gestión - Sujeto - Procedimiento – Alcances:



Gráfica: 62 Esquema de la Justicia restaurativa

Las experiencias de justicia restaurativa, comenzaron a tener reconocimiento en la década de los años 70 del siglo pasado, y se acepta que parte de estas prácticas se recogen de las tradiciones de las comunidades tribales:

Este desarrollo se debe mucho al apoyo, tanto de organizaciones no gubernamentales como de grupos religiosos tales como los menonitas, ya mencionados, y los cuáqueros, así como de comunidades indígenas de

Latinoamérica, África y Oceanía, todos ellos trabajando fuera del proceso penal, como alternativa al mismo. Algunos de estos grupos indígenas están exportando al resto de la sociedad sus fórmulas ancestrales, lo cual es de sumo interés, pues, no lo olvidemos, el derecho consuetudinario indígena se inscribe entre los llamados “derechos de tercera generación” (Cruz J 2013, 113).

Así lo reflexiona en su investigación doctoral Juan Cruz sobre la mediación penal en España. También se pueden confirmar elementos de justicia restaurativa en las prácticas ancestrales del pueblo Wayúu específicamente por aspectos como la institución del Palabrero, la relación con las víctimas y los victimarios, elementos que según Howard Zehr y otros de los principales investigadores de la justicia restaurativa contemporánea presentan para determinar qué es o no restaurativo

#### Características o principios

Si se examinan los elementos de la justicia restaurativa que propone la nueva política criminal en el contexto de Colombia (Art 518 Ley 906 2004 CPP), se comprueba que las experiencias de las que se aprende este tipo de modelos ocurren en la justicia ancestral de las comunidades indígenas de Nueva Zelanda, Canadá o Colombia. Paradójico que aquellos a quienes el sistema penal en su momento consideró inimputables hoy sirven de paradigma para entender cómo un sistema comunitario de justicia es colaborador del sistema oficial, para mantener la paz social (Guerra W 2002).

En sentido sociológico la justicia restaurativa es la recuperación del factor humano en el procedimiento judicial, pues los sistemas jurídicos sufren una despersonalización de sus procesos; en efecto, a medida que las administraciones de justicia ganan en rendimiento y productividad, la interacción de los jueces con las partes se pierde y queda el proceso como una comunicación fría, por memoriales, donde la víctima es invisible y el objetivo del procedimiento es la condena del responsable.

Producto de esa despersonalización del procedimiento judicial, los ciudadanos perdieron la oportunidad de participar e involucrarse con beneficio pedagógico en las decisiones judiciales de sus conciudadanos, en donde todo queda bajo el dominio de los medios de comunicación masivos que ofrecen al ciudadano información “editada” de la realidad judicial.



### Conflictividad:

Los asuntos penales son los de mayor ocurrencia en la sociedad de Colombia: entre la población de extrema pobreza representan el 67% y entre la población general el 43% de todos sus “problemas jurídicos” presentados en los últimos cuatro años, siendo el delito de hurto el más frecuente. El sistema judicial se acomodó, mientras hay crecimiento de la demanda; de hecho, la Fiscalía General de la Nación es la institución del Estado que más conoce problemas jurídicos, pues atiende el 10% de necesidades jurídicas de la población general, el 17.5% de la población en condiciones de pobreza extrema y el 5.8% de las empresas, lo que hace de ella la institución con mayor carga de todo el sector justicia (MinJusticia 2013).

Lo anterior sin contar con las demás instituciones y particulares que también conocen asuntos penales de índole querellable, que se gestionan a través de conciliación, más otros operadores que utilizan diferentes saberes y prácticas de gestión del conflicto que cumplen con los elementos de la justicia restaurativa a que se refiere el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, esto es:

- Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del imputado, acusado o sentenciado, de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento de la actuación.
- Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
- La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
- El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
- Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán por que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

– La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar un abogado (FGN 2010, 122).

Tal y como las definen el procedimiento penal y la doctrina internacional, las prácticas restaurativas son gestionadas por un “facilitador” con arraigo en la comunidad, luego no son las instancias del Estado quienes tienen el control sobre la institución, pero de ellas depende en buena medida su desarrollo y su poder simbólico de autoridad coercitiva que persuade al ofensor para que opte o encuentre beneficios en el perdón y la reparación.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional de Colombia se refirió en los siguientes términos:

Así, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.

Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica (CCC 2005 C-979).

### **1.6.1 Grado o tipo de justicia restaurativa según McCold, P, Wachtel, T**

Los investigadores Paul McCold y Ted Wachtel presentaron en el Congreso Mundial de Criminología en 2003 una clasificación de prácticas de justicia restaurativa

que permite conocer el grado o tipo según el cumplimiento de determinadas características.

La propuesta está diseñada para prácticas formales e informales; de programas de corte exógeno, promovidas por medio de políticas públicas o iniciativa de ONGs:



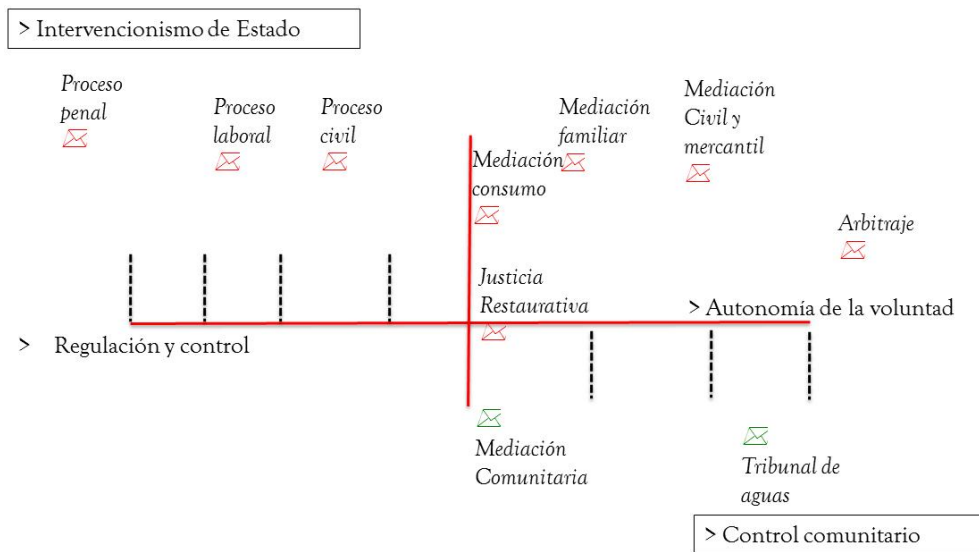
Gráfica: 63 Tipologías de las prácticas restaurativas, tomado de: McCold P, Wachtel T (2003)

En el caso de la Cultura Wayúu, por ejemplo, se trata de una práctica comunitaria, ancestral, endógena e institucionalizada. De modo que se puede comparar el alcance de la figura del Palabrero basados en esos elementos.

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar “parcialmente restaurativo.” Cuando un procedimiento como el de mediación entre víctimas y delincuentes incluye dos partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo.” El proceso es “completamente restaurativo” sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos (McCold P, Wachtel T 2003).

Según se han expuesto las características de la figura del palabrero en el contexto de la comunidad Wayúu, se puede concluir que la institución se encuentra ubicada dentro de una práctica completamente restaurativa o mayoritariamente restaurativa, por cuanto la estructura de la figura se enmarca dentro de esas condiciones, encuentros promovidos por instituciones de la comunidad, tratamiento a la víctima y al ofensor y especialmente compensaciones que van más allá de los aspectos indemnizatorios que conectan con el sistema de tradiciones.

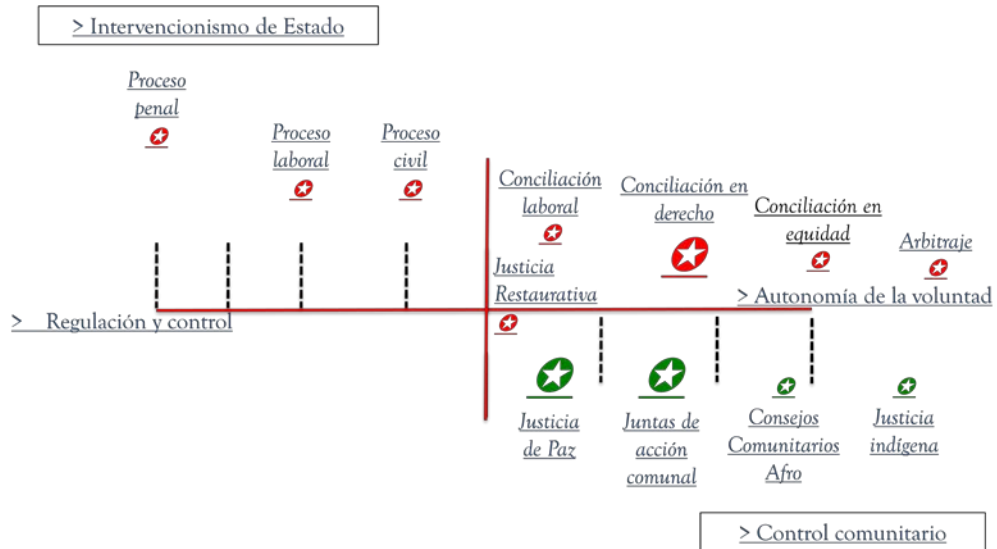
Para concluir la reflexión sobre las instituciones exógenas de primera generación se presentan los siguientes planos cartesianos que a manera de síntesis sobre la gestión jurídica y la gestión efectuada por ciudadanos en el Reino de España:



Gráfica: 64 Grado de autonomía e independencia de las instituciones ciudadanas que gestionan conflictos en España.

La grafica ubica los diversos medios de gestión del conflicto según el grado de intervencionismo de Estado que ejerce control sobre determinadas conflictividades, en la parte superior a la izquierda se ubican aquellos medios más coercitivos que tienen mayor regulación y control desde el punto de vista del orden público. En la parte inferior a la derecha se ubican los que gozan de mayor independencia del derecho formal y autonomía de la voluntad.

El gráfico siguiente ubica en un plano cartesiano el grado de autonomía e independencia de las diferentes instituciones ciudadanas que gestiona conflictos en Colombia:



Gráfica: 65 Grado de autonomía e independencia de las instituciones ciudadanas que gestionan conflictos en Colombia.

En la parte superior se ubican las que tienen mayor intervencionismo del Estado, a la izquierda aquellas que tienen una regulación positiva extrema como las relacionadas con las normas de orden público y los bienes jurídicamente tutelados, a la derecha se ubican las instituciones que gozan de mayor autonomía de la voluntad.

En la parte inferior están las instituciones de carácter ciudadano que no tienen mayor intervención del Estado y que demuestran eficacia a la hora de resolver conflictos. En el esquema se puede interpretar que a mayor ubicación en el extremo derecho, mayor es la autonomía e independencia del derecho del Estado. Lo cual no quiere decir que el mecanismo se encuentre al margen de la Ley o desarrolle procedimientos ilegales o inconstitucionales.

## **2 Metodologías de gestión del conflicto de segunda generación**

Juan Pablo Lederach presentó en Barcelona su conferencia “*más allá de la mesa: espacios estratégicos de dialogo en la construcción de la paz*” en el Congreso organizado por la Fundación “Carta por la Paz” y la Universidad de Barcelona en 2012, en la que presentaba una serie de elementos que justifican la necesidad de establecer creativamente escenarios que superen los típicos encuentros de mesa entre el facilitador y los extremos.

Previo a la propuesta de Lederach los teóricos norteamericanos ya empezaban a identificar unas metodologías que surgieron de manera espontánea y que por su modelo exitoso son tomados como otra forma de gestionar los conflictos dependiendo de su foco y de la especificidad de la cuestión litigiosa. Se pueden establecer algunos elementos comunes que los caracterizan:

- No tienen tipificación legal
- Son más metodologías que instituciones
- Funcionan más allá de las mesas de dialogo donde se celebra la mediación de corto plazo.
- El tiempo de gestión es medido en el medio y largo plazo
- No ocurren en torno a una mesa de mediación o una sala de arbitraje.

### **2.1 Dialogo sostenible**

Se está en presencia de una experiencia de dialogo sostenible cuando los extremos reconocen la existencia de un conflicto e inician negociaciones a largo plazo para lograr superarlo. Pueden recogerse en la práctica muchas situaciones que fueron gestionadas a través de este mecanismo y que servirían de buenas prácticas en resolución de conflictos, por ejemplo los casos en los que la administración pública debe concertar intereses con los particulares, como por ejemplo la recuperación del espacio público ocupado por vendedores ambulantes.

## 2.2 Partnering

Esta es una técnica o metodología que por su denominación en inglés ya delata de donde procede; la primera vez que escuche hablar del *partnering* o trabajo en equipo, fue en el año 2002 a expertos en resolución de conflictos de la Florida, Estados Unidos, sin encontrarse fuentes que desarrollaran en algo la figura.

Por fortuna la editorial REUS incluyó un libro en la colección de mediación un artículo de la Profesora Aurora Hernández Rodríguez una edición sobre Mecanismos de Resolución de litigios ADR en el ámbito de los contratos internacionales de construcción (García L, Tomillo Jorge, Vázquez de Castro E. (dir) 2010, 205)

En él se hace una referencia a la necesidad de prevención de los litigios cuando se adelantan obras de infraestructura de gran impacto; este tipo de obras producen desde el inicio una serie de conflictividad interna y externa que bien puede gestionarse si se ejecuta una planeación de los diferentes riesgos de conflicto según la interacción con diferentes extremos (García L, Tomillo Jorge, Vázquez de Castro E. (dir) 2010, 211).

La metodología está basada en diferentes grupos de trabajo que se encuentran para intercambiar información y ponerse de acuerdo; por ejemplo en los aspectos ambientales es posible reunir a la comunidad adyacente que eventualmente se ve perjudicada con la intervención, para mitigar las externalidades y de esta manera establecer acuerdos con las autoridades responsables.

También es posible crear un frente interno que resuelva las disputas entre el personal que ejecuta la obra y las diferentes especialidades que intervienen. Del mismo modo es importante establecer acuerdo con los proveedores de servicios externos desde financieros hasta de materias primas y tecnológicas.

Esta metodología involucra otros MASC como por ejemplo la mediación o la conciliación y su duración depende de los años que dura la obra y de los frentes que esta deja abiertos en materia de conflictividad.

## 2.3 Defensor del cliente

La institución moderna está inspirada en la figura del tradicional *Ombusman*; contemporáneamente se busca que la figura del Defensor del cliente analice procesos industriales o las gestiones administrativas que son causantes de la ocurrencia de con-

flictos en masa, su misión es proteger a los consumidores de bienes o usuarios de servicios y a su vez a la unidad productiva.

La misión del defensor del cliente es modificar los procedimientos; por esta razón se trata de un designado por las más altas directivas de modo que su influencia y autoridad pueden corregir las deficiencias generadoras de conflicto.

Se trata de un mecanismo de segunda generación porque la misión genuina del defensor no radica en atender o mediar caso por caso, por supuesto que una oficina de esta naturaleza puede tener integrado este servicio, pero lo importante es actuar para prevenir conflictos eventuales y corregir deficiencias que pueden acarrear a las organizaciones.

## **2.4 Evaluación neutral de casos**

Este mecanismo consiste en hacer un análisis de contexto de la situación, por medio de expertos en resolución de conflictos, técnicos expertos en un conocimiento o juristas. De modo que pueden proponer a las partes en su conjunto o a una de ellas, las mejores opciones para la solución de la controversia y anticipar cuales pueden ser las soluciones más favorables para su solución.

Es a donde deben avanzar los servicios de gestión de conflictos y la asesoría jurídica, a brindar a las partes opciones y alternativas diferentes al trámite judicial para gestionar los conflictos; este mecanismo se ha intentado también desde las políticas públicas como una forma de descongestión de los despachos judiciales.

## **2.5 Mini-trials**

Esta experiencia de influencia norteamericana se ampara en un contrato entre las partes donde se otorga poder a las oficinas de abogados; cada representante de los extremos hace un análisis jurídico y técnico del caso y lo presenta a representantes de la contraparte, de modo que en una sesión o varias que pueden durar incluso meses se puede llegar a tomar una decisión con la ayuda de un tercero neutral denominado *advisor*. (García L, Tomillo Jorge, Vázquez de Castro E. (dir) 2010, 213).



## 2.6 Online Dispute Resolution (ODR)

Parece que toda comunidad que interactúa con algún grado de organización desarrolla estructuras de resolución de conflictos de manera espontánea, es por eso que la sociedad del presente a buscado la manera de incorporar las nuevas tecnologías al campo de la gestión de los conflictos en línea (ODR por sus siglas en inglés), lo que despierta la curiosidad saber ¿qué pasa en internet? ¿Internet es una nueva comunidad? ¿Cuáles son los conflictos? ¿Cómo se resuelven de momento? ¿Cómo es su área de caos? De qué manera en esa regulación intervienen los ciudadanos.

Toda comunidad construye instituciones para la gestión de sus propias controversias y el siglo XXI irrumpe con creación, innovación y desarrollo de nuevas formas de comunicación capaces de generar otra organización social, independiente de la local basada en la tele-presencia de los ciudadanos en Internet. Es la sociedad de la información a través de la Tecnología de la Comunicación y la Informática (TIC). Antes de finalizar el milenio Manuel Castells consideraba que esa sociedad de la información provocaría inmenso placer por la rapidez de la información y a la vez grandes dificultades:

Esa virtualidad es nuestra realidad, porque es dentro de la estructura de esos sistemas simbólicos atemporales y sin lugar donde construimos las categorías y evocamos las imágenes que determinan la conducta, inducen la política, nutren los sueños y alimentan las pesadillas (Castells M 2006, 420).

Pertenecer a esa comunidad virtual genera innumerables situaciones complejas; aparentemente es un acto voluntario, pero día a día el ingreso es forzoso, lo que provoca exclusión y exigirá de cualquier ciudadano cierto conocimiento tecnológico, permanente actualización y disposición de medios para la participación.

La conflictividad derivada de la interacción en Internet rompe los esquemas de la conflictividad tradicional; si se recuerdan los elementos del conflicto allí se analiza que las partes no se encuentran presencialmente en el mismo foro, pueden ser multipartes, un grupo de afectados o varios los responsables de cumplir una prestación. Sujetos que fuera de la red pertenecen a sistemas jurídicos, mercado y comunidad diferentes.

En una relación virtual esta resulta ser una “cuarta parte” por ejemplo una transacción celebrada por medio de la página [www.ebay.com](http://www.ebay.com) intervienen: vendedor, comprador, banco que realiza una operación telemática, servicio postal y esta página. ¿Qué ocurre si, por ejemplo, el comprador paga pero no recibe el producto? Existe un Centro de soluciones de la propia eBay, y en el siguiente enlace se expresa una situación particular ocurrida [<http://solo.infames.org/de-como-un-powerseller-me-robo-50-euros-y-de-como-ebay-no-hizo-absolutamente-nada-para-ayudarme/>] Así las cosas es indispensable institucionalizar nuevas prácticas de gestión de esa especial conflictividad.

Seguramente es como la necesidad crea el órgano y surge el concepto de resolución de disputas en línea cuya sigla es (ODR), estudiado por Fernando Esteban de la Rosa y sobre el que se refiere así:

Diferentes tipos de procedimientos y técnicas de solución de conflictos que tienen en común el hecho de utilizar la tecnología de la comunicación y la información (TIC). La caracterización “*online*” alude a que el método de provisión del servicio de resolución de diferencias es suministrado en línea, lo que ocurre cuando las diversas fases del proceso, como la presentación de escritos, las notificaciones, las deliberaciones y los resultados, son llevados a cabo a través de medios electrónicos utilizando, por ejemplo, plataformas multifuncionales, software de negociación o de acuerdo, documentos y formularios en línea, la firma electrónica, programas de seguridad, salas de chat sincronizadas o no sincronizadas, mensajes instantáneos, correo electrónico, video conferencia, voz IP, y cualesquiera otros medios típicos de los entornos virtuales (De la Rosa F 2011).

La cuestión es ¿quién presta el servicio de solución de conflictos, ¿cuáles son esos procedimientos y técnicas? En la práctica hasta el momento los marcos regulatorios no son suficientes, lo que se ve son unas prácticas privadas como por ejemplo las realizadas por *eBay*, compañía dedicada a la compraventa de productos.

Una de las principales conflictividades ocurre en materia de consumo según otra publicación de Fernando Esteban de la Rosa ocurre el siguiente fenómeno:

La escasa cuantía de las reclamaciones de consumo hace que, en la mayoría de las ocasiones, el consumidor quede privado de obtener una satisfacción cuando durante el cumplimiento del contrato surge algún problema, pues no suele merecer la pena iniciar trámites judiciales, y menos aun cuando el contrato es internacional, dada la escasa cuantía de la disputa” (De la Rosa F 2012, 157 - 188).

La comunidad virtual está compuesta por individuos que se caracterizan por:

i) Tienen *acceso a Internet*, interactúan en él, establecen actos de intercambio de bienes y servicios, contraen obligaciones, negocios jurídicos y hasta cometen daños. Quienes no tienen acceso a Internet por falta de medios económicos o intelectuales se encuentran excluidos, del mismo modo forzosamente el medio impone a los individuos a interactuar a través de él.

ii) Consecuencia de lo anterior el acceso a Internet genera una *tele presencia*, conseguida en el siglo pasado por otros medios de comunicación pero lograda completamente a través de esta realidad virtual. Si esa tele presencia traspasa las fronteras de las naciones, el derecho que ampara a uno de los ciudadanos difícilmente aplica al otro, aún si es aplicable esa ausencia de proximidad hace imposible una causa judicial. La relación virtual que esas partes establecen físicamente no se encuentra en ningún sitio.

Las relaciones establecidas en Internet, si bien son virtuales, son semejantes a las realizadas en cualquier otro escenario comunitario, con matices discutibles aplica para esas relaciones la misma teoría de los conflictos expuesta en este trabajo de investigación en la primera parte, son semejantes a las que pueden existir para otras comunidades humanas. Solo que esa comunidad virtual se encuentra en proceso de construcción de su *tópica* (dicho de otra manera de sus reglas de juego o principios de actuación).

El ciberespacio presenta como característica fundamental un ensanchamiento artificial y arbitrario del mundo real como consecuencia de la masificación de los medios electrónicos, de los acumuladores de información y de las redes de intercomunicación de datos que permiten a individuos, gobiernos y empresas interactuar bajo formas, modelos sociales y características diferentes –quizás simplemente complementarias al mundo real (Peña D 2001, 51).

En efecto el profesor Daniel Peña Valenzuela y toda la comunidad jurídica se sorprende en estas primeras décadas del siglo porque si bien es cierto que toda la vida el derecho ha corrido detrás de la realidad social sin alcanzarla, en esta oportunidad la realidad social salió del escenario de control jurisdiccional de los Estados.

“El ciberespacio como nuevo espacio de contraposición de intereses debe ser regulado de manera legal y social, pero que esa regulación tradicional estará condicionada en gran medida por la forma en que se construyan las herramientas tecnológicas, las redes y aparatos de telecomunicaciones, los programas de ordenador y los controles de seguridad de contenidos y transacciones en línea.

Esta nueva comunidad está conformada por dos generaciones claramente diferenciadas por la brecha tecnológica que las separa, lo que marca ya una caracterización del tipo de sociedad que se está constituyendo. Los nacidos bajo esta nueva influencia se denominan *Nativos digitales*, sus habilidades para la toma de decisiones es sorprendente, sus procesos de aprendizaje más rápidos, igual que su capacidad para el aprendizaje de idiomas:

...es el término que describe a los estudiantes, menores de 30 años, que han crecido con la tecnología y, por lo tanto, tienen una habilidad innata en el lenguaje y en el entorno digital. Las herramientas tecnológicas ocupan un lugar central en sus vidas y dependen de ellas para todo tipo de cuestiones cotidianas como estudiar, relacionarse, comprar, informarse o divertirse (García F, Portillo J, Romo J, Benito M, 2007, 3).

Los otros son nacidos antes de esta era digital *inmigrantes digitales* con limitaciones para comprender el nuevo lenguaje de las telecomunicaciones y forzados en muchos casos a pertenecer a un mundo que no construyeron:

“Son aquellos que se han adaptado a la tecnología y hablan su idioma pero con “un cierto acento”. Estos inmigrantes son fruto de un proceso de migración digital que supone un acercamiento hacia un entorno altamente tecnificado, creado por las TIC. Se trata de personas entre 35 y 55 años que no son nativos digitales y han tenido que adaptarse a una sociedad cada vez más tecnificada.

Entre ambas generaciones las diferencias pueden ser importantes:

En contraste con los inmigrantes, con cierta tendencia a guardar en secreto la información (el conocimiento es poder), los nativos digitales comparten y distribuyen

información con toda naturalidad, debido a su creencia de que la información es algo que debe ser compartido” (García F, Portillo J, Romo J, Benito M, 2007, 3).

Escapar a pertenecer al mundo virtual es casi imposible, para ello es necesario conocer el nuevo lenguaje de la información además de otros idiomas, a esto se añade la dificultad de que las reglas de juego no son claras por lo que se aprecian las siguientes dificultades que pueden constituir la conflictividad propia de la vida *On line*.

La falta de transparencia, falsedad de la identidad, puesto que no es posible conocer quién es en realidad el sujeto que se presenta al otro lado de la emisión. El fraude en las transacciones, incumplimiento de contratos, difamación, abusos del consentimiento, abusos a la integridad psicológica, publicación de la intimidad, abuso de la propiedad intelectual, intimidación.

Por lo anterior son necesarios el establecimiento de “principios” que gobiernen ese espacio de realidad virtual, ese gobierno es supranacional, no solo obedece a normas sociales y jurídicas como: las relativas a la transparencia, privacidad, consentimiento válido, protección legal de alguna Nación de origen o la creación de una autoridad virtual.

Como comunidad que es, esa aldea virtual ha creado “medios de control” el primero de ellos es la “autorregulación” llevada a cabo directamente por los interesados y especialmente por la parte interesada en sostener un alto volumen de intercambio y conducida por la presión social. Los integrantes de esta comunidad virtual se mueven como estorninos y por alguna razón de un día para otro pueden tomar decisiones en masa.

De ahí la aparición de otros medios más tipificados como este de las ORD, los sistemas de quejar y reclamos, la derivación al arbitraje, en algunos que lleva implícita la renuncia a la jurisdicción. Además se proponen otros como un seguro jurídico que financie la resolución de controversias y la agrupación de pequeñas cuantías de reclamaciones para que se adelanten en una sola causa siempre que se hagan en contra de un mismo proveedor por ejemplo.

# CAPÍTULO VII

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

### 1 Conclusiones generales.

De las anteriores reflexiones y hallazgos encontrados por los caminos metodológicos propuestos se pueden extraer entre otras las siguientes conclusiones para responder a las hipótesis y cumplir el objetivo general y los específicos:

#### 1.1 Uso de la metodología de identificación de Necesidades Jurídicas, mediante la GENNJI 2013

Como quiera que el punto de partida de la investigación doctoral se basó en el trabajo de DEA sobre Necesidades Jurídicas, a continuación se presenta una comparativa de lo que fueron las conclusiones de la encuesta hecha en 2009 y la finalizada en marzo de 2013 por el hoy Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia.

<b>Conclusiones DEA 2009</b>	<b>Conclusiones GENNJI para la Tesis 2014</b>
Las dimensiones de los hechos jurídicos y los conflictos son un universo tan grande que el sistema de judicial formal, nunca podrá comprender en su totalidad.	Conclusión comprobada, se generan propuestas para continuar con la visión de una sola justicia con participación ciudadana.
No es adecuado para una sociedad judicializar todas las Necesidades Jurídicas.	Sin embargo tampoco es adecuado que exista un 50 % de problemas jurídicos sin resolver.
El sistema de justicia formal no protege todas las necesidades humanas con la misma prioridad.	Se identifica demanda no expresada, no regulada y no satisfecha.
Los instrumentos y metodologías probados para medir “necesidades jurídicas”, son fiables para proveer la demanda, aunque resulta muy costoso para aplicarlo a todo el país.	Se demuestra que pueden ofrecerse mejores mediciones.

<b>Conclusiones DEA 2009</b>	<b>Conclusiones GENNJI para la Tesis 2014</b>
Los resultados de las investigaciones no solo dan cuenta de los problemas de la oferta de Justicia, sino que reflejan otra serie de barreras estructurales, culturales y sociales que frenan la confianza en el sistema de Justicia.	Se comprueba la existencia de patologías en la justicia.
El sistema de justicia formal recibe un porcentaje menor al 20 % de los conflictos que tienen los ciudadanos.	En la nueva medición el porcentaje es menor y la base de medición descubre otros operadores.
La falta de recursos económicos es una causal poco frecuente para no acceder a la Justicia. Aunque es la población con Necesidades Básicas Insatisfechas (en adelante NBI) la que presenta más necesidades jurídicas.	Se continúa confirmando que la población más vulnerable tiene más necesidades jurídicas insatisfechas, aunque se comprueba que los costos no inciden directamente sobre el acceso a la justicia.
Es posible mejorar el enfoque de Necesidades Jurídicas, superando el indicador de (NBI) por el del Desarrollo a Escala Humana.	Se utilizó el criterio de necesidades humanas para construir los instrumentos de medición.
Sólo es posible interpretar las Necesidades Jurídicas con una visión amplia del derecho (Pluralismo Jurídico), amplia de la sociedad (con NBI, sin NBI o en condiciones de miseria o de pobreza).	Se logran cruces de variables que permiten mejorar la comparación de la información.
La acción del poder judicial no es suficiente para la superación de conflictos tan recurrentes en la población, como los tenidos con las Instituciones de Servicios de Salud, o las de servicios públicos o educación.	Se identifican aspectos positivos y negativos de la gestión judicial del conflicto.
Las personas encuentran más dificultades en la superación de sus Necesidades Jurídicas más por la percepción de ineficiencia y pérdida de tiempo en los despachos judiciales que en la falta de oferta.	Se desvirtúa por completo esta conclusión.

La metodología de identificación de Necesidades Jurídicas permite conocer los problemas de la justicia desde los usuarios y se puede proponer para construir un indicador social que se denomine algo así como: *índice de caos*, que permita identificar en las sociedades el volumen de conflictos que no tienen posibilidades de recibir algún tipo de gestión y las causas por las cuales esto ocurre.

Esta información resulta de mucha utilidad para orientar las políticas públicas, para enfrentar los verdaderos problemas de la sociedad y para asignar responsabilidades institucionales con mayor asertividad.

## **1.2 Las necesidades jurídicas de la población.**

La metodología de necesidades jurídicas determina un antes y un después en el análisis e identificación de problemas estructurales de la justicia, puesto que rompe dos visiones predominantes que siempre condujeron a error a las autoridades que toman decisiones en la administración de justicia:

El primero, solucionar los problemas de la oferta de servicios de justicia sin tener en cuenta la demanda; eso conduce aún a grandes equivocaciones como la de considerar que el problema de la justicia sea la congestión judicial y que la solución es impedir que los ciudadanos utilicen la jurisdicción. El segundo error es afirmar que todos los problemas jurídicos los resuelve el derecho como lo afirma la mayor parte de la comunidad jurídica, que sin estudios en la mano rápidamente sueltan afirmaciones como la de decir que la vía prioritaria y mayormente utilizada, para la resolución de conflictos sea la vía judicial.

Afirmaciones ligeras como las encontradas en literatura jurídica, lo que trae como consecuencia pensar que el conjuro es impedirle al ciudadano el uso del sistema, cerrarle la puerta y presionar para que utilice otras vías y en el peor de los casos no pueda hacer nada en la solución de los conflictos.

De ahí que los estudios de identificación de necesidades jurídicas deben ser uno de los criterios a tener en cuenta para tomar decisiones de política pública, cuestión que puede ser considerada como un enfoque nuevo que se enmarca dentro del análisis neoinstitucional del cual se hizo referencia y reflexión en el contenido de la tesis.

El problema más estructural del acceso a la justicia no está en la congestión judicial ni en las instancias administrativas, sino en el escandaloso porcentaje de necesi-



dades jurídicas donde los ciudadanos no hacen nada para solucionar y se resignan. La razón más común para dejar las injusticias así, es la falta de medios para iniciar una acción o la falta de pruebas. Estas necesidades jurídicas insatisfechas se presentan en el 51,9% de los problemas jurídicos de la población general, 66,7% de la población en extrema pobreza y 23% de los empresarios, involucra todas las dimensiones del individuo y todas las áreas del derecho, penal, laboral, civil, administrativo, entre otras.

La resignación conforma un área de caos difícil de contener que aumenta la conflictividad, perpetúa los juegos de poder y empodera al crimen organizado, frena el intercambio de bienes y servicios entre otras muchas consecuencias nefastas para la paz social. Es un círculo vicioso que requiere obviamente de la participación de los ciudadanos en la gestión de lo público, tanto en las actividades de resolución de conflictos como en la construcción de tejido social y comunitario.

A problemas estructurales soluciones estructurales, ahora que el Estado a través de las técnicas de encuesta puede ver el panorama del bosque, sabe que los problemas no se concentran en la *rama* y debe empezar a replantear la manera como en Colombia se administra justicia, a mejorar la respuesta de las instituciones disminuyendo actores procesales y aumentando el número y la eficiencia de los juzgados.

Contrario a lo que se creía el sistema judicial es la excepción para resolver los problemas jurídicos de la sociedad, en su conjunto actúa como un recurso de casación sobre una minúscula muestra, en el caso de la población general solo el 1,2% de los problemas jurídicos accede al conocimiento de los jueces, en población en extrema pobreza es del 1,4% pero si resulta cinco veces superior entre los empresarios (5,8%).

### **1.3 Elementos de análisis del conflicto**

Se espera que el análisis hecho en el primer capítulo, sobre el conflicto y su contexto regulatorio permita ofrecer otra visión que aporte elementos para analizar y planear intervenciones que permitan la gestión del conflicto. Aunque se echa mano de las cifras aplicadas al contexto de Colombia para aproximar a una teoría del conflicto más compleja, este apartado tiene la pretensión de aplicarse conceptualmente en sentido general para otros contextos.

La identificación de las formas de regulación en la sociedad: Estado, mercado y comunidad son principios imperfectos de regulación, se tocan, cruzan, chocan y cam-

bien constantemente. Estos elementos, permiten entender el papel de la administración de justicia y la influencia que recibe de las sinergias espontáneas de la cultura y el modelo económico, que son variables en cada comunidad, y que en algunos aspectos se imponen ante la imposibilidad del poder regulador del Estado de controlar toda la dinámica de una nación.

Si existe un escenario en que es indispensable la construcción de *institucionalidad* ese es el de la gestión de los conflictos, porque la cohesión social ocurre en torno a ellos. De ahí que construir y preservar instituciones ciudadanas es la solución a múltiples problemas estructurales actuales. No hay salida diferente para la gestión de los grandes bloques de conflictividad social sumida en el caos.

Sobre este aspecto son muy valiosas las propuestas de ciudadanía de Adela Cortina en las que reconoce que el Estado de Bienestar es insostenible y que los Estados modernos debe convertirse en Estados de Justicia; sin embargo se concluye que la inmensa tarea de la justicia no puede ser responsabilidad exclusiva del aparato estatal sino que sus actuaciones representen pedagógicamente las mediaciones en las que como sociedad nos ponemos de acuerdo.

Se trata de un desafío para la sociedad, de alguna manera las relaciones entre la sociedad (comunidad) y el Estado sufren de una renovación. La cuestión está relacionada con el modelo de Estado y de sociedad que pueda responder a la problemática. Urge más institucionalidad ciudadana a partir de las figuras asociativas y comunitaria. Es evidente el caos estructural provocado por su destrucción por dejarse llevar por las tendencias más estatistas, de delegación en el propio Estado, y lo que es peor las liberales, de confiar en el mercado como asignador de las oportunidades de acceso a los satisfactores de necesidades jurídicas.

## **1.4 La administración judicial**

En materia de encuestas una es la percepción que se tiene del servicio de justicia por parte de la población en general la cual generalizadamente puede ser pesimista y otra la satisfacción real del servicio. Esto último se preguntó en la GENNIJ 2013 y se logró conocer que la población que accede a los servicios hace una valoración muy positiva de él. Lo que da pie a afirmar que los problemas más graves no están en la pres-

tación de los servicios que se prestan a la población sino en la negación del servicio a los que no pueden acudir.

El poder judicial, tiene la competencia exclusiva de dirimir los asuntos entre particulares y estos con la administración. Esa arquitectura del Estado de Derecho parte de considerar que es un imperativo la necesidad de gestionar los conflictos por medio de las autoridades del Estado, especialmente como medio simbólico de persuasión, como máximo órgano de interpretación jurídica que determina el alcance y límite de los derechos, porque es el poder de coacción legítimo para el control de la asimetría o equilibrio en los juegos de poder, la garantía de seguridad jurídica y las medidas necesarias para la prevención del conflicto.

Pero la forma como está concebido el sistema judicial, sumado a la creciente demanda de servicios jurídicos, hizo que la infraestructura y los recursos destinados para la administración de justicia colapsaran y resulten cada día más ineficientes y por lo tanto ineficaces, razón por la cual se tomaron medidas de política pública no solo en Colombia sino en todos los sistemas judiciales del mundo para tramitar esos problemas jurídicos ante operadores diferentes a los jueces.

Así es como en el caso particular de Colombia desde hace veinte años se busca por todos los medios posibles desarrollar los MASC con el argumento inicial de descongestionar los despachos judiciales. Una década después la experiencia en resolución de conflictos por medio de la conciliación mejoró los argumentos del discurso de la alternatividad y encontró que las causas no estaban solamente en la descongestión sino en una mejor comprensión en el tratamiento del conflicto (Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1997).

Después de veinte años del uso de la conciliación como principal instrumento “alternativo” de solución del conflicto, se puede demostrar la recurrencia de su uso, incluso su capacidad para descongestionar la justicia. Gracias al trabajo de investigación socio-jurídica desarrollado en Colombia en los últimos cinco años recogido en la (GENNJI) se descubren contundentes evidencias de fenómenos que anteriores diagnósticos no lograron observar, como por ejemplo que la tutela judicial efectiva solo ocurre en un porcentaje minúsculo de litigios, lo que significa que lo realmente alternativo es el sistema judicial.

Los problemas jurídicos no los conoce el sistema judicial por muchas razones: porque depende de lo ya mencionado en el análisis del conflicto en general: La estructura de oportunidad, la dinámica, la motivación del perjudicado o como producto de la protección especial que el Estado brinda a determinados bienes jurídicos en donde garantiza el acceso prioritario; como son los casos de la violencia intrafamiliar, la infancia y algunos delitos, en los demás casos ocurre una selección del mercado que hacen los abogados litigantes; solo quien tiene medios económicos además de un determinado conocimiento cultural de sus derechos, puede aspirar a que sus causas se litiguen, a gozar de las prerrogativas del Estado de Derecho como recibir amparo, pedir medidas cautelares y las posibilidades que otorga el sistema en general para resarcir perjuicios y de esta manera obtener la satisfacción jurídica.

Si la judicatura quiere cumplir su función de persuasión a la sociedad debe triplicar su productividad, mejorar su tiempo de respuesta, pasando de uno de cada cien problemas jurídicos a por lo menos tres de cada cien problemas jurídicos de la sociedad, aproximar sus decisiones a las principales necesidades humanas y desaparecer el criterio de mercado para seleccionar los asuntos de que conoce.

Parece una propuesta absurda pero si la judicatura quiere ofrecer un servicio eficaz al ciudadano debe pensar en una especie de *judicatura comunitaria* que rompa el dialogo formalista con los intermediarios letrados, se acerque a los problemas, interactúe con la ciudadanía, maneje y utilice el nuevo conocimiento de resolución de conflictos, haga divulgación efectiva de las decisiones judiciales y aproveche escenarios coyunturales para hacer pedagogía a partir de la jurisprudencia.

Las visiones más formalistas de la administración cuestionan el papel de los jurados de conciencia pero ignoran las formas comunicativas y pedagógicas de vincular al usuario con la justicia, puesto que resulta imposible ofrecer una sentencia por cada problema jurídico que se presenta; cada sentencia se debe convertir en una acción comunicativa que retumbe y tenga efectos pedagógicos en la sociedad.

Por lo tanto debe mejorar la divulgación de sus actuaciones, no dejándolas al arbitrio de la prensa sino además estableciendo comunicación directa con la sociedad, a través de las audiencias públicas, de los nuevos medios de comunicación, asumiendo la responsabilidad de organizar el principio de alternatividad, con criterio comunitario y participación ciudadana.

Como lo advierte Natalia Gheraldi, promover el uso del sistema judicial, puede llevar al extremo de judicializar todo, lo que también puede ser un error, ya que administrativa y socialmente deben surgir las oportunidades para que se vivan los conflictos; ningún Estado puede poner a cada ciudadano un abogado, lo que sí puede promover es la forma de involucrar al ciudadano con la justicia, ofreciendo más educación jurídica, simplificando procedimientos para permitir su participación en el proceso, estimulando el uso de MASC especialmente en aquellos donde las partes son iguales y ninguno de los extremos puede perjudicar al otro.

Si bien es un principio declarado, el sistema judicial es público y gratuito, pero previamente el mercado hace una selección natural a través de los abogados litigantes, quienes además de valorar el contenido jurídico examinan el provecho económico, litigando solamente los casos en donde las partes están dispuestas a pagar el costo de sus honorarios. No existe regulación ni promoción eficiente para que los particulares acudan a la autoridad judicial sin representación de abogado. Salvo por la acción de tutela, se puede decir que no hay proximidad de los jueces con las comunidades a las que administra justicia.

La judicatura no está obligada al imposible de gestionar toda la conflictividad, pero si debe actuar en coordinación con el poder ejecutivo y con las redes comunitarias de ciudadanos para conocer más volumen de los asuntos que afectan con mayor reincidencia a la sociedad provocando daños estructurales, para tirar línea y fijar criterios, pautas que sirvan de pedagogía y que se puedan divulgar de manera que la función judicial pueda cumplir ese carácter de persuasión al que se refiere Bonafé.

También se ha advertido a lo largo de esta tesis acerca de la victimización secundaria a la que están expuestos los ciudadanos cuando exponen su situación ante más de un operador, por eso es indispensable que la justicia actúe en coordinación con las instituciones ciudadanas y del poder ejecutivo de modo que si no se pueden evitar efectos negativos de la intervención, por lo menos que estos sean mínimos y afecten al menor número de ciudadanos.

### **1.4.1 Rumores populistas sobre la Justicia:**

La siguiente es una reflexión que deja el ejercicio de haber analizado el comportamiento del sistema judicial en su conjunto, visto por los usuarios y que rompe algunas ideas fijas sobre la administración judicial.

La justicia es gratuita:

Se comprueba que por ejemplo en el caso de la conciliación accede la clase media y al sistema de justicia formal solo accede quien tiene recursos para pagar un abogado. El principio de gratuidad en el poder judicial en el caso de Colombia es relativo, porque representa un costo para el ciudadano y en el caso de España es absoluto porque además de estos costos, está el de las tasas judiciales.

El costo atribuible al ciudadano es fijado por el mercado, quien selecciona a partir de sus imperfectas reglas naturales, quiénes entran al sistema judicial y en qué casos, porque puede que una persona en condición de extrema pobreza entre al sistema judicial, pero puede ocurrir que lo haga porque el mercado de la asesoría legal encuentre interesante una demanda contra el Estado por monto de las pretensiones.

El poder judicial resuelve la conflictividad social:

Como se demostró el poder judicial no llega siquiera a ser representativo de los problemas jurídicos que afectan a la sociedad.

La mayor parte de los pleitos judiciales benefician a los empresarios:

Si bien es cierto que los empresarios son el grupo poblacional que en mayor proporción disfruta del servicio de asesoría legal, porque tienen el dinero para acceder a ese mercado, el discurso jurídico que utiliza el asesor jurídico, hace que transforme una realidad mercantil a un lenguaje jurídico y conducir la dinámica de estos conflictos al plano adversarial, cuestión que quedó reflejada en la encuesta, y que no constituye el mejor *satisfactor* de los conflictos que le ocurren a los empresarios.

El problema es la tutela:

En el caso de Colombia la acción de tutela, que ampara y protege a la población de las violaciones a los derechos fundamentales especialmente de los abusos cometidos por la administración pública es la gestión más importante oportuna y eficiente del sistema judicial. Se puede afirmar que la jurisdicción se justifica por la defensa que hace de los derechos fundamentales que controla a toda la jerarquía administrativa del poder ejecutivo. Esta competencia es exclusiva de los jueces, es una categoría de problemas jurídicos.

Los jueces resuelven asuntos que deberían resolver otras autoridades:

Constantemente se evidencia en los documentos oficiales y en la opinión de los administradores de justicia el discurso de la congestión para justificar y eludir la responsabilidad constitucional del juez; esta actitud es la causa principal de la fuga de litigiosidad.

Sin embargo algo de razón tienen cuando en los asuntos de la jurisdicción de tutela y de los contencioso administrativo, los jueces reiteradamente producen jurisprudencia sobre los mismo asuntos, sin que el poder ejecutivo y legislativo pongan remedios estructurales a las reiteradas fallas del servicio público. Constituyendo lentamente un estado generalizado de violencia estructural en términos de Galtung o estado de inconstitucionalidad en términos de la dogmática jurídica constitucional.

Es el caso reiterado y recurrente en Colombia de la ineficiencia en el servicio de salud, en los derechos a la seguridad social o pensional, en la garantía de los derechos de los desplazados, entre una larga lista de asuntos sobre los cuales no basta pronunciarse para dirimir un asunto concreto sino que sufrido por la población de forma tan recurrente, es indispensable que el estado en su conjunto ponga medios para enderezar circunstancias estructurales.

Se corre el riesgo de privatizar la justicia:

Afirmar que la justicia corre el riesgo de ser privatizada especialmente cuando se propone que la ciudadanía participe en la gestión de ciertos asuntos, es desconocer que desde que existe asistencia legal organizada por medio del mercado sin mayores criterios de regulación, el acceso a la administración de justicia es selectivo y privatizado.

También es desconocer que en la sociedad existen tres poderes de regulación que actúan con sinergia en mayor o menor fortaleza dependiendo de la estructura social, pero que no pueden desaparecer (Estado, Mercado y Comunidad), el desconocimiento del poder regulador de la comunidad (la cultura como la entenderían algunos) o su desaparición como poder regulador afecta gravemente a las sociedades; la evidencia está en el sector justicia, del que la modernidad e institucionalización de los Estados Nación despojó de competencias y responsabilidades ciudadanas y terminó generando anomias, instrumentalización de la justicia y deshumanización.

Mucho daño se hace a la sociedad considerando de manera maniqueista que el mundo es Estado o Mercado; rompiendo estructuras, dinámicas sociales, factores de cohesión, mediaciones sociales, bienes comunes, acciones solidarias, que no deben desaparecer sino transformarse respetando el marco de los derechos fundamentales, para comprender las claves de los pasos para alcanzar una nueva civilización.

Lo que el Estado no resuelve lo hace la violencia:

Es una afirmación frecuente e irresponsable en la literatura de resolución de conflictos y de administración de justicia si no se acompaña de un argumento estadístico. En efecto existe violencia directa cuando hay conflictos que no tienen una adecuada gestión, así lo demostró el estudio de la Universidad de Antioquia sobre lesiones personales pero primero, esos no constituyen la mayoría de los conflictos y segundo, esa violencia es el síntoma o el testigo que le advierte al Estado para que actúe.

Se puede afirmar en general que; lo que el Estado no resuelve entra en un área de caos o resignación contra la que hay que luchar; es un Estado anómico de no-conflicto que puede ser considerado en términos de Galtung *violencia estructural*, un letargo de situaciones permisivas, ventajosas donde el que ejerce juegos de poder siempre ganará impunemente.

El reto para el campo transdisciplinar de la paz es promover la participación ciudadana para hacer visibles los conflictos que se encuentran en el caos, para aumentar el volumen de reclamaciones e impedir que dos plagas frenen la confianza de las sociedades i) las Necesidades Jurídicas no expresadas, ii) las Necesidades Jurídicas no Reguladas.



Las pequeñas causas no deben congestionar el trabajo de los jueces y magistrados:

Como se demostró en el contenido de la discusión y en las conclusiones, hay opiniones de expertos juristas y tecnócratas de la administración judicial que con ligereza consideran que los asuntos vecinales, o aquellos que no tienen importancia económica, no son merecedores del conocimiento de los jueces.

Esta opinión materializada en la gestión judicial es una forma de exclusión, pues de no tener en cuenta la perspectiva de las necesidades humanas o comprender el contexto socioeconómico del afectado en el conflicto, la administración de justicia se estaría convirtiendo en una fuente de violencia estructural y casi directa.

Si se tiene en cuenta que la capacidad de la administración de justicia para solucionar todos los problemas jurídicos es inexistente, que su jurisprudencia debe tener un efecto pedagógico sobre la sociedad para que se respeten los valores de la legalidad en otros casos semejantes. Es indispensable que los tribunales de justicia ordinaria acepten y manifiesten el poder de la administración jurisdiccional sobre asuntos que sean considerados *pequeñas causas* con el objeto de establecer criterios jurisprudenciales que orienten a la población. Como quedó constatado en esta investigación, hasta las comunidades indígenas atienden, acatan y acogen las decisiones judiciales.

## **1.5 El poder ejecutivo**

Ante la fuga de litigiosidad y la imposibilidad de someter los problemas jurídicos a la jurisdicción, el poder ejecutivo soporta mayor carga de litigiosidad, recibe quejas o reclamaciones sobre las cuales no está autorizado constitucionalmente para tomar decisiones de fondo, generando en algunos casos victimización y pérdida de confianza en las instituciones además de las otras vicisitudes.

Simbólicamente los ciudadanos identifican en las autoridades administrativas y judiciales el mismo efecto coactivo de autoridad; no hay distinción entre la orden de un juez, la propuesta o sugerencia de un procurador, comisario de familia o personero que quede plasmada en un acta de conciliación, o la persuasión de un policía en una actividad de su competencia. De hecho los resultados demostraron que las decisiones judiciales, administrativas y las conciliaciones celebradas ante autoridades administrativas se

cumplen en amplio porcentaje, y en mayor medida que el cumplimiento hecho ante los particulares.

## **1.6 Los ciudadanos participando en la administración de justicia:**

Así como existe en la sociología jurídica un canon de funciones del derecho, esta investigación permite aclarar o identificar las funciones de los particulares gestionando conflictos las cuales van más allá de la hipótesis planteada.

La principal función de los ciudadanos en la gestión de los conflictos es participar en sinergia con el Estado, entendido como el poder judicial que dirime conflictos y el ejecutivo que actúa para la prevención estructural con políticas públicas; para procurar disminuir el tamaño de las áreas de caos.

Otra función es procurar que los extremos involucrados en el conflicto tengan un primer escenario institucionalizado en lo comunitario, para tener la oportunidad de encontrar un provecho propio o mejor de mutuo beneficio; oportunidad que debe existir en todos los escenarios de resolución de conflictos, pero que siendo el comunitario la primer toma de contacto con el conflicto, la primer respuesta que tenga el ciudadano afectado sea la de acercar posiciones. Esta oportunidad no existe en la sociedad debido a los fuertes procesos de institucionalización y juridización de los conflictos, lo que induce los problemas al plano de la confrontación.

Otra función relacionada o derivada del escenario de encuentro de las partes, es la oportunidad para que la contraparte responsable de las ofensas tenga la posibilidad de conocer y escuchar a la parte ofendida, de modo que este pueda entrar en un proceso de empatía de humanismo, donde el ciudadano tenga la oportunidad de ponerse en el lugar del otro y comprender que se ha causado un daño y que este debe ser reparado.

Se observa en la experiencia del uso de MASC que el gran inconveniente para que los particulares participen activamente en la gestión de los conflictos es la ausencia de coacción de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, carecen de esa fuerza simbólica que tienen las autoridades del Estado para garantizar la asistencia a las instituciones, mantener el orden y el cumplimiento de normas, estatutos y los propios acuerdos entre las partes. Lo cual hace que únicamente acudan ante los particulares personas con un alto nivel de ciudadanía, los demás prefieren sostener los juegos de poder y sacar beneficio de las asimetrías que provoca el conflicto.

Sin embargo aunque la coacción legítima de Estado no es posible de aplicar en los conflictos resueltos por la gestión hecha en escenarios comunitarios sí que en el marco de instituciones ciudadanas democráticas, con proximidad al entorno y al foco del conflicto, surge una “autóritas alternativa” basada en el reproche social que desde el punto de vista simbólico puede resultar tanto o más eficaz que la del Estado.

Una fórmula es la prestación de servicios mixtos, donde el usuario entra por una puerta institucional como las de las casas de justicia o despachos municipales de justicia, allí se cumplen labores de secretaría técnica y mediante la organización de un voluntariado de vecinos reconocidos y formados como el de los jueces de paz y conciliadores en equidad, se puedan tomar decisiones especialmente en asuntos vecinales.

Los MASC son metodologías procedimentales, que requieren de tiempo y condiciones especiales de existencia para que se conviertan en instituciones que garanticen la cohesión social, después de dos décadas de la vigencia de la Ley 23 de 1991, es evidente que hay desarrollo del uso de procedimientos diferentes al judicial a través de la conciliación, así se resolvió el 9,4% de los problemas jurídicos de la población general, el 10,7% de la población en extrema pobreza y el 12.3% de los empresarios. Sin embargo la excesiva formalización de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) hacen que estas opciones se vean como un trámite que hace parte del sistema judicial, no obstante ser administradas también por abogados y ciudadanos particulares.

Por lo tanto, cuando se habla de conciliación extrajudicial en derecho, no se puede considerar como “Mecanismo Alternativo” y en realidad es mejor que no lo sea, puesto que la visión de la justicia es una sola y el éxito de la gestión de un mecanismo tan formalizado depende de la eficacia del sistema judicial. Además el estudio demuestra que no se presentan barreras de acceso a la justicia por mala prestación del servicio, los problemas son otros.

Sin embargo el desarrollo de los (MASC) ofrece un nuevo conocimiento y un saber hacer, hasta los litigios más complicados son susceptibles de un abordaje por consenso. De hecho las políticas públicas comienzan a introducir elementos de la teoría de la gestión del conflicto para operadores jurídicos incluidos los judiciales.

Al margen de lo que ocurre con los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, las estadísticas muestran que el 34% de la población general; el 31% de la población en extrema pobreza y el 17% de las empresas resuelven los problemas jurídicos.

cos mediante *arreglo directo*, es decir, acude a formas de regulación y gestión comunitaria o de mercado; en todo caso formas diferentes a las ofrecidas por el Estado, lo que significa que los ciudadanos pueden participar en la gestión de los conflictos, y hace indispensable construir condiciones de legitimidad e institucionalidad.

Se hizo una referencia al paternalismo del Estado y su intervencionismo en la gestión del conflicto, pero se observa que el derecho público puede estar en retirada en terrenos donde alcanzó grandes controles, como el campo laboral o penal, en que se empiezan a proponer acuerdos basados en la autonomía de la voluntad. Ese intervencionismo, en un contexto como el colombiano, es necesario ante grandes asimetrías de poder, es imperativa la intervención del Estado; si por el contrario, los problemas ocurren entre gentes que reúnen condiciones de ciudadanía y conocimiento de derechos, es más probable que su conflictividad sea gestionada por sus propias redes.

Respecto del análisis crítico que se hizo de la justicia restaurativa, es evidente que la idea de Estado con justicia punitiva o retributiva construyó un imperio judicial demasiado abstracto para las reales necesidades jurídicas de la sociedad. Los bienes judicialmente tutelados se despersonalizaron, por lo que subrogar en el Estado la acción penal y alejar a la víctima fue lo peor que le pudo ocurrir al sistema; por cuanto nunca se repara el daño y el perdón o la necesidad de elaborar el duelo no se hace con la entelequia del Estado sino con el encuentro entre ofensores y víctimas con capacidad para entender la vida misma y continuar.

## **1.7 El sistema de compensaciones de la comunidad Wayúu**

Como se puede observar, se hace un esfuerzo por contextualizar las tradiciones del pueblo Wayúu y la forma como se institucionaliza la figura del palabrero para la gestión de los conflictos.

Así se demuestra la afirmación de Howard Zehr según la cual: “El conflicto fortalece los lazos comunitarios y la necesidad de establecer redes de apoyo para fomentar y crear comunidades sanas” (2010, 25).

Uno de los aportes más destacados de la tradición Wayúu es el sentido de comunidad que existe entre ellos y que permite la pervivencia de la institución plenamente incorporada a su cotidianidad. Justamente la principal deficiencia en las experiencias de

Justicia Restaurativa de carácter exógeno es la debilidad de la estructura comunitaria para gestionar el conflicto.

El sistema de compensaciones Wayúu puede resultar ejemplar desde muchos puntos de vista, aunque también puede tener elementos discutibles, especialmente los relativos a la reparación de la víctima, entendida individualmente, cuestión que amerita un estudio independiente.

La práctica de esta comunidad aborígen no se distancia en mucho de la propuesta de Howard Zehr: “el proceso restaurativo entiende las necesidades del ofensor mediante *responsabilidad activa*, pues repara el daño, fomenta la empatía y transforma las dificultades del ofensor (vergüenza)”, de modo que esos arreglos le permiten a los clanes continuar su vida de relación y entender superadas las ofensas.

Luego se da el supuesto de Zehr que es: “existir motivación para una transformación personal, por cuanto hay sanidad de las heridas del pasado que contribuyeron a la conducta delictiva. Hay oportunidad para tratar los vicios o adicciones” en este caso los malos hábitos, y se fortalecen las destrezas o habilidades personales (Zehr H 2010, 22-23).

De otra parte existen motivaciones para integrarse a la comunidad y contempla castigos propios, no la reclusión temporal o permanente, aunque en todo caso siempre existe la posibilidad de que el Estado a través de la jurisdicción ordinaria puede intervenir ante graves circunstancias de impunidad o lesión a bienes jurídicamente tutelados.

Si bien los derechos fundamentales son la base moral de la sociedad contemporánea, en la que lentamente las sociedades aborígenes van comprendiendo la importancia de esta serie de catálogos, lo que no puede reñir con una visión del mundo holística en permanente armonía con el entorno y el mundo mítico que también hace parte de ese catálogo de derechos.

Desafortunadamente dice Germán Aguilar: “no están naciendo nuevos palabros, están amenazados de desaparecer, porque no todos los Wayúu están con los pies adentro de la cultura Wayúu”.

## **1.8 El Tribunal de aguas de Valencia**

El estudio del Tribunal de Aguas ilustra sobre la forma como se puede gestionar los conflictos en escenarios próximos al foco que los genera sin interferir las competen-

cias del Estado y su Administración de Justicia; romper los vínculos entre instituciones comunitarias y económicas que por su naturaleza generaban una conflictividad particular y especializada, pero que a su vez tenían la posibilidad de una intra-regulación, por cuanto la maduración de su institucionalidad permite desarrollar elementos de autoridad, respeto y obediencia, basado en su propio sistema normativo *ordenanzas*.

Parafraseando a Elionor Ostrom El escenario judicial está hecho para defender los valores individuales en sí, no son suficientes para solucionar los problemas de esta índole, porque involucran al mecanismo de gestión del conflicto una institucionalidad comunitaria. Sin instituciones que faciliten la construcción de reciprocidad, confianza y honradez, los ciudadanos enfrentan un reto real.

## **1.9 Los métodos exógenos de gestión de los conflictos**

Conclusiones sobre la anterior esquematización de las diferentes formas de gestionar conflictos: sus características y propuestas:

Como se puede observar, ante un problema jurídico es posible seguir caminos que gracias a la autonomía de la voluntad los ciudadanos pueden recoger; por esta razón se propone que desaparezcan los esquemas de MASC y clasificaciones legales que limitan el alcance de la autonomía de la voluntad.

Propuesta: Lo suyo es que un solo operador experto en gestión del conflicto presente al ciudadano todas las opciones desde la negociación hasta la demanda incluso como lo hace la justicia de paz de Colombia hasta la ejecución puesto que son los ciudadanos que padecen el conflicto quienes deben autorizar, dar poderes, habilitar, fijar los límites de la actuación de ese tercero facilitador. Con esos poderes se convoca a la contraparte para que acepte también el encargo de un facilitador, y con ese conjunto de instrucciones se construya el acuerdo que las partes desean.

Si la contraparte no tiene ánimo de arreglar y por parte del afectado sigue vigente la pretensión, será la justicia ordinaria quien deba intervenir sin vacilaciones, mediante la regla técnica dispositiva o la inquisitiva, con rigor y eficacia. También deberá ordenar el mandamiento ejecutivo de dar, hacer o no hacer contenido en los acuerdos o laudos que se incumplan.

Se observa como inconveniente que el capricho de la ley, de los operadores o las políticas públicas fuercen al ciudadano a utilizar determinado Mecanismo Alternativo

de Solución de Conflictos (MASC) cuando el principio de autonomía de la voluntad permite una enorme variedad de posibilidades. Las normas que regulan cada uno de estos esquemas limitan con barreras imaginarias al ciudadano y al operador para explorar posibilidades donde se puede intervenir con buenas posibilidades de éxito.

Pero, ¿qué ocurre si son las partes las que agradecen una propuesta de arreglo que venga del mediador? En la regulación de la conciliación de Colombia, el conciliador está forzado a consignar en un acta un acuerdo que preste mérito ejecutivo y haga tránsito a cosa juzgada, pero ocurre que la naturaleza de muchas obligaciones no da para hacerse exigible de esa manera. También ocurre en el caso de las personas jurídicas que a la conciliación no puede convocarse persona diferente del representante legal, impidiéndose la participación a un delegado de este que podría llegar a comprender mejor el conflicto y llegar más fácilmente a un acuerdo. Entonces, de lo que se trata es que la arquitectura legal de las políticas de MASC no limite lo que la autonomía de la voluntad puede dictar mejor que ella.

Dicho de otra manera, se propone que en el amplio campo de la gestión del conflicto un ciudadano podría en el mismo acto de inicio a las gestiones de un facilitador; dar poderes para autorizarlo a ser: negociador, mediador, conciliador, amigable componedor o árbitro, según el caso. Entre las partes en conflicto y el facilitador siempre existe un negocio jurídico, un contrato de mandato cuyo contenido puede estipular obligaciones de buenos oficios, o ir más allá para tener alcances heterocompositivos y de toma de decisiones que las partes agradecen, tal y como ocurre en la experiencia de jueces de paz del Perú.

Lo importante para los facilitadores e instituciones que prestan servicios de gestión del conflicto es que informen a las partes de las ventajas e inconvenientes de los anteriores alcances, que el consentimiento no esté viciado por error, fuerza o dolo, que no se extralimiten respecto de las normas y códigos deontológicos que regulen su labor.

Después de analizar la experiencia de los ciudadanos con los MASC, se comprueba que para ellos no resulta fácil comprender cuándo se está en audiencia con un esquema autocompositivo y cuándo en una diligencia judicial de carácter inquisitivo; desde el punto de vista simbólico, un particular abogado, un conciliador en un consultorio jurídico o un fiscal pueden representar en él una autoridad con conocimiento para resolver su caso.

Se propone un modelo de gestión del conflicto es que las partes basadas en su libertad para gestionar, puedan acordar con su contraparte utilizar los apoyos institucionales suficientes para garantizar la terminación de sus diferencias. De ahí que esta propuesta no se puede quedar atrapada en un método sino que desde el principio dar lugar a aumentar las posibilidades de intervención de los terceros que participan, evitando así el decaimiento de las causas, la victimización y pérdida de confianza en el sistema.

Cuando a pesar de las fórmulas de arreglo no hay acuerdo o este es parcial, las partes pueden aceptar que el grupo de gestores designados convoque a audiencia para instalar un tribunal donde se imponga una decisión de obligatorio cumplimiento para las partes. Utilizando el mismo procedimiento de la justicia de paz de Colombia.

Es decir mediante reglas propias que deban contener todas las salvaguardas del procedimiento: pruebas, alegatos, decisión. También mediante reglas del procedimiento establecidas en un reglamento especial o en la Ley del Estado de alguno de los extremos.

De esta manera se pone punto final a la investigación que tenía como objetivo general analizar la participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos; cuestión que sirvió para demostrar la utilidad de las metodologías de identificación de Necesidades Jurídicas que permitió conocer la forma cómo los ciudadanos deciden dar gestión a sus conflictos, y la manera cómo los organismos del Estado responden a esa demanda. Quedando en evidencia que la participación de los ciudadanos es indispensable para mantener la Paz.





## ANEXOS

1. Fragmento del instrumento utilizado por la encuesta GENNJI para identificar necesidades jurídicas:

1. VIVIENDA			
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:			
1	El contrato o acuerdo de arrendamiento de la vivienda donde reside como inquilino.		
2	La propiedad, posesión, tenencia o los linderos de su vivienda.		
	<input type="checkbox"/> Intento de expropiación o desalojo	<input checked="" type="checkbox"/> Linderos de su vivienda	
	<input type="checkbox"/> Acerca de quién es el dueño, poseedor o tenedor de su vivienda	<input checked="" type="checkbox"/> Otro, ¿Cuál?	
3	Daños o imperfectos en su vivienda		
<b>Servicios públicos domiciliarios</b>			
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:			
4	La instalación o desinstalación de los servicios públicos con los que cuenta su vivienda, por ejemplo: Agua, luz, gas natural, tv por suscripción, internet, etc.		
5	La prestación de los servicios públicos.		
	<input type="checkbox"/> Fallas del servicio	<input type="checkbox"/> La facturación	
6	Toma o uso "ilegal" de algún servicio público de su vivienda.		
<b>Vecinal</b>			
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto:			
7	Con sus vecinos.		
	<input type="checkbox"/> Ruido	<input checked="" type="checkbox"/> Basuras	<input checked="" type="checkbox"/> El no pago de cuotas de administración
	<input type="checkbox"/> Malos olores	<input checked="" type="checkbox"/> Mascotas	<input checked="" type="checkbox"/> Otro conflicto vecinal, ¿Cuál?
2. FAMILIA Y HOGAR			
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:			
	La separación de su pareja, divorcio, liquidación o la definición de los asuntos patrimoniales.		
9	Reconocimiento de la unión libre.		
10	Definición de custodia o patria potestad y régimen de visitas de sus hijos o hijas.		
11	El mantenimiento y la alimentación de sus hijos u otros miembros del hogar.		
12	Agresiones cometidas contra usted por parte de un miembro de su familia.		
	<b>¿Qué tipo de agresiones?</b>		
	<input type="checkbox"/> Físicas	<input type="checkbox"/> Sexuales	<input checked="" type="checkbox"/> Verbales reiteradas
			<input checked="" type="checkbox"/> Psicológicas reiteradas
13	La adopción de un niño o niña.		
14	Haber sido desprotegido o abandonado por parte de los miembros de su familia.		
15	La herencia de un familiar.		
16	Otro desacuerdo o conflicto familiar, ¿Cuál?		

3. TRABAJO			
17	¿Ha trabajado en los últimos 4 años o trabaja actualmente?		
<b>En los últimos 4 años, Usted como trabajador ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:</b>			
18	El reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo o vínculo laboral.		
19	El pago de su salario o de factores salariales o de prestaciones sociales, por ejemplo: Horas extras, subsidio de transporte, afiliación a la seguridad social o pensiones o cesantías, vacaciones, primas legales.		
20	La terminación del contrato, por ejemplo: Despido sin justa causa o no pago de indemnización.		
21	Las condiciones laborales, por ejemplo: La dotación, riesgos profesionales, duración del contrato o el horario.		
22	Agresiones físicas o verbales cometidas contra usted en el trabajo.		
	<b>Qué tipo de agresiones</b>		
	<input type="checkbox"/> Físicas	<input type="checkbox"/> Sexuales	<input checked="" type="checkbox"/> Verbales
			<input checked="" type="checkbox"/> Psicológicas
23	Accidentes de trabajo.		
24	La organización de sindicatos, huelgas o convenciones laborales.		
25	Por el ejercicio o desempeño de su actividad como vendedor ambulante, vendedor informal o reciclador; por ejemplo desacuerdos o conflictos por trabajar en espacio público.		

4. SALUD	
<b>En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:</b>	
26	La afiliación a los servicios de salud.
27	La provisión o prestación de los servicios de salud, por ejemplo: Suministro de medicinas, asignación de citas, autorización de procedimientos.
28	Errores de médicos que le causaron a Usted daños o perjuicios.
29	La posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo (Enc: Solo aplica a mujeres)
30	Haber sido obligado a practicarse un tratamiento u operación

5. EDUCACIÓN	
31	En los últimos 4 años Usted o sus hijos han estudiado o están estudiando en una institución educativa
<b>En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:</b>	
32	La inscripción y entrada efectiva a la institución educativa
33	La prestación inadecuada del servicio en relación con sus necesidades o las de sus hijos, por ejemplo: falta de infraestructura adecuada o falta de intérpretes.
34	Maltrato por parte de los profesores o directivos de la institución educativa cometidos contra usted o sus hijos
35	Sanción injusta cometida contra Usted o sus hijos por la institución educativa, por ejemplo: Por falta de pago, embarazo de la estudiante o la condición religiosa.
	Otro conflicto relacionado con educación, ¿Cuál?

6. ECONÓMICA Y PATRIMONIAL	
<b>En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:</b>	
36	El pago de dinero que le deben por ejemplo: Cuotas de capital, intereses, letras, cheques, etc.
37	El pago de deudas de dinero que Usted tiene con bancos u otras entidades financieras.

6. ECONÓMICA Y PATRIMONIAL							
38	El pago de deudas de dinero que usted tiene con otras personas diferentes a bancos o entidades financieras por ejemplo: préstamos gota- gota.						
39	El incumplimiento de otros contratos (Enc: Lea primero las opciones de contrato para guiar al encuestado)						
	<table border="1"> <tr> <td><input type="radio"/> Compraventa</td> <td><input checked="" type="radio"/> Seguros</td> </tr> <tr> <td><input type="radio"/> Sociedades (Ej. por sus derechos como accionista o socio)</td> <td><input checked="" type="radio"/> Arrendamiento como dueño del bien arrendado</td> </tr> <tr> <td><input type="radio"/> Prestación de servicios</td> <td><input type="radio"/> Otro, ¿Cuál?</td> </tr> </table>	<input type="radio"/> Compraventa	<input checked="" type="radio"/> Seguros	<input type="radio"/> Sociedades (Ej. por sus derechos como accionista o socio)	<input checked="" type="radio"/> Arrendamiento como dueño del bien arrendado	<input type="radio"/> Prestación de servicios	<input type="radio"/> Otro, ¿Cuál?
<input type="radio"/> Compraventa	<input checked="" type="radio"/> Seguros						
<input type="radio"/> Sociedades (Ej. por sus derechos como accionista o socio)	<input checked="" type="radio"/> Arrendamiento como dueño del bien arrendado						
<input type="radio"/> Prestación de servicios	<input type="radio"/> Otro, ¿Cuál?						
40	El pago de daños o perjuicios causados por otras personas o entidades, por ejemplo: en accidentes de tránsito						
41	La mala calidad de bienes o servicios adquiridos, por ejemplo: Productos defectuosos, propaganda engañosa, garantías de calidad, etc.						
	Otro conflicto económico o patrimonial, ¿Cuál?						

7. PENAL	
	En los últimos 4 años, ¿Usted ha sido víctima de alguno de los siguientes delitos? Enc: Si el encuestado responde que si ha sido víctima de delitos pregunte si lo denunció)
42	Hurto o robo
43	Violencia sexual cometida en un ámbito diferente al familiar o laboral
44	Lesiones personales cometidas en un ámbito diferente al familiar o laboral
45	Homicidio de un familiar
46	Desplazamiento
47	Desaparición forzada de un familiar
48	Estafa
49	Amenaza
50	Injuria y calumnia
	Otro delito, ¿Cuál?

8. LIBERTADES Y DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	
<b>En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto por:</b>	
51	La libertad de expresión o de asociación diferente a la asociación sindical.
	<b>HABER SIDO DISCRIMINADO POR:</b>
52	Su orientación sexual o identidad de género (LGBTI).
53	Su condición de mujer (Enc: Solo preguntar a mujeres).
54	Su estado de embarazo (Enc: Solo preguntar a mujeres).
55	Su situación de discapacidad.
56	Su raza y/o etnia.
56	Sus creencias religiosas.
58	Sus preferencias políticas.
59	Su edad.
60	Su clase social.

8. LIBERTADES Y DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS		
61	Su origen o lugar de nacimiento, por ejemplo: por ser paisa, costeño, rolo, pastuso, etc.	
	Otra discriminación, ¿Cuál?	
	¿En cuál de los siguientes ámbitos se ha dado la discriminación? (Enc: Pregunte por la discriminación que se le presenta con mayor frecuencia).	
	<input type="radio"/> Vecindad o barrio	<input checked="" type="radio"/> Entidad de salud
	<input type="radio"/> Hogar	<input checked="" type="radio"/> Entidad educativa
	<input checked="" type="radio"/> Trabajo	<input checked="" type="radio"/> Sitios públicos como bares, discotecas o restaurantes
		<input checked="" type="radio"/> Transporte público
		<input checked="" type="radio"/> Otro, ¿Cuál?
63	La violación o afectación de otros derechos fundamentales	
	¿Cuál?	

9. HÁBITAT	
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto con:	
64	La invasión o mal uso del espacio público que lo afecta directamente a Usted o a su comunidad.
65	La falta de rampas, señalización, puentes peatonales, etc., que lo afecta directamente a Usted o a su comunidad
66	La falta de protección del medio ambiente, por ejemplo: contaminación por ruido de una fábrica en su barrio.

10. ASUNTOS CON EL ESTADO	
En los últimos 4 años, Usted ha tenido algún desacuerdo o conflicto por:	
67	Daños y perjuicios ocasionados contra Usted por el estado, por ejemplo: Accidente de vehículo oficial, negación de la licencia de funcionamiento, multas, etc.
68	El pago y cobro de los impuestos.
69	La negación en la obtención de documentos o la realización de un trámite por ejemplo: Cédula de ciudadanía, cambio de nombre, pase de conducción.
70	Agresiones de la policía o las fuerzas militares

2. Matriz de la metodología DEH aplicada al análisis de “conflictos entre vecinos” está dimensionada con metodología de Desarrollo a Escala Humana de la Necesidad Humana de protección. La siguiente es la proyección del trabajo que continúa a partir de esta investigación que tendrá como objetivo crear propuestas para superar los conflictos de más recurrencia en la sociedad, utilizando la metodología DEH.

<b>1. Dimensión Vivienda</b>		<b>Problemas Jurídicos con los vecinos.</b>	
<b>Categorías existenciales</b>	Satisfactores Negativos: Hallazgos en cifras		

	Conflictos Vecinales	Población General:		Población en pobreza:	Discapacidad	Empresarios	Usuarios de la conciliación
<b>SER</b>	Vecinal en general.	1.033.308	22,4%= 100%	17,4%	10,8%	3,7%	10,9%= 100%
	Ruido.	453.690	43,9%	35%	48,3%	40,5%	45,3%
	Basuras.	74.175	7,2%	23,6%	14,1%	14,8%	25,5%
	Malos olores.	126.449	12,2%	17,9%	4,2%	24,2%	9,7%
	Mascotas.	141.980	13,7%	8,9%	30,3%	20,5%	8,7%
	Cuotas de admón.	53.797	5,2%	0,8%	0,5%		4,6%
	Humedad.	9.915	1,0%	2,4%	0,6%		4%
	Calumnia	73.153	7,1%				1,1%
	Vagos en el parque	33.754	3,3%				
	Chismes	38.167	3,7%	3,3%			
	Pelea	28.230	2,7%	4,9%			

<b>SER</b>	<p><u>Población General:</u> Constituye el 22,4% de toda la conflictividad, el segundo problema jurídico más padecido por la población general; de 126.245 incidencias que se presentan ante autoridades del Estado, se cumple la decisión en un 96%, mientras que el incumplimiento se estima en un 30,7% de los casos. Ante particulares se presentaron 9.540 casos, de los cuales se cumplió la decisión en un 60,5% de los casos.</p> <p>Tienen abogado para este tipo de asuntos solamente el 7,7%.</p> <p>Se proyecta que por cada 10'802.533 habitantes les ocurre a 1.033.308 personas.</p> <p>Afectación Alta: 67,2%. Afectación media: 77,8% afectación baja 22,2%</p> <p><u>Población Pobreza:</u> Representa el 17,4% de toda la conflictividad con 1259 incidencias. Ocupa el puesto séptimo de los conflictos de mayor incidencia, se presentaron 58 casos ante los particulares los cuales se cumplieron un 100%, ante las autoridades se presentaron el 90% de las incidencias incidencia y cumplieron el 92,8%.</p> <p>Los abogados asesoran a esta población en el 12,8% de los casos</p> <p>Afectación Alta: 100,0%. Afectación media: 81,8%. Afectación baja 19,3%</p> <p><u>Población en discapacidad:</u> Ocupa el puesto once en orden de frecuencias, se presentaron 18.191 incidencias lo que representa el 10,8% de toda la conflictividad. Se presentaron 8438 casos ante autoridades y todos se cumplieron y 3318 decisiones ante particulares y todas se cumplieron.</p>
------------	---

<b>TENER</b>	<p>Los abogados asesoraron el 5% de casos.</p> <p>Afectación Alta: 60,6%. Afectación media: 70,1%. Afectación baja 54,3%</p> <p><u>Población empresarios</u>: ocupa el 3,7%, (2308) sexto lugar en incidencia</p> <p>Para este tipo de casos los empresarios no contaron con la asesoría de abogado</p> <p><u>Población usuarios de la conciliación</u>: Es el segundo problema jurídico más frecuente, representa el 10,9% de toda la conflictividad (2.801 incidencias) de las cuales ante autoridades se cumplió el 95,5% de 487 decisiones. Ante los particulares se cumplió el 76,7% no se cumplió el 27% de 357 incidencias.</p> <p>El 4,4% de los que contaron con abogado tuvieron asesoría en este tema (68).</p>
<b>HACER</b>	Satisfactores Positivos: Fortalezas

<b>TENER</b>	<p>Satisfactores Negativos: Debilidades</p> <p>No hay cultura de la prevención y mantenimiento de buenas relaciones con los vecinos.</p> <p>No existe estructura comunitaria o tribunales de vecinos que</p>	<p>Satisfactores Positivos: Fortalezas</p> <p>El alto cumplimiento de los acuerdos celebrados ante particulares hace pensar que ante particulares este tipo de conflictividad tiene muchas posibilidades de gestionarse, por lo menos hasta la etapa de construir acuerdos con mérito ejecutivo.</p>
<b>HACER</b>	Evitar los escalamientos del conflicto.	<p>Institucionalizar tribunales vecinales para establecer por barrios, corregimientos y veredas, instancias vecinales encargadas de gestionar el conflicto vecinal.</p> <p>Establecer vínculos entre estos tribunales de vecinos y las autoridades de policía para que estas tomen las medidas sancionatorias y apliquen las contravenciones de policía.</p>
<b>ESTAR</b>	.	Que los vecinos tengan información a la mano de los integrantes de los tribunales vecinales para ponerse en contacto directamente.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. Libros y monografías
2. Capítulos de libro
3. Ponencias presentadas en conferencias, congresos, jornadas o reuniones
4. Artículos de revistas profesionales (*journal*)
5. Tesis Doctorales y de Master.
6. Informes de organismos Gubernamentales, Multilaterales y No gubernamentales.
7. Artículos periodísticos o de revistas.
8. Material audiovisual.
9. Jurisprudencia y normas nacionales y supranacionales.
10. Mapas geográficos.

### A

- Acosta P (2007) *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Actualidad Kurda (s.f.) *Mapa geográfico de la parte septentrional de Suramérica*, sin editor, [página web], consultado 15 de enero de 2014, [<http://actualidadkurda.files.wordpress.com/2009/02/wayuu01.jpg>]
- Alzate R (1998) *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Universidad del País Vazco, Bilbao.
- Alzate R, Fernández I, Merino, C (2013) «Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: La mediación comunitaria», *Política y Sociedad*, Vol.50 núm. 1: páginas. 179-194
- Antón A (1997) «*Políticas sociales contra la exclusión social*», comunicaciones al Simposio de Cáritas, mayo, [http://www.uam.es/personal\\_pdi/economicas/aanton/publicacion/otrasinvestigaciones/estadobienestar.htm](http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/aanton/publicacion/otrasinvestigaciones/estadobienestar.htm)
- Arango L (2004) *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, Departamento Nacional de Planeación, Santa Fe de Bogotá.
- Ardila É 2006 *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, Corporación Región, Bogotá.
- Arnaud J, Fariñas M (1996) *Sistemas Jurídicos, elementos para un análisis sociológico*, U. C. III, Madrid.



Arrieta A (2013) '*Problema Jurídico*', [video] Derecho a la Carta, Universidad Externado de Colombia. Archivo multimedia. Entrevista programa de radio: [en línea] Capítulo 056 del 28 de mayo, Bogotá. [citado 29 de junio de 2013] Disponible en: [[http://www.spreaker.com/show/derecho\\_a\\_la\\_carta?error=access\\_denied&error\\_code=200&error\\_description=Permissions+error&error\\_reason=user\\_denied](http://www.spreaker.com/show/derecho_a_la_carta?error=access_denied&error_code=200&error_description=Permissions+error&error_reason=user_denied)]

## B

Bates R (2004) *Prosperidad y violencia: la economía política del desarrollo*, Antoni Bosch editor, Barcelona.

Berger P (Ed) (1999) *Los límites de la cohesión social: conflictos y mediación en las sociedades pluralistas*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Bolaños C, Acosta A (2009) 'Una teoría de los conflictos basada en la complejidad' en *Pax Orbis: Complejidad y conflictividad de la paz*, Universidad de Granada.

Bonafe J (1988) *Las Justicias de lo cotidiano, los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, Laboratorio de Psicología Jurídica, San Sebastián.

Bourdieu P (2001) *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Palimpsesto, Bilbao.

Brandt H (1990) *En nombre de la paz comunal, un análisis de la justicia de paz en el Perú*, Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de justicia y Fundación Friedrich Naumann, Lima.

Britto D (2010) *Justicia Restaurativa, reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, Universidad técnica popular de Loja.

Burton J (1990) *Conflict: resolution and prevention*, ST. Martin's Press INC, New York

Bush R, Folger J (1996) *la promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Granica, Barcelona.

Butt T, Munduate L, Barón M, Medina F (2005) 'Intervenciones de mediación' 12, en: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Psicología Pirámide, Madrid.

## C

CADH (1969) Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Capel H (2003) «El drama de los bienes comunes, la necesidad de un programa de investigación», *Revista Bibliográfica de geografía y ciencias sociales. Universidad de Barcelona*, B. 21.742-98 Vol. VIII, nº 458, 25 de agosto [citado 13 de septiembre de 2010] disponible en: [<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-458.htm>]

- Carnelutti F (1959) *¿Cómo nace el derecho?*, Uthea, 3ª ed. Buenos Aires.
- Carnelutti F (1994) *Instituciones del proceso civil*, Ejea, 5ª ed. Buenos Aires.
- Carnelutti F (2003) *La teoría general del derecho*, Comares, Granada.
- Carretero E (2013) 'La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación', en: *Mediación y Resolución de Conflictos: técnicas y ámbitos*, Soletto H. (Dir.) Tecnos, 2ª edición, Madrid.
- Castells M (2006) *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Siglo XXI editores, 5ª ed. México D.F.
- Castillejo R (dir) (2011) *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid.
- Castillejo R (dir) (2013) *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid.
- CC (1991) Comentario del Código Civil, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- CCC (2002) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C -1027.
- CCC (2005) Corte Constitucional de Colombia, sentencia C - 979.
- CE (2008) Directiva 52 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo.
- CEJ (2009a) Tasa de abogados por habitantes en Colombia y el mundo, en *Reporte de justicia en las Américas 2008-2009*, Bogotá. [En línea], consultado el 20 de enero de 2014 disponible en: [<http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justicometros/2586-tasa-de-abogados-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo>].
- CEJ (2009b) *Lineamientos de política pública en materia de acceso a la justicia a partir de un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas*, Bogotá. [en línea] consultado el 22 de febrero de 2014 disponible en: [[http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_POLITICA\\_PUBLICA\\_Y\\_ACCESO\\_A\\_LA\\_JUSTICIA\\_1.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_POLITICA_PUBLICA_Y_ACCESO_A_LA_JUSTICIA_1.pdf)].
- CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) (2012) *La justicia dato a dato año 2012 Estadística judicial. Informe sobre la situación de los órganos judiciales en España*, Madrid. [En línea] consultado el 17 de febrero de 2014, [[http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=filename%3Dlajusticiadatoa dato2012\\_0.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290508760125&ssbinary=trae](http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=filename%3Dlajusticiadatoa dato2012_0.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290508760125&ssbinary=trae)]
- Coase R (1960) «Costo social del conflicto» trabajo publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics* (E. P. Social, Producer) octubre, pp. 1-44. [ci-

- tado 28 de abril de 2013] disponible en [<http://www.eumed.net/cursecon/textos/coasecosto.pdf>.]
- Colmenares R (2004) «Pluralismo Jurídico en Venezuela», VII Jornadas de Derecho Procesal Penal. Tribunal Supremo de Justicia, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. [En línea] Consultado 31 de enero de 2014. [[http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\\_enlinea/jurisdiccion%20indigena%20y%20proceso%20penal%20en%20venezuela.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlinea/jurisdiccion%20indigena%20y%20proceso%20penal%20en%20venezuela.htm)]
- Corcuff P (2005) «Las nuevas sociologías», *Región y Sociedad* Vol 20. No. 41. Alianza Editorial, Madrid. [En línea] consultado el 17 de diciembre de 2013. [<http://scielo.unam.mx/pdf/regsoc/v20n41/v20n41a9.pdf>]
- Córdoba M, Vargas H (2009) *Marco para la implantación de la conciliación en equidad*, Ministerio del Interior y de Justicia, Minjusticia, Bogotá.
- Cortina A (2001) *Ciudadanos del Mundo, hacia una teoría de la ciudadanía*, Alianza editorial, 2ª ed. Madrid.
- Cruz J (2013) «La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones» Tesis Doctoral, Universidad de Granada.
- CSJ (Consejo Superior de la Judicatura) (2010-2011) Informe al Congreso de la República 2010-2011, Bogotá, 2011, [En línea] consultado el 13 de abril de 2013. [<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/altas%20cortes/consejo%20superior/udae/publicaciones/20102011%20documento%20ejecutivo%20informe%20al%20congreso%20version%20Mayo%2026.pdf>]
- CSJ (Consejo Superior de la Judicatura) (2012) Informe al Congreso de la República, Bogotá, [En línea] consultado el 17 de febrero de 2014, [<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/informe%20al%20congreso/122811INFORME%20a%20L%20CONGRESO%20ultimo.pdf>]
- Cuervo J (2004) «Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de grupos vulnerables por razones económicas» *herramienta de trabajo para autoridades de gobiernos y para personal de PNUD*, Lac surf, Estudios Temáticos (sc).

## D

- DANE (2011) 'Colombia crece: tendrá 46 millones de habitantes', comunicado de prensa, [en línea] consultado el 2 de marzo de 2014 disponible en: [<http://www.dane.gov.co/files/noticias/ComunicadoHabitante46.pdf>]
- De la Rosa F (2011) «Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas», *Revista General de Derecho Europeo*, 25, Ed. Portalderecho IUSTEL, Madrid.
- De la Rosa F (2012) «¿Hacia un nuevo Derecho Internacional europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo», *En Dreyin De Klor A, Los derechos del consumidor, Visión internacional. Una mirada interna*, editorial Zavalía. Buenos Aires
- Dejusticia (2013) 'Muchos bobos y pocos capos', blog *¿Con qué derecho?* de Dejusticia en [www.lasillavacia.com](http://www.lasillavacia.com), escrito por La Rota M, el 24 de junio. [en línea] consultado el 22 de febrero de 2014 disponible en: [<http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/muchos-bobos-y-pocos-capos-45084>]
- Del Val M (2012) «Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad», ponencia presentada en el II segundo Congreso sobre justicia restaurativa y mediación penal, del 21 al 23 de marzo, Facultad de Derecho, Burgos.
- Díaz G (2003) Titulación colectiva, consejos comunitarios y avales, pagina web biodiversity reported award 2004 [página web] consultado 28 de abril 2014 [<http://www.biodiversityreporting.org/article.sub>]
- Díez-Picazo L, Gullón A (2012) *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, vol. i y ii. Madrid. Disponible en línea consultado el 28 de junio de 2014. [[www.nni.arizona.edu/research\\_intro\\_spanish](http://www.nni.arizona.edu/research_intro_spanish)]
- DNP Departamento Nacional de Planeación (2010) Aspectos básicos grupo étnico indígenas, Bogotá. [En línea], consultado el 20 de enero de 2014, [<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=CpCS1dVTQf4%3D&tabid=273>]
- DNP Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2010b) Visión Colombia II centenario 1019. Garantizar una justicia eficiente presentación de Buendía P, Directora de Justicia, Seguridad y Defensa, Bogotá D.C. 17 de Febrero.

- Domínguez R, García S (2003) *Introducción a la Teoría del Conflicto en las Organizaciones*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- Durtol J (2000) *¿Qué es el capital social comunitario?* Cepal, Santiago,
- E
- Escevola Q (1953) *Código civil : concordado, comentado extensamente*, Tomo XXVIII, Reus, Madrid
- F
- Fairén V (1988) *El Tribunal de las Aguas y su proceso*, 2ª ed., Caja de Ahorro de Valencia.
- FGN Fiscalía General de la Nación (2010) Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación, Bogotá, [En línea] consultado el 14 de mayo de 2013 [<http://www.fiscalia.gov.co/en/wpcontent/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>]
- Finol L, Guerra S (2009) «Actitudes de los estudiantes Wayúu ante el ritual del encierro», *Dialogo de saberes* N° 4, enero-abril, pp. 121-131, Caracas, pág. 126. [En línea], consultado el 20 de enero de 2014 [[http://www.ubv.edu.ve/files/dialogo\\_saberes/revista4/ArticuloN9.pdf](http://www.ubv.edu.ve/files/dialogo_saberes/revista4/ArticuloN9.pdf)]
- Fisas V (2006) *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 2ª edición, I. Inesco, Barcelona.
- Fitzduff M 2008 «Procesos de paz satisfactorios: lecciones aprendidas», conferencia presentada en el I. Congreso Internacional por el Derecho Humano a la Paz, Mayo 6-8, Gobierno Vasco, San Sebastián, Consultado 31 de enero de 2014 [[http://www.izenpe.com/s154812/es/contenidos/informacion/congreso\\_2004/es\\_0001/adjuntos/ICongreso-Castellano.pdf#page=119](http://www.izenpe.com/s154812/es/contenidos/informacion/congreso_2004/es_0001/adjuntos/ICongreso-Castellano.pdf#page=119)]
- Flores B (2006) «La construcción discursiva de sujetos participativos en la fiesta mayor de Gracia», Barcelona, Universidad de Granada, Gaceta de antropología, Artículo 7, Granada, [citado 2 de septiembre de 2013] Disponible en: [[http://www.ugr.es/~pwlac/G22\\_07BerthaGeorgina\\_Flores\\_Mercado.html](http://www.ugr.es/~pwlac/G22_07BerthaGeorgina_Flores_Mercado.html)]
- Folger J (2007-2008) «Mediación Transformativa: preservación del potencial propio de la mediación en escenarios de disputas», *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* CDE 8202 N° 18 Interior.indd Sec2:35. Santiago de Chile. [En línea] consultado el 4 de septiembre de 2013 [[http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/45bd474f-4b36-41df-a14d-6cb686b3f669/07+Mediacion+transformativa+preservacion+del+potencial+propio\\_18.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/45bd474f-4b36-41df-a14d-6cb686b3f669/07+Mediacion+transformativa+preservacion+del+potencial+propio_18.pdf?MOD=AJPERES)]

Friedman L M, Perdomo R P (2003) *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. H. Fix-Fierro (Ed.) Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en línea: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1078/1.pdf>] consultado el 15 de enero de 2014, México DF.

## G

Galtung J (2010) «The Transcend Method in Conflict Mediation Across Levels Conflict Literacy and Competence as an Approach to Peace» Transcend: A Peace Development Environment Network, Transcend Research Institute, Versonnex, France, *Review European Psychologist*, Vol. 15 (2): 82–90.

Galtung J (2003) *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Gernika Gogoratuz, Bilbao

García F, Portillo J, Romo J, Benito M, (2007) *Nativos digitales y modelos de aprendizaje*, Universidad del País Vasco, SPDECE, disponible en línea: [<http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-318/Garcia.pdf>] consultado el 5 de diciembre de 2013 Bilbao.

García L (2006) *Mediación en conflictos familiares, una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid.

García L, Rogel C (dir) (2012) *Mediación en asunto civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5 de 2012*, 1ª ed., Reus, Madrid.

García L, Tomillo Jorge, Vázquez de Castro E. (dir) (2010) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid.

García L, Vázquez de Castro E (2013) «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, Vol.50 núm. 1: páginas.71-98.

Garzón E (1988) «¿Es éticamente justificable el paternalismo?», *Revista Latinoamericana de filosofía*, Volumen XIII, No. 3 Buenos Aires [En línea], consultado el 8 de febrero de 2014, [[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5\\_08.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf)]

Gherardi N (2006) ‘Notas sobre acceso a la Justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?’, en: *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad, instituciones, actores y experiencias comparadas*, Editorial Biblos, Buenos Aires.

Giner V (1953) *El Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia*, Valencia.

- Giraldo C, Et al (2009) «Escenarios de violencia: interpretación de las lesiones no fatales», *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. 38 No. 3 pp 405-419, Bogotá.
- Giraldo J (1997) «Mecanismo para un nuevo derecho con contenido social», en Betancur, B «et al» *Conflictos y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*, Colciencias, presidencia de la República, p 13.
- Gisbert M, Diez S (2014) *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Colección de estudios prácticos de contratación privada, Civitas, Pamplona.
- Grasa R (2010) *Cincuenta años de evolución de investigación para la paz, tendencia, propuestas para observar, investigar y actuar*, Generalidad de Catalunya, Barcelona.
- Guerra W (2002) *la disputa y la palabra: le Ley en la sociedad Wayúu*, primera edición, Ministerio de Cultura, Bogotá.
- Guzmán E (sf) «Legislación penal indígena desde la colonia hasta 1980: ¿imputabilidad o inimputabilidad?» Universidad de los Andes, Bogotá. [En línea], consultado el 8 de febrero de 2014, [http://elcentro.uniandes.edu.co/ct/antropologia/eguzman/imputabilidad/imp utabilidad.htm](http://elcentro.uniandes.edu.co/ct/antropologia/eguzman/imputabilidad/imp%20utabilidad.htm)].
- H
- Hans B (1963) *Indios y blancos en la Guajira*, Tercer Mundo. Bogotá. Citado por Delgado, R y Mercado Epieyú, R. La blasonería y el arte rupestre Wayúu. [Página web], consultado 15 de enero de 2014 [<http://www.rupestreweb.info/wayuu.html>]imagen: <http://www.rupestreweb.info/wayuu006.jpg> 2010.
- Hart H.L.A (2004) El concepto de derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Harto de Vera F (2004) *Investigación para la Paz y resolución de conflictos*, Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Hernández L (2009) «La participación comunitaria como proceso sociocultural», Boletín: “Entre líneas” *Revista 3-4 de la Sociedad Cubana de Ciencias de la Información SOCICT*, julio- diciembre de 2009, Santiago de Cuba. Disponible en: [en línea]. consultado 2 de febrero de 2013 [<http://www.socict.holguin.cu/html/boletines/2008/Dic08/textos/articulo5.pdf>]
- Hinestrosa F (2009) «El contrato frente al Código de Comercio», en *Contrato, codificación, autonomía privada, buena fe, justicia contractual, consensualismo*, Legis, Bogotá.

## I

Iglesias P, Arias X (2007) «El sistema judicial español, una revisión de los principales problemas de la oferta y demanda de tutela judicial», en *Presupuesto y gasto público*, 47, 2. pág. 139-162. [En línea]. Consultado 2 de agosto de 2013 [[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu\\_gasto\\_publico/47\\_Iglesias.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/47_Iglesias.pdf)]

## J

Jaramillo M (1996) *Justicia por consenso, introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

## K

Kalmanovitz S (2003) «Neoinstitucionalismo como escuela», *Revista de economía institucional*, vol, 5 No,9, Universidad Externado de Colombia Bogotá.

Kemelmajer A (2005) ‘En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa,” “reparativa, reintegrativa” o “restitutiva” ’, en García R, (coord.) *Derecho Penal, memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. I. Derecho Penal: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 271-324, México, D.F.

## L

Lederach J (1993) *Enredos, pleitos y problemas*, editorial Clara, Bogotá.

Lederach J (1995) *Preparing for Peace: Confliction Transformation Across Cultures*, University Press, Syracuse.

Lederach J (2012) «Más allá de la mesa: espacios estratégicos de dialogo en la construcción de la paz», Congreso organizado por la Fundación: Carta por la Paz y Universidad de Barcelona.

Leone J (2003) «El Neoinstitucionalismo y la Revalorización de Las Instituciones» *Revista Reflexión Política*, Instituto de Estudios Políticos – Universidad Autónoma de Bucaramanga. N° 9. Junio, Bucaramanga. [En línea] consultado el 11 de diciembre de 2013 [[http://biblma.pcp.mx/archivos/Neoinstitucionalismo%20y%20revalorizacion.p df](http://biblma.pcp.mx/archivos/Neoinstitucionalismo%20y%20revalorizacion.pdf)] Ley 23 de 1991, Ley 446 de 2001 exposición de motivos.

López M, dir. (2004) *Enciclopedia de Paz y Conflictos*, Editorial Universidad de Granada.



Los Antonelli, arquitectos de Gatteo (s.f.) Mapa geográfico de la península de la Guajira y golfo de Venezuela (detalle), siglo XVII, Editado por María Cristina Turchi, [página web], consultado 15 de enero de 2014, [[http://www.provincia.fc.it/cultura/antonelli/ImmaginiAntonelli/ImmaginiBig/America/Venezuela/Maracaibo\\_ESP.html](http://www.provincia.fc.it/cultura/antonelli/ImmaginiAntonelli/ImmaginiBig/America/Venezuela/Maracaibo_ESP.html)]

## M

Martin A (2011) ‘Análisis comparativo de la mediación y la abogacía en el tratamiento de los conflictos familiares’, en: “Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares”, pp. 241-256 Madrid.

Max - Neef M, Elizalde A, Hopenhayn M (1998) *Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones* (Vol. 66) Icaria Editorial, Barcelona.

McCold P, Wachtel T (2003) «En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa», ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de, en Río de Janeiro, Consultado 31 de enero de 2014 [[http://www.iirp.edu/article\\_detail.php?article\\_id=NTYx](http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYx)]

Medina F, Luque P, Cruces S (2005) ‘Gestión del conflicto’ 2, en: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Psicología Pirámide, Madrid.

Merino C (2013) «La mediación familiar en situaciones asimétricas: estudio de la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora » Doctorado, Universidad del País Vasco.

Ministerio de Cultura (2010) Plan Especial de Salvaguarda para fortalecer el sistema normativo Wayúu, [En línea], consultado el 20 de enero de 2014, [<http://archive.is/v8sz>] Ministerio de Justicia y del derecho de la República de Colombia (2013) Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, Bogotá.

Ministerio de Cultura (2010) Wayuú, gente de arena, sol y viento, [En línea], consultado el 20 de enero de 2014, [[http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/noticias/Documents/Carácter\\_izaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Wayu%C3%BA.pdf](http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/noticias/Documents/Carácter_izaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Wayu%C3%BA.pdf)]

Ministerio de Educación de Colombia (2013) Competencias Ciudadanas., [en línea] Bogotá. Citado en 2013. Disponible en: [<http://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-article-235147.html>]. From]

- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Fedesarrollo (2008) Desarrollo de una metodología para la identificación de Necesidades Insatisfechas de Resolución de Conflictos (NIRC), [en línea], consultado el 1 de mayo de 2013 Disponible en: [[http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe\\_Final\\_NIRC\\_Junio\\_27.pdf](http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe_Final_NIRC_Junio_27.pdf)]
- MinJusticia - Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (2013) GENNJI - *Gran Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas Insatisfechas*. Bogotá. [En línea], consultado el 28 de agosto de 2013 disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>]
- MinJusticia - Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (2013b) *Programa Nacional de Conciliación* [en línea], consultado el 28 de agosto de 2014 disponible en: [<http://conciliacion.gov.co/portal/Estad%C3%ADsticas/Estad%C3%ADsticas-2013>]
- Molina F (2013) «Venganza y encierro como funciones restauradoras del orden social: un enfoque simbólico- ritual del crimen en la cultura Wayúu», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° Especial: América Latina, Caracas [En línea], consultado el 20 de enero de 2014 [<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/americalatina2013/franciscomolinarios.pdf>]
- Montiel F (2013) ‘El método Transcend de mediación, técnica desarrollada por el sociólogo noruego Johan Galtung’ [video] Primera sesión del seminario de la Cátedra Alfonso Reyes, 9 de octubre, México DF. Consultado el 20 de enero de 2014. [[http://www.youtube.com/watch?v=sPCFK\\_6AvAA](http://www.youtube.com/watch?v=sPCFK_6AvAA)]
- Morales E, Finol J, García N (2009) «Antropología del rito: la compensación matrimonial entre los Wayúu» *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, Vol. 19, N° 56, septiembre-diciembre, Universidad de los Andes, pp 547-569, Caracas.
- Munné F, Vidal A (2013) *La mediación Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesa*, La Ley, Madrid.

## O

Offe C, Preub U (1990) «Instituciones democráticas y recursos morales» *Isegoría* (2), pp 45-74, Instituto de filosofía del CSIC, Madrid. [En línea], consultado el 17 de julio de 2014 [<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/390/391>]

ONUCCD Oficina de Naciones Unidas Contra la droga y el delito (2006) *Manual Sobre programas de justicia restaurativa*, serie Manuales de Justicia Penal, ONU, Nueva York. [en línea] consultado el 30 de enero de 2014. [[http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)].

Orozco Iván (2005) *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Universidad de los Andes – Temis, Bogotá..

Ortiz L (comps) (2005) *Acción política no violencia, una opción para Colombia*. Universidad del Rosario, pp. 211-236, Bogotá.

Ortuño P (2013) «Apuntes críticos sobre la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil», *Anuario de mediación y solución de conflictos* 1, editorial REUS, pp 45-69 Madrid.

Ostrom E (2000) *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, Fondo de cultura economía, México.

## P

Padilla P (2013) *La eterna noche de las doce lunas*, documental, [disponible en Internet] consultado el 20 de enero de 2014, [[http://www.youtube.com/watch?v=avM\\_Jj45HIs](http://www.youtube.com/watch?v=avM_Jj45HIs)]

Pascual E (2012) «La mediación en el sistema penal» Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. [En línea], consultado 14 may. 2013 [<http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>]

Pastor E (2009) *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales*, Universidad de Murcia.

Peña D (2001) «El derecho del ciberespacio, fundamentación tecnológica en el análisis del derecho», *Revista Contexto* No. 12. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Pérez R (2006) *Aspectos del mundo rural romano en el territorio comprendido entre los ríos Turia y Palancia*, Diputación Provincial de Valencia.

- Pico F (2010) «Memoria, entre la jurisdicción indígena y el sistema jurídico Wayúu» *Revista Universitas Estudiantes*, N° 7, pp11-32, enero-diciembre, Bogotá.
- Plazas J (2007) «El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia», *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano* Viernes, 30 Noviembre 2007 09:30 Valencia. [En línea], consultado el 6 de mayo de 2014 [<http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/2-segundo-semester-2007/item/7-el-tribunal-de-las-aguas-de-la-vega-de-valencia>]
- PNUD, ACNUR (2012) *Boletín Humanitario Colombia*, OCHA - ONU, Bogotá. [en línea] consultado el 30 de enero de 2014. [[http://www.acnur.org/t3/uploads/media/OCHA\\_Colombia\\_-\\_Boletin\\_Humanitario\\_-\\_Abril\\_2012.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/uploads/media/OCHA_Colombia_-_Boletin_Humanitario_-_Abril_2012.pdf?view=1)]
- PNUD (2005) *Manual de políticas públicas para el acceso a la Justicia*, Ediciones del Instituto Talcahuano, Buenos Aires.
- Polo J (2011) «Los indígenas de la Guajira y su articulación política al Estado colombiano (1830-1880)», *Revista historia crítica*, N° 44, pp 80-103 agosto Universidad de los Andes, Bogotá. [En línea], consultado el 26 de abril de 2014 [<http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/709/index.php?id=709>]
- R
- Redorta J (2011) *Gestión de Conflictos: lo que necesita saber*, UOC. Barcelona.
- Roa H (2012) «interview Johan Galtung. Build peace and democracy in Latin America: contributions to the debate and specification», *Análisis Político*, Vol 25, No. 75, pp139-153, Bogotá. [En línea] consultado el 11 de diciembre de 2013 [[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052012000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052012000200007&script=sci_arttext)].
- Rodríguez M, Serralde M (1991) «Asertividad para negociar», McGraw-Hill Professional Publishing, p 1. México [En línea] consultado el 25 de abril de 2013 [<http://site.ebrary.com/lib/univgranada/Doc?id=10436506&ppg=18>]
- Rumney J, Maier J (1961) *Sociología, la ciencia de la sociedad*, Paidós, Buenos Aires.
- S
- Sánchez E (1998) *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Universidad Nacional, Bogotá.
- Sánchez J (1941) *Normatividad social: ensayo de sociología jurídica*, UNAM 2ª edición, México.

- Sánchez R (1975) *Elementos formativos del derecho en Europa: germánico, romano, canónico*, Román, Granada.
- Santos B de S (2009) *Sociología Jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid.
- Santos B de S, Villegas, M (2001) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico* (Vol. 2). Siglo del Hombre editores, Bogotá.
- Smith H (1962) «El concepto de institución usos y tendencias» *Revista de Estudios Políticos* (125), pp 93-104 (sc).
- Soletto H (2013) ‘Presente y futuro de la resolución de conflictos’, en: *Mediación y Resolución de Conflictos: técnicas y ámbitos*, Soletto H. (Dir.) Tecnos, 2ª edición, Madrid.
- Suares M (2002) *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, editorial Paidós, 3ª edición, Buenos Aires.
- T
- Tamayo J (1993) ‘Las gentes del Chocó’ en: *Colombia pacífico* Tomo II 47, Leyva P, FEN, Bogotá. En línea consultado el 28 de junio de 2014. [<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/cpacifi2/47.htm#embarcación>]
- Taylor J (2008) *Determinants of development Success in the Native Nations of de United States Native Nations Institute for Leadership, management, and policy UDALL*, Harvard project on American Indian economic development, Tucson.
- Trnavci G (2008) «The Albanian customary law and the canon of leke dukagjimi: a clash or synergy with modern law», selected Works abril. [En línea] consultado el 11 de diciembre de 2013 [http://works.bepress.com/genc\\_trnavci/1](http://works.bepress.com/genc_trnavci/1)
- Universidad de Antioquia (2008) *Antecedentes de la Justicia Comunitaria y los MARC en la ciudad de Medellín, 1991-2007 / primer semestre*, coordinadora Luz Elena Henao Isaza, Medellín.
- Uprimny R (1994) «Justicia y resolución de conflictos, la alternativa comunitaria», *Revista Pensamiento Jurídico* No. 1. Universidad Nacional de Colombia, pp71 – 103, Bogotá.
- V
- Valencia L (2008) «Historia, realidad, pensamiento y perspectivas de la acción comunal en Colombia », Corporación Viva la Ciudadanía, Consultado 31 de enero de 2014 [<http://viva.org.co/cajavirtual/svc0168/articulo0006.pdf>]

Verdú V (2006) Michel Maffesoli: una mirada a la violencia social, Nota de prensa en El País 8 de enero, pp12-18, Madrid.

Villegas M (2004) «No sólo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia», *Revista de economía institucional*, Vol.6 No.10. (s p) Junio Universidad Externado de Colombia. Bogotá. [En línea] consultado el 11 de diciembre de 2013 [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962004000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962004000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es)

## W

Wachtel T (1997) *Real Justice: How to Revolutionize our Response to Wrongdoing [La justicia verdadera: Cómo cambiar radicalmente nuestra respuesta ante los delitos]*, PA: Piper's Press, Pipersville.

Weber M (1993) *Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de cultura económica. Tomo I. Madrid.

## Y

Yageproducciones (2008) Wayúu documental, [disponible en Internet] consultado el 20 de enero de 2014, [<https://youtube.googleapis.com/v/KkVS7i13QCs%26hl=es%26fs=1>]

## Z

Zehr H (2010) *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, Asunción.

## RELACIÓN DE GRÁFICAS, ILUSTRACIONES Y TABLAS

Gráfica: 1 Metodología de investigación de la tesis	21
Gráfica: 2 Población encuestada GENNJI tomado de: (MinJusticia 2013)	24
Gráfica: 3 Visión triangular del conflicto, tomado de: (Lederach J 1993)	33
Gráfica: 4 Visión triangular del conflicto tomado de (Galtung J 2003).	34
Gráfica: 5 Visión triangular del conflicto tomado de: (Bonafé J 1988,197)	34
Gráfica: 6 Visión triangular del conflicto (Carnelutti F 1994, 28)	35
Gráfica: 7 Estructura o elementos del conflicto, elaboración propia basada en Físas V (2006,31-32)	36
Gráfica: 8 Respuesta de los extremos ante el conflicto, elaboración propia basada en: Van de Vlierl E y Euwema M.C (1994)	38
Gráfica: 9 Matriz de necesidades humanas según Max Neef (1993)	44
Gráfica: 10 Contenido del conflicto según dimensiones sistémicas	46
Gráfica: 11 Incidencia de los conflictos por entorno: GENNJI (MinJusticia 2013)	47
Gráfica: 12 Relación de principales necesidades jurídicas más afectadas frente a necesidades humanas. Fuente: GENNJI (MinJusticia 2013)	48
Gráfica: 13 Incidencia de los conflictos por entorno: GENNJI (MinJusticia 2013)	56
Gráfica: 14 Regulación: principios normativos que ejercen influencia sobre el conflicto	58
Gráfica: 15 Ventana de la disciplina social (Wachtel T 1997)	66
Gráfica: 16 Opciones del ciudadano para conducir su propio conflicto, Butt T, Munduate L, Barón M, Medina F (2005).	75
Gráfica: 17 Mapa conceptual de la gestión del conflicto, elaboración propia basado en Fisas V (2006)	80
Gráfica: 18 ¿Qué hacen los ciudadanos frente al conflicto? (GENNJI MinJusticia 2013)	82
Gráfica: 19 ¿Acudió a una organización ilegal para solucionar su conflicto? (GENNJI MinJusticia 2013)	101
Gráfica: 20 Porcentaje de problemas jurídicos donde el ciudadano se resignó o no hizo nada (GENNJI MinJusticia 2013)	103
Gráfica: 21 Razones por las que el ciudadano se resignó o no hizo nada (GENNJI MinJusticia 2013)	103

Gráfica: 22 La suerte de los problemas jurídicos, población general (MinJusticia 2013)	106
Gráfica: 23 Comparativo problemas jurídicos en poblaciones (MinJusticia 2013)	107
Gráfica: 24 Razón por la que acude ante autoridades administrativas.	109
Gráfica: 25 Razón por la que acuden los encuestados ante particulares	110
Gráfica: 26 Razón por la que acude ante autoridades judiciales	111
Gráfica: 27 Porcentaje de población general que tiene problemas jurídicos Fuente: MinJusticia (2013) Microdatos población general.	120
Gráfica: 28 Problemas jurídicos más frecuentes en la población general, (MinJusticia, 2013)	121
Gráfica: 29 Problemas jurídicos población general encuestada (MinJusticia, 2013)	123
Gráfica: 30 La suerte de los problemas jurídicos, población general (También expuesta en el capítulo II).	129
Gráfica: 31 Distribución del 27 % que acudió a autoridades del Estado (MinJusticia 2013)	130
Gráfica: 32 Pirámide de litigiosidad, elaboración propia basada en De Sousa Santos (2009, 74)	138
Gráfica: 33 Gestión de asuntos ante autoridades administrativas. Fuente: elaboración propia a partir de (MinJusticia 2013)	140
Gráfica: 34 Gestión de asuntos ante autoridades administrativas en población general (MinJusticia 2013)	141
Gráfica: 35 Gestión de asuntos ante autoridades judiciales: tomado de MinJusticia (2013)	145
Gráfica: 36 Ingreso de demanda y egreso de sentencias de todo el poder judicial (CSJ 2012, 23)	149
Gráfica: 37 Tutelas presentadas ante el poder judicial (CSJ 2012, 85)	151
Gráfica: 38 Porcentaje de tutelas según derecho vulnerado (CSJ 2012, 85).	151
Gráfica: 39 Pregunta 92 Instrumento de encuesta GENNJI Minjusticia 2013	172
Gráfica: 40 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013)	173
Gráfica: 41 Distribución del 5 % de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)	173
Gráfica: 42 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013).	174



Gráfica: 43 Distribución del 5 % de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)	174
Gráfica: 44 Porcentaje de asuntos institucionalizados ante particulares (MinJusticia 2013).	175
Gráfica: 45 Distribución del 7 % de asuntos ante particulares (MinJusticia 2013)	175
Gráfica: 46 Gestión de problemas jurídicos basados en la autonomía de la voluntad de las partes. Fuente: elaboración propia basada en (Santos B 2009,119).	198
Gráfica: 47 Alcance de la gestión de problemas jurídicos basados en la autonomía de la voluntad.	206
Gráfica: 48 Modalidades o esquemas de intervención basados en la autonomía de la voluntad de las partes.	211
Gráfica: 49 Tipologías de intervención en la gestión del conflicto hecha por ciudadanos.	212
Gráfica: 50 Mapa geográfico de la península de la Guajira y golfo de Venezuela (detalle), siglo XVII Fuente: Los Antonelli, arquitectos de Gatteo, (s.f.)	218
Gráfica: 51 Mapa geográfico de la parte septentrional de Suramérica. Fuente: Actualidad Kurda, (s.f.)	219
Gráfica: 52 Mapa de la península de la Guajira con división por clanes. Fuente: Hans Burgl, (1963).	222
Gráfica: 53 Proceso de gestión del palabrero; elaboración propia	233
Gráfica: 54 Proceso de gestión del Tribunal de las aguas; elaboración propia	258
Gráfica: 55 Proceso de gestión del sistema circular; elaboración propia	262
Gráfica: 56 Esquema de la Mediación	282
Gráfica: 57 Esquema de la Conciliación	297
Gráfica: 58 Metodología de implantación de programas de conciliación en equidad (Córdoba M, Vargas H 2009,28)	304
Gráfica: 59 Estrategia de formación de los programas de conciliación en equidad (Córdoba M, Vargas H 2009)	305
Gráfica: 60 Competencias desarrolladas en los programas de conciliación en equidad (Córdoba M, Vargas H 2009)	305
Gráfica: 61 Esquema de la Justicia de Paz	307
Gráfica: 62 Esquema de la Justicia restaurativa	310

Gráfica: 63 Tipologías de las prácticas restaurativas, tomado de: McCold P, Wachtel T (2003)	314
Gráfica: 64 Grado de autonomía e independencia de las instituciones ciudadanas que gestionan conflictos en España.	315
Gráfica: 65 Grado de autonomía e independencia de las instituciones ciudadanas que gestionan conflictos en Colombia.	316