

**DEL CONCEPTO DE LA ALTERNATIVIDAD Y SUS  
ALCANCES; ANÁLISIS SOCIOLÓGICO SOBRE LAS NUEVAS  
TENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL  
ENTORNO LOCAL**

**GUILLERMO TEJEIRO GUTIERREZ**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO**

**DTR.: CARLOS MORALES DE SETIÉN RAVINA  
PROFESOR ASOCIADO**

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ  
2006**

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>DEL CONCEPTO DE LA ALTERNATIVIDAD Y SUS ALCANCES; ANÁLISIS SOCIOLÓGICO SOBRE LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ENTORNO LOCAL.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>LA APUESTA DEL NORTE POR EL SUR; EL MACROPROYECTO DE LA DEMOCRACIA Y DEL MERCADO Y SU IMPLEMENTACIÓN A TRAVÉS DEL FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A NIVEL LATINOAMERICANO.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo I</b>	
<b>De los principales argumentos que sustentaron la implementación de los proyectos de reforma judicial en Latinoamérica; los programas de reforma a la justicia como manifestación del fenómeno de la globalización hegemónica.....</b>	<b>10</b>
1.1. Introducción.....	10
1.2 Del concepto “globalización” y sus variantes y del consenso liberal: las reformas a los sistemas de justicia como manifestación de la globalización hegemónica.....	11
<i>Consenso económico-liberal.....</i>	<i>14</i>
<i>Consenso del Estado débil.....</i>	<i>14</i>
<i>Consenso liberal democrático.....</i>	<i>14</i>
<i>Consenso sobre el Estado de Derecho y lo judicial:.....</i>	<i>15</i>
1.3 Implementación del pensamiento político hegemónico en las sociedades de la semiperiferia mundial: del caso de las reformas en el entorno latinoamericano.....	15
1.4 Los programas de reforma judicial implementados en América Latina: breve recuento histórico.....	19
1.5 La corriente de <i>Derecho y Desarrollo</i> y los programas de reforma en América Latina en su primera fase (años sesentas y setentas); sustento teórico e ideológico.....	20
1.6 El programa de reforma enfocado hacia la enseñanza del derecho instrumentalización de la primera fase del proyecto de Derecho y Desarrollo.....	22
1.7 La corriente de Derecho y Desarrollo y los programas de reforma en América Latina en su segunda fase (años ochentas y noventas); sustento teórico e ideológico.....	25
1.8 El programa de reforma enfocado hacia la reforma judicial en entornos de globalización: instrumentalización de la segunda fase del proyecto de Derecho y Desarrollo.....	28
1.9 Principales programas de reforma judicial implementados en los países de América Latina durante la segunda fase del programa de Derecho y Desarrollo.....	31
1.10 Programas de reforma judicial en Latinoamérica en la segunda fase de derecho y desarrollo: objetivos y realidades comunes y su relación con la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.....	33
1.11 Implementación de la segunda ola de derecho y desarrollo en Colombia: particularidades del proceso de implementación a las reformas del sistema de justicia propiciadas por la USAID.....	35
1.12 Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como parte del proyecto de reforma al sistema judicial colombiano: análisis de los proyectos de ley que introdujeron al sistema la noción de alternatividad judicial.....	40
1.13 Conclusiones.....	43

## Capítulo II

<b>El derecho y la noción de crisis del sistema judicial en el entorno latinoamericano vía libre a la implementación de las principales reformas desde la perspectiva instrumentalista del derecho.....</b>	<b>48</b>
2.1 Introducción.....	48
2.2 La tesis según la cual la ineficacia del derecho en nuestro entorno obedece a los problemas internos del sistema normativo de los países latinoamericanos: del papel del derecho como instrumento de reforma en el entorno de la así llamada crisis de los sistemas de justicia.....	50
2.3 Del concepto de la crisis de gobernabilidad: contexto de inestabilidad política y económica del Estado.....	58
2.4 Cultura jurídica en América Latina: aproximación histórico-analítica al fenómeno del derecho y del alcance de los proyectos de reforma institucional en el entorno local.....	60
2.5 Análisis comparativo del alcance coyuntural del concepto de crisis del sistema: la hipótesis acerca del uso estratégico del concepto de crisis en momentos históricos de reforma del sistema político y económico imperante.....	66
2.6 Conclusiones.....	71

## SEGUNDA PARTE

<b>DEL ALCANCE DEL CONCEPTO DE ALTERNATIVIDAD EN EL ENTORNO LOCAL: ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....</b>	<b>74</b>
--	-----------

## Capítulo III

<b>La teoría del derecho alternativo y del uso alternativo del derecho y su relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: la pregunta acerca del alcance del concepto de la alternatividad en el entorno local. ....</b>	<b>75</b>
3.1 Introducción.....	75
3.2 Antiformalismo, neomarxismo y alternatividad: breve recuento de los principales presupuestos teóricos que sirven como sustento a la corriente del derecho alternativo.....	77
<i>Antiformalismo</i> .....	78
<i>Neomarxismo</i> .....	80
<i>Punto de encuentro: base teórica y metodología del alternativismo</i> .....	82
3.3 La corriente del derecho alternativo latinoamericano del papel emancipador del derecho y de la apuesta por la transformación de la cultura jurídica imperante.....	83
3.4 El modelo teórico del derecho alternativo: pluralismo jurídico, sujetos colectivos y necesidades básicas humanas como categorías teóricas del derecho alternativo.....	87
3.5 Estrategias operativas de la corriente alternativa del derecho: entre el derecho alternativo y el uso alternativo del derecho.....	90
3.6 El concepto de alternatividad del entorno latinoamericano: contexto histórico analítico.....	93
3.7 El concepto de la alternatividad desde su vertiente lingüística: las posibles acepciones del vocablo alternatividad .....	97
3.8 El concepto de alternatividad desde su vertiente instrumental: análisis del alcance de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en tanto alternativos.....	103
3.9 Conclusiones.....	105

## TERCERA PARTE

<b>BREVE COMENTARIO A MANERA DE EPÍLOGO .....</b>	<b>107</b>
---	------------

**BIBLIOGRAFÍA..... 111**

*“EL DERECHO SE ENCUENTRA EN EL NÚCLEO DE LOS PROCESOS  
QUE ESTRUCTURAN, CONSTRUYEN Y REPRODUCEN EL CAMPO  
DEL PODER”*

*IVES DEZALAY*

## **INTRODUCCIÓN**

Inherente es a todo orden social la generación permanente de conflictos en su interior, los cuales obedecen a naturalezas diversas y dentro de los que participan multiplicidad de actores sociales. Razones y explicaciones para dicho fenómeno existen en igual número a los problemas que surgen en toda sociedad. Por consiguiente, el conflicto entre los asociados derivado de su propia interacción al interior de una comunidad plantea retos enormes a las instituciones destinadas a su resolución.

Sin embargo, la resolución de dichas situaciones de conflicto y a pesar de las notables diferencias que existen entre los sistemas legales, supone para la institucionalidad democrática retos enormes que habrá de superar si quiere sostener un determinado esquema social dentro del cual, y muy seguramente, el acceso eficaz a la justicia habrá de desempeñar un papel muy importante en la estabilidad genérica del sistema como unidad. Igualmente, resultará importante que bajo los nuevos esquemas de interacción globalizada entre países, se determine con claridad el papel y alcance de los mecanismos de adjudicación de justicia en su conjunto, atendiendo a las particularidades del sistema y a las necesidades del conglomerado social en su conjunto.

El sistema judicial y el ordenamiento jurídico aparecen en la actualidad como las instituciones destinadas a dar solución efectiva a las situaciones de conflicto que se generan en razón de la interacción social. Es por ello que sólo a partir de la consecución de un sistema de justicia eficaz, justo y de corte social puede conseguirse una sociedad más justa e integrada, atenta a las circunstancias de los contextos particulares y a las necesidades del acceso al sistema de justicia en beneficio de todos los que participan del mismo. Reconociendo como lo hemos hecho anteriormente que la estabilidad de un sistema de gobierno reposa, entre otros factores, en la capacidad del mismo para dar respuestas satisfactorias a las situaciones de desequilibrio generadas por situaciones de

conflicto al interior de la sociedad, el desarrollo de la institucionalidad y del sistema jurídico propiamente dicho son tareas vitales en la consecución de una sociedad más justa y más equitativa.

Por lo tanto, resulta evidente hasta el momento que dentro de un entorno política y socialmente agitado como el latinoamericano, y en especial el colombiano, el acceso rápido y eficiente a la justicia se constituye en una necesidad de orden primario al interior de la organización de un nuevo y mejor sistema social. Sin embargo, bien vale la pena aproximarse al fenómeno de la administración de la justicia no solamente desde una perspectiva de eficiencia y celeridad, sino desde una posición crítica en la cual el derecho se encuentra en capacidad de propiciar verdaderos cambios a nivel social en aras de una mayor equidad del funcionamiento de la justicia y una mejor distribución de sus recursos.

Es con el ánimo de contribuir a esa tarea que consideramos necesario ir mas allá de la mera enunciación de los mecanismos que conforman el abanico de posibles soluciones a los conflictos sociales; hace falta, entonces, un estudio serio tendiente a constatar las nuevas prácticas jurídicas y, por supuesto, las posibles modificaciones al interior del sistema jurídico como espacio común dentro del cual dichas relaciones sociales se encauzan a través de la institucionalidad. Solo así podremos propiciar con cierto grado de certeza algunas transformaciones y efectos positivos de la justicia (redistributivos, reconstitutivos del tejido social, etc.), y crear el espacio para que los mismos se vean llevados a buen término y que los efectos muchas veces nocivos inherentes a la resolución de los conflictos no se vean propiciados por la inacción o el descuido de quien tiene a su cargo la importante tarea de velar porque el servicio del acceso a la justicia se realice dentro de estándares de calidad, eficiencia y, sobre todo, atendiendo a su dimensión social. Sin embargo, el estudio de los sistemas de administración de justicia debe hacerse teniendo en cuenta las condiciones particulares del contexto social dentro del cual se suceden este tipo de relaciones.

Resulta claro que la discusión sobre la administración de justicia en nuestro país y, en general, en el entorno mundial, que se reconduce frecuentemente a problemas de ineficacia judicial, tiene un trasfondo mucho más complejo que el aparente y tan visible problema de congestión o de impunidad en los estrados judiciales. A simplificar ese

trasfondo contribuye un problema que atañe, a mi juicio, y desde una perspectiva exclusivamente analítica, a la falta de análisis académico acerca de la dimensión y alcance de los nuevos conceptos que poco a poco han ido colonizando de manera cada vez más notoria a la práctica jurídica y de la administración de justicia, conceptos con los cuales nos vemos enfrentados a diario y que carecen de un horizonte conceptual más o menos determinado. De la efectiva determinación de los alcances conceptuales de las nuevas formas de abordar el derecho depende en gran medida que sea posible abordar, de pensar, el estudio de los nuevos mecanismos de adjudicación de justicia de manera omnicomprendiva, pudiendo a su vez generar de manera efectiva sistemas de diagnóstico y análisis sobre el comportamiento de dichas figuras en su relación con los fines que persiguen.

Por lo tanto, el objetivo fundamental del presente trabajo de tesis de maestría lo constituye el análisis de los nuevos mecanismos de adjudicación de justicia en Colombia. La discusión que pretendo plantear a través del presente trabajo se concentra entonces en el análisis teórico de los alcances del concepto de alternatividad aplicado a los mecanismos de adjudicación de justicia, buscando delimitar y precisar su génesis, alcances y consecuencias para el sistema judicial y, por lo tanto, para las nuevas prácticas judiciales puestas en marcha a nivel nacional. Resulta de mi particular interés en este punto, rastrear y analizar la interacción entre la institucionalidad representada por los mecanismos tradicionales de acceso a la justicia, el papel de los operadores jurídicos públicos (justicia de carácter público), y la constante injerencia de los actores dominantes de las dinámicas globalizadas, representados por los sectores económicos y políticos externos e internos, quienes intervienen de manera determinante en la creación de nuevas formas de acceso a la justicia atendiendo a intereses de orden particular que se corresponden de manera exclusiva a la racionalidad privada que los crea. Esta relación delimita los alcances y precisa los límites del concepto de alternatividad aplicado a la práctica jurídica. Sostengo que, a partir de la implementación de los programas de reforma judicial en América Latina, y en particular en Colombia, se han generado instrumentos de justicia que atienden fundamentalmente a las condiciones de segregación social de nuestra sociedad, lo cual ha tenido como consecuencia el desarrollo de justicias de clase o por niveles.

En una primera parte del trabajo (capítulos I y II), el lector habrá de encontrar un análisis sobre la implementación de las reformas judiciales que dieron origen a la ejecución de mecanismos de adjudicación de justicia de carácter alternativo, haciendo énfasis en los proyectos implementados por los países del primer mundo en sus zonas de influencia cercanas bajo la idea de la implementación del esquema de la democracia y del sistema económico neoliberal. A su vez, encontrará un análisis sobre las dimensiones del concepto de crisis del sistema judicial, pretendiendo develar el alcance eminentemente técnico de las herramientas jurídicas implementadas para hacer frente a dicha situación de anormalidad sistémica.

En una segunda parte del trabajo, nos concentraremos en el estudio del concepto de alternatividad. Para ello contrastaremos sus alcances a partir de la descripción de la corriente del derecho alternativo y del uso alternativo del derecho. A su vez, intentaremos delimitar con cierta precisión los alcances del concepto a partir de un análisis del vocablo y de los instrumentos que componen el abanico de los así llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, para finalmente extraer algunas conclusiones respecto del tema de la administración de justicia y su relación con el concepto de alternatividad.



## **PRIMERA PARTE**

**LA APUESTA DEL NORTE POR EL SUR; EL MACROPROYECTO DE LA  
DEMOCRACIA Y DEL MERCADO Y SU IMPLEMENTACIÓN A TRAVÉS DEL  
FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A  
NIVEL LATINOAMERICANO**

## Capítulo I

**De los principales argumentos que sustentaron la implementación de los proyectos de reforma judicial en Latinoamérica; los programas de reforma a la justicia como manifestación del fenómeno de la globalización hegemónica<sup>1</sup>.**

*“El derecho, y de manera más general, el Estado, siempre son moldeados por las interacciones y pugnas que se dan entre los Estados”<sup>2</sup>*

### 1.1. Introducción

El proceso de globalización, enmarcado dentro de una dinámica de intensificación de las relaciones entre grupos sociales e instituciones a nivel transnacional, aparece como el entorno y el lugar común de las discusiones en la actualidad sobre reformas estatales y, en concreto, sobre reformas. En este sentido, el esfuerzo tendiente a la homologación de procesos e instituciones con el fin de edificar un sistema mancomunado dentro del cual sea posible y eficaz el intercambio de bienes, servicios y capital a través de las fronteras nacionales, es un proceso que, tal y como lo refiere la doctrina, *“no puede tener lugar sin la arquitectura jurídica favorable al capital compuesta por instituciones tales como la Organización Mundial del Comercio. Tampoco podían existir, como Garth y Dezalay (1998) lo han mostrado, sin la ayuda de una legión de abogados*

---

<sup>1</sup> He escogido referirme al caso latinoamericano pretendiendo con dicho ejercicio dejar en claro que Colombia no es ajena a un proceso de reforma judicial que tiene como propósito fundamental el mejoramiento sustancial de las instituciones de justicia, adoptando como una medida importante a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, vale la pena aclarar que el objeto del presente trabajo no es llevar a cabo un análisis exhaustivo de legislación comparada sobre el tema, sino simplemente resaltar la idea que se ha presentado a lo largo de la presente cita. Para ello pretendo valirme de una explicación de carácter histórico con el objetivo de ilustrar al lector sobre la profundidad del tema de las reformas judiciales en el entorno latinoamericano, pretendiendo demostrar como dicho proceso atiende a la injerencia de actores económicos que propiciaron la inclusión de mecanismos alternativos de resolución de conflictos a las legislaciones locales, y en particular, a la colombiana.

<sup>2</sup> Dezalay Yves, y Bryant Garth. 2002. *La internacionalización de las luchas por el poder*, Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.

*especializados en derecho privado internacional al servicio de las empresas multinacionales. En síntesis, el derecho y las reformas institucionales son particularmente relevantes en el contexto de la globalización*<sup>3</sup>. Así entonces, dentro del proyecto de la globalización, el derecho tiene un papel fundamental en cuanto que la institucionalidad que provee el sistema jurídico debe ser compatible con los principios básicos de la democracia y del sistema económico predominante, principios que solamente pueden verse materializados a través de un sistema jurídico que integre de manera eficaz los postulados básicos del proyecto de la globalización.

Este proceso de interacción entre la institucionalidad y los grupos promotores de las reformas, quienes en su afán por la consolidación de los presupuestos del “consenso liberal” han puesto buena parte de su energía en la reconstrucción, o reconfiguración si se prefiere, de los sistemas de justicia a nivel local, y el derecho como promotor de dichos cambios, se estudiará a continuación. Por lo tanto, nos concentraremos en el proyecto de la globalización y sus alcances y habremos de encuadrar los referidos proyectos de reforma en la variante de globalización hegemónica partiendo del estudio de su definición y del contenido del llamado consenso liberal.

## **1.2 Del concepto “globalización” y sus variantes y del consenso liberal: las reformas a los sistemas de justicia como manifestación de la globalización hegemónica.**

Podríamos definir al fenómeno de la globalización como “*la intensificación de las relaciones en escala mundial (...) una realidad en proceso, que (...) alcanza a las cosas, a las personas y a las ideas, así como a las sociedades y a las naciones, a las culturas y a las civilizaciones (...)*”. Introducido en la década de los setentas en la esfera de la comunicación y la cultura, Wolkmer destaca como el concepto acabó siendo adoptado y difundido en los parámetros de la sociedad internacional relacionada con la “... *mundialización de políticas económicas, comerciales y financieras de grandes*

---

<sup>3</sup> Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho: El regreso de los programas de derecho y desarrollo”, en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, 2000.

*conglomerados comerciales*”<sup>4</sup>. Sin embargo, vale la pena aclarar que la definición que hemos escogido adoptar del término globalización corresponde a su versión hegemónica. Para Santos<sup>5</sup>, existen dos tipos de globalización, a saber, la hegemónica y la contra-hegemónica. La primera de ellas se caracteriza fundamentalmente por la intensificación de las relaciones transnacionales y sociales promovidas por instituciones o grupos sociales dominantes quienes tienen como finalidad la materialización de sus intereses propios en el ámbito transnacional. La segunda, por el contrario, se corresponde con la intensificación de las relaciones transnacionales y sociales promovidas por instituciones o grupos subordinados quienes, con la finalidad de contrarrestar los efectos negativos de la globalización hegemónica, pretenden imponer sus intereses particulares en el ámbito transnacional. Así entonces, como ejemplos de ambas variantes del concepto globalización, y en opinión del autor, podríamos citar los siguientes:

- La imposición del “Consenso de Washington” como parte integrante del consenso liberal o la promoción del modelo de patentes y propiedad intelectual promovida por la OMC, el G-7 y el NAFTA son ejemplos de la globalización hegemónica.
- Las alianzas de grupos ambientalistas, sindicatos y grupos de consumidores, o la lucha de las organizaciones indígenas por el reconocimiento de su entidad cultural y patrimonio ambiental, son ejemplo de la globalización contra-hegemónica.

Recuerda entonces Santos, como sin embargo, y a pesar de su antagonismo conceptual, las manifestaciones de ambos fenómenos del concepto de la globalización aparecen visibles dentro del conjunto de lo que podríamos denominar como el abanico de relaciones sociales globalizadas, argumento que se refuerza en la constatación de los ejemplos antes citados. Por lo tanto, ambas componen la dinámica de las relaciones

<sup>4</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, “Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, 2002.

<sup>5</sup> Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*, Ediciones Uniandes, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Tomo I, Capítulo III, Bogotá, 2001.

transnacionales que podríamos definir como propias de la globalización y sus manifestaciones en conjunto determinan el panorama de las relaciones que trascienden las fronteras nacionales en la actualidad. Es tal la complejidad del fenómeno social transnacional, que incluso diferenciar con precisión la naturaleza de los fenómenos de la globalización resulta en ocasiones, de difícil consecución. Lo anterior por cuanto existe una profunda complejidad y heterogeneidad en cuanto a los intereses y composición de los grupos participantes en la dinámica globalizada<sup>6</sup>. Sin embargo, y para efectos del presente trabajo, habremos de concentrarnos primeramente en el pensamiento y tendencia política hegemónica, con el ánimo de dar paso al estudio del llamado consenso liberal.

Como parte integral del proyecto del pensamiento político hegemónico, y propiamente del proyecto de reformas a los sistemas de justicia a nivel latinoamericano, el procedimiento mismo de la globalización de la democracia implementado en el entorno local, tal y como lo sostiene Boaventura de Sousa Santos, “... *es la expresión del consenso entre los países desarrollados sobre cuatro elementos fundamentales: el modelo económico neoliberal, el Estado débil, la democracia liberal y el modelo de rule of law (régimen o Estado de Derecho)*”<sup>7</sup>. Son estos los componentes del denominado consenso liberal, cuyo estudio resulta pertinente en la medida en que define las directrices impuestas por los actores sociales dominantes del mundo globalizado en torno a la implementación, papel e importancia de la política y diseño estatal delineado como modelo de desarrollo a implementarse en los países de la semi-periferia mundial; proyecto del que participa la reforma a los sistemas de justicia, incluidos los de la región.

El consenso liberal se enmarca dentro del colapso de los paradigmas de transformación social (caída de la Unión Soviética como paradigma revolucionario y del Estado de bienestar en Europa como manifestación del paradigma reformista), los acuerdos resultantes del conflicto Oriente-Occidente (las rivalidades imperialistas que dieron origen a la Primera Guerra Mundial y que terminaron en acuerdos de

---

<sup>6</sup> Para un desarrollo mayor sobre el tema de la globalización, ver el texto de Santos, en *Ibíd.*

<sup>7</sup> *Ibíd.* en relación al texto Boaventura de Sousa Santos 2000. “Law and Democracy (Mistrusting the Global Reform of Courts”, en Johnson, Jane, y Boaventura de Sousa Santos (eds.) *Globalizing Institutions: Case Studies in Social Regulation and Innovation*, Adershot, Ashgate, pág. 412.

cooperación) y la institucionalización de los conflictos sociales (que dieron origen al fascismo y nazismo) del siglo XX<sup>8</sup>. En este sentido, el consenso resultante se refiere a los componentes que a continuación referimos, cuyas particularidades son estudiadas a continuación.

#### *Consenso económico-liberal*

Conocido también como el “Consenso de Washington”, su componente básico lo constituye el acuerdo común en torno a la economía global e incluye a su vez la producción global y los mercados de bienes, servicios y finanzas<sup>9</sup>. Dentro de sus principales innovaciones, en opinión de Sousa, podemos destacar las siguientes: restricciones legales a la regulación estatal; nuevos derechos internacionales de propiedad para inversionistas extranjeros y desarrolladores a nivel intelectual; y subordinación de los Estados a las agencias multilaterales.

#### *Consenso del Estado débil*

En íntima relación con el anterior, el consenso del Estado débil entiende que el Estado, incluso el de corte democrático, es opresivo en su naturaleza misma y debe por lo tanto, ser debilitado con el ánimo de fortalecer a la sociedad civil. Así entonces, la fortaleza del Estado es a su vez la causa de la debilidad de la sociedad civil, razón por la cual un Estado débil debería propiciar el fortalecimiento de la sociedad civil en su conjunto.

#### *Consenso liberal democrático*

Enmarcado por la caída del Muro de Berlín y de la Unión Soviética, el autor describe cómo se considera que la democracia es la única alternativa viable de gobierno aplicable a las naciones del mundo. En este sentido, la teoría liberal democrática y participativa concibe a la sociedad liberal democrática como aquella en la cual los individuos utilitaristas involucrados en intercambios competitivos, interactúan con una mínima interferencia del Estado.

---

<sup>8</sup> *Op. cit.* Santos, García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*,

<sup>9</sup> El acuerdo en mención se basa en “...el libre mercado, la des-regulación, la privatización, el minimalismo estatal, el control de la inflación, la orientación a la exportación, los recortes al gasto social, la reducción al déficit público, la concentración del poder del mercado en manos de las corporaciones transnacionales y del poder financiero en manos de la banca transnacional”, en *Op. cit.* Santos, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*

### *Consenso sobre el Estado de Derecho y lo judicial:*

Como última parte constitutiva del consenso hegemónico, el consenso en comento es producto de los tres anteriores. Conforme a los mismos, un modelo de desarrollo neoliberal cimentado en la interacción predominante del sector privado y dependiente en mayor medida de las dinámicas del mercado, exige la reformulación de las instituciones privadas y públicas con el ánimo de propiciar el comercio, la financiación y la inversión a gran escala. Por lo tanto, el Estado de Derecho es un elemento fundante y propiciador de la teoría neoliberal del desarrollo<sup>10</sup>. Es instrumento efectivo de cambio social, a través del cual pueden garantizarse la certidumbre y predictibilidad, se disminuye el costo transaccional, se protegen los derechos a la propiedad, se puede exigir el eficaz cumplimiento de las obligaciones, etc. En este punto es importante señalar como, en la medida en que el papel del Estado es reformulado con el ánimo de adecuarlo al nuevo consenso global antes descrito, así mismo el sistema judicial debe ser reconstituido. Así entonces, Santos explica como “..*La reforma judicial es un componente esencial del nuevo modelo de desarrollo y la base de una buena administración, cuyo suministro es la prioridad del Estado no intervencionista. La administración de justicia es, esencialmente, un servicio que presta el Estado a la comunidad para preservar la paz social y facilitar el desarrollo económico a través de la solución de conflictos*”<sup>11</sup>. La disposición en comento es resultado de la experiencia mundial en torno al fracaso de los gobiernos en África, el colapso de las dictaduras americanas y las profundas transformaciones en Europa central, experiencias que han propiciado el pensamiento acerca de la necesidad de construir un consistente marco legal y un sistema judicial autónomo y eficaz, sin el desarrollo económico y social es de difícil consecución.

### **1.3 Implementación del pensamiento político hegemónico en las sociedades de la semiperiferia mundial: del caso de las reformas en el entorno latinoamericano**

Conforme a lo estudiado anteriormente, el proyecto de implementación de la política hegemónica antes descrita se desarrolló en el entorno latinoamericano de la

---

<sup>10</sup> Ver Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America, Edmundo Jarquin and Fernando Carrillo Editors, Inter-American Development Bank, Washington, 1998.

<sup>11</sup> *Op. cit.* Santos, *El Kaleidoscopio de las justicias en Colombia*.

siguiente manera. Los países del Primer Mundo volcaron sus expectativas hacia la realización del proyecto de la democracia en los países latinoamericanos, teniendo como sustento básico la afirmación según la cual “*El fortalecimiento del Estado de Derecho en Latinoamérica es crucial para alcanzar tanto la consolidación de la democracia como la eficiencia económica. En tanto que los gobiernos democráticos prevalecen en la región actualmente, muchas dificultades se presentan ante la consolidación de un gobierno democrático, así como en la definición de las prioridades y políticas públicas. Las inadecuadas leyes y el pobre funcionamiento de las instituciones públicas han cobrado un alto costo en términos de política económica que las sociedades de la región no se encuentran dispuestas a seguir asumiendo. El desarrollo económico riñe cada vez más con la obsoleta estructura de las instituciones estatales, las formas de administración de gobierno en las que no es posible confiar y las inadecuadas políticas públicas*”<sup>12</sup>. Un papel fundamental dentro de la agenda de las reformas a nivel institucional juega el concepto de Rule of Law o Estado de Derecho. Conforme a la doctrina, “*El Estado de Derecho es indispensable para que el mercado funcione adecuadamente, por dos razones distintas. En primer lugar, en la escala nacional, el Estado de derecho provee un ambiente estable para la inversión de capital y una estructura institucional predecible en la que el sistema judicial protege de manera eficiente los derechos de propiedad. En segundo lugar, en la escala internacional, un “Estado de derecho global” – cuyo paradigma, para Sachs, es la Organización Mundial del Comercio- garantiza un marco regulatorio que facilita las transacciones de bienes, servicios y capital*”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Traducción libre al español del texto “*Strengthening the rule of law in Latin America is crucial for achieving both democratic consolidation and economic efficiency. While democratic governments prevail in the region today, many difficulties confront the consolidation of democratic governance, not least in defining priorities and sequencing public policies. Inadequate laws and poorly functioning public institutions have exacted a high cost in terms of economic policy the region’s societies are no longer willing to pay. Economic development has increasingly clashed with the outmoded structure of state institutions, unreliable forms of government administration, and unsuitable public policies*”, Jarquin, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.), *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank, 1998.

<sup>13</sup> *Ibíd.* Pág. 14



Dentro de dicho proceso, el entorno latinoamericano ha sido definido como zona geográfica de importancia estratégica para su implementación y fortalecimiento<sup>14</sup>. Tal y como lo describen Arenas y Gómez en consonancia con la USAID<sup>15</sup>, desde los años sesenta la tensa situación de los países latinoamericanos dentro del contexto político de la Guerra Fría, concentró la atención de los gobiernos industrializados de Occidente, particularmente de los Estados Unidos, quienes ante el temor de la expansión de los regímenes socialistas en la región centraron su atención en el desarrollo de “proyectos de democracia” y mejoramiento de la situación de los derechos humanos en Latinoamérica. Posteriormente y durante los años noventa, a partir de los “*cambios en el contexto internacional, y el surgimiento de un acuerdo general entre las naciones industrializadas sobre un proyecto consolidado de democracia y de reformas legales y judiciales como manera de fortalecer el crecimiento económico y la estabilidad política*”, se consolidó finalmente el surgimiento del período de globalización del derecho y la democracia.

Resulta interesante reseñar igualmente, y en concordancia con lo anteriormente dicho, como desde una perspectiva sociológica, David Trubek<sup>16</sup> ha identificado dos partes integrantes de carácter fundamental dentro de los proyectos de reforma legal y judicial que a su vez sirven para contextualizar la implementación de los proyectos de reforma a nivel latinoamericano. Uno de ellos es el Proyecto de Mercado (Market Project) que tiene por objetivo el establecimiento de un “... *sistema jurídico confiable, capaz de hacer previsible las decisiones de los jueces y así, fomentar un comercio*

---

<sup>14</sup> En este sentido, resaltamos que “*aunque Latinoamérica no ha sido la única región en la que estos proyectos se han desarrollado, sí ha sido objeto de una mayor atención. Y así lo demuestran cifras tales como las de la banca multilateral (Banco Mundial y BID) en el período 1994-1998, en el que se han otorgado préstamos para reformas a la justicia en América Latina, Asia, África y Europa del este por un total de 612.07 millones de dólares, de los cuales 377.57 han sido destinados para Latinoamérica y el Caribe. Es decir, el 62% del total*” en Jorge Carvajal, *Los préstamos de la banca multilateral para la reforma a la justicia en América Latina y el Caribe*, Bogotá, ILSA, 1999.

<sup>15</sup> Arenas, Luis Carlos, y Gabriel Ignacio Gómez. 2000. “En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela”, en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, Publicaciones ILSA.

<sup>16</sup> Trubek, David. 1996. “Law and Development; Then and Now”, *ASIL, Proceedings of the 90<sup>th</sup> Annual Meeting*, Washington DC.

*libre*"<sup>17</sup>. En este sentido, cobra pleno valor una noción instrumental de la justicia en la cual, los mecanismos que la adjudican protegen, coadyuvan y propician el intercambio y las dinámicas económicas del sistema. Se trata entonces, del desarrollo de herramientas judiciales eficaces que se encuentren en capacidad de proteger los intereses económicos del conglomerado, seguridad sin la cual el intercambio económico no podría suceder en términos de eficiencia y costos. El segundo componente que identifica el autor es el Proyecto de Derechos Humanos, que consiste fundamentalmente en la protección de los derechos individuales frente a los posibles abusos del poder del Estado. Sobre este particular, la noción proteccionista y de contrapesos de la justicia cobra pleno valor, por cuanto se entiende los sistemas de adjudicación de justicia deben propender igualmente, por la defensa de los derechos reconocidos en cabeza de los integrantes de la sociedad, atendiendo a la diferencia de tipo estructural que los diferencia de las potestades del Estado, entendido desde una perspectiva de delegación de poderes en la cual el Estado centraliza y administra las herramientas de ejecución de los derechos del sistema.

Así entonces, la apuesta por la puesta en marcha del proyecto de la democracia en los países de la región ha tenido como sustento básico la implementación de reformas que encuentran su soporte en las anteriores reflexiones y argumentos, los cuales a su vez denotan la importancia del consenso sobre la implementación del sistema democrático y neoliberal en la región. Dicho contexto argumentativo sirve como base para la comprensión de los modelos de reforma implementados a nivel regional en el sentido de develar la relación intrínseca existente entre el modelo de democracia y el modelo económico que se ha pretendido trasplantar a América Latina. Para entender a profundidad dichos proyectos de reforma, a continuación nos referimos a los momentos históricos fundamentales de dicho proceso con el ánimo de confrontar al lector respecto de las particularidades del proceso histórico de las reformas institucionales a nivel latinoamericano<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ibid.* Es preciso aclarar que dentro de dicha noción de juez, puede deliberadamente incluirse cualquier tercero en capacidad de adjudicar justicia, ya sea a partir del ejercicio de mecanismos tradicionales de justicia o de aquellos en los que los particulares tienen dicha potestad.

<sup>18</sup> En este sentido, he escogido acogerme a la tesis según la cual los momentos históricos de reforma judicial se corresponden con momentos diferentes de la corriente del Derecho y Desarrollo expuesta por César Rodríguez

#### 1.4 Los programas de reforma judicial implementados en América Latina: breve recuento histórico

Como lo hemos mencionado anteriormente, el interés demostrado por parte de algunas instancias internacionales hacia los sistemas jurídicos y su importancia como parte integral en la implementación de reformas institucionales tendientes a la culminación de esquemas democráticos y neoliberales no es en sí misma una novedad.

Como veremos a continuación, su surgimiento se asocia fundamentalmente al contexto histórico particular de los años sesentas durante el desarrollo de la guerra fría. Tal y como lo reseña la doctrina, “...muchos recursos y esfuerzos se unieron para promover progreso y crecimiento económico en América Latina desde una perspectiva en la cual la idea de desarrollo orientaba la acción institucional”<sup>19</sup>. Para el caso particular de las reformas a nivel judicial, su contribución se conoce como el movimiento de “Derecho y Desarrollo” que fuera fundamentalmente financiado por la Fundación Ford y la United States Agency for International Development (USAID)<sup>20</sup>. Tal y como lo reseñan Arenas y Gómez en consonancia con Blair y Hansen, los programas implementados fundamentalmente por la USAID pueden caracterizarse en cuatro períodos<sup>21</sup>, a saber, el correspondiente a los años sesentas en cuyo momento el movimiento de Derecho y Desarrollo surge bajo la influencia de Max Weber, quien estableció el papel del derecho racional en la consolidación de la sociedad capitalista moderna<sup>22</sup>. Este período se caracterizó por la implementación de programas de capacitación jurídica en varios países de América Latina que fueron implementados por profesores jóvenes provenientes de diferentes facultades de derecho de Norteamérica. El programa entró posteriormente en crisis y fue duramente criticado durante el período comprendido en los años setenta. En una segunda fase el alcance del programa fue mucho más modesto y se concentró fundamentalmente en programas de acceso a la

---

<sup>19</sup> Arenas, *op. cit.*, pág. 184

<sup>20</sup> Blair, Harry, y Gary Hansen. 1994. “Weighing in on the Scales of Justice”, *Usaid Program and Operations Assesment Report* N. 7, pág 3.

<sup>21</sup> Siguiendo a la caracterización de la USAID, son fundamentalmente cuatro las generaciones de los programas de derecho y desarrollo implementados en América Latina, en *op. cit.* Santos, García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Pág. 172

<sup>22</sup> Para profundizar en el tema, ver Cao, Lan. 1992. “Law and Economic Development: A New Beginning?”, *Texas International Law Journal* 32 (3): 545–59.

justicia y de asistencia legal<sup>23</sup>. El tercer y cuarto período corresponde a lo que se ha denominado programas de administración de justicia (Administration of Justice –AOJ– programs), desarrollados durante la época de los años ochentas y principios de los noventas. Sin embargo y para efectos del presente estudio, agruparé los cuatro momentos mencionados en dos, siguiendo el esquema de análisis planteado por César Rodríguez sobre el particular. A continuación me refiero a ellos en específico.

### **1.5 La corriente de *Derecho y Desarrollo* y los programas de reforma en América Latina en su primera fase (años sesentas y setentas); sustento teórico e ideológico**

Tal y como lo reseña Rodríguez, los orígenes de los programas de derecho y desarrollo deben ser contextualizados dentro de los programas de asistencia de los Estados Unidos a los países del “Tercer Mundo” durante los años sesentas, cuyo sustento proviene fundamentalmente de “... *la creciente confianza de Estados Unidos en su sistema económico y político y al temor frente a la posible expansión del comunismo*”. En síntesis, dichos programas de asistencia se concibieron como el mecanismo ideal para luchar en contra de las brechas entre los países del primer y tercer mundo y para hacer frente a una posible difusión del modelo de la revolución cubana en los países de la América Latina. De ahí que varias instancias gubernamentales norteamericanas junto con algunas organizaciones de carácter privado patrocinaran estudios sobre las condiciones necesarias para propiciar el desarrollo del Tercer Mundo.

Respecto de la implementación de dicho programa, se instó a diferentes profesionales en ramas diversas del conocimiento para que participaran del proyecto. A nivel jurídico propiamente, se formularon tesis y programas que vincularon el derecho moderno (representado por el sistema jurídico liberal de los Estados Unidos) y el desarrollo económico. Como fuera antes comentado, la relación entre el derecho y el desarrollo fue desarrollada en la teoría de Max Weber sobre el papel del derecho racional en la consolidación de la sociedad capitalista moderna, por lo cual el sustento teórico de dicho proyecto puede enmarcarse dentro de la teoría general de la modernización.

---

<sup>23</sup> Gardner, James A, *Legal imperialism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1982, pp. 3-26; Rodríguez, *op. cit.*

El sustrato del campo de estudio en comento se basó fundamentalmente en los presupuestos que a continuación se enumeran<sup>24</sup>:

- a. La sociedad se encuentra constituida por individuos quienes aceptan el poder del estado en tanto consideran que el mismo protege sus intereses particulares.
- b. El derecho es a la vez un medio de control de los individuos por parte del Estado y un dispositivo de control del Estado por parte de los particulares.
- c. Las normas jurídicas se diseñan para alcanzar objetivos de orden común mediante un proceso pluralista en el cual se encuentran representados la totalidad de los intereses de la comunidad.
- d. Las normas jurídicas son aplicadas en igualdad de condiciones a todos y cada uno de los individuos que componen una sociedad.
- e. Los jueces son los principales actores del sistema jurídico y aplican las normas de manera imparcial.
- f. Las personas en general obedecen de manera efectiva las directrices impuestas por vía de las normas legales (principio de eficacia del derecho).

A partir de los anteriores presupuestos teóricos, la teoría del derecho y desarrollo definió al desarrollo como un *“...conjunto de características sociales, económicas y políticas relacionadas entre sí – aunque vagamente definidas y no enteramente consistentes-, tales como el bienestar material, la libertad y la participación política”*<sup>25</sup>. El papel del derecho a la vista de los principales estudiosos de dicha corriente determinó al derecho como un instrumento indispensable para la realización de los objetivos definidos a partir del concepto de desarrollo. Así entonces, y tal y como lo reseña Rodríguez, el gobierno bajo un esquema como el descrito opera de manera despersonalizada a partir de la formulación y ejecución de reglas de carácter abstracto, esquema del que se supone se deriva una mayor igualdad ante la ley. A su vez y bajo esta perspectiva, el derecho se convierte en un instrumento para luchar en contra de la

---

<sup>24</sup> Ibid, Pág. 20

<sup>25</sup> Trubek, David, y Mark Galanter. 1974. “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, 1974 *Wisconsin Law Review* 1062-1102.

arbitrariedad y el autoritarismo, en tanto que promueve la libertad individual y la responsabilidad a nivel estatal. Es claro entonces que bajo esta perspectiva instrumental del derecho, el derecho sirve como mecanismo para el diseño de reformas progresistas que propendan por el bienestar material general. Tal y como lo demuestra Rodríguez, en este primer momento de los proyectos de reforma, el enfoque es sumamente amplio y ambicioso, en contraste con un enfoque exclusivamente económico como el que predominó durante la segunda fase de dichos proyectos<sup>26</sup>.

### **1.6 El programa de reforma enfocado hacia la enseñanza del derecho: instrumentalización de la primera fase del proyecto de Derecho y Desarrollo**

Tal y como reseñamos anteriormente, la primera fase del proyecto de reformas al sistema jurídico se concentró en la reforma integral de los programas de enseñanza del derecho en el Tercer Mundo, programa que fue implementado fundamentalmente por la Fundación Ford y la USAID. Vale la pena mencionar sin embargo, que dicho proyecto contó con el apoyo logístico y financiero de un sinnúmero de instituciones norteamericanas de diversa índole, entre las cuales se destacan la American Bar Foundation, el Internacional Legal Center y las universidades de Wisconsin, Stanford, Harvard, NYU, Columbia y Yale.<sup>27</sup>

El programa de reforma integral a la enseñanza del derecho en América Latina concentró sus esfuerzos en una primera instancia, en la promoción de cambios en la educación jurídica, y a fuera mediante el patrocinio del establecimiento de una corriente reformadora de las instituciones de enseñanza del derecho (como en el caso particular del Brasil), bien fuera a partir de la colaboración de las facultades de derecho seleccionadas para la implementación del programa de reforma (como en el caso de Colombia y Chile). A pesar de limitarse a promover cambios en la enseñanza jurídica, Rodríguez explica cómo los defensores del proyecto concebían la iniciativa reformista en comentario como un instrumento “...para alcanzar cambios sociales mucho más

<sup>26</sup> Ver Jarquin, *op. cit.*

<sup>27</sup> Gardner, James A, *Legal imperialism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1982, pp. 3-26. Vale la pena resaltar en este punto que los programas de reforma a la enseñanza del derecho fueron implementados de manera más ambiciosa en Brasil, Chile y Colombia, esfuerzo que fue canalizado a través de un centro de investigación creado en la periferia de las instituciones de enseñanza de dichos países, al parecer por la desconfianza inicial con la que se aproximaron dichas instituciones a la propuesta de reforma planteada por las instituciones norteamericanas.

*ambiciosos, en cuanto creían que los abogados entrenados en las técnicas y el espíritu del derecho moderno constituirían una masa crítica dentro de la burocracia estatal y el sector privado*<sup>28</sup>. Sin embargo, es importante resaltar que dicha concepción del proyecto, su potencial reformista a niveles macro, se concibió desde la institucionalidad estadounidense, en tanto que el proyecto como se dijo, tuvo su origen en los Estados Unidos y fue siempre controlado por instituciones de ese país.

Por ello se entiende que “...la estrategia que se consideró en su momento apropiada para la modernización de la enseñanza del derecho en Latinoamérica fue el trasplante del modelo de educación de las facultades de derecho de Estados Unidos”<sup>29</sup>. La pregunta subyacente sería entonces ¿por qué concentrar los esfuerzos de todo un programa de reformas como el mencionado únicamente en la enseñanza del derecho? Según la doctrina, este tipo de enfoque tiene sustento en varias razones, entre las cuales se destaca aquella según la cual en aquel momento existía una firme creencia en el potencial transformador de la educación y la cercanía de los abogados vinculados a los programas de derecho y desarrollo con el ambiente académico.

Concentrémonos a continuación en las características y componentes fundamentales del proyecto de reforma a la enseñanza del derecho en Latinoamérica<sup>30</sup>:

- 1.El primer componente consistía en la transmisión del método de enseñanza socrático, en aras de reemplazar el sistema predominante en la región que se basaba en la cátedra y en el papel pasivo del alumno.
- 2.El recurso pedagógico del estudio de casos concretos se introdujo como componente fundamental en la reforma en cuestión.
- 3.Se difundió la imagen instrumentalista del derecho según la cual el derecho sirve como herramienta para el logro de objetivos sociales escogidos determinadamente<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> James A, *Legal imperialism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1982, pp. 3-26.

<sup>29</sup> Rodríguez, *op. cit.* En este punto es importante señalar que dadas las características propias de la concepción del proyecto, el mismo evoca, según palabras del autor, la definición clásica de trasplante jurídico desarrollada por Watson, de manera que dichos programas implicaban un cierto tipo de “mudanza jurídica transnacional”

<sup>30</sup> *Ibíd.*, pág. 23

<sup>31</sup> Conforme al autor, tal concepción instrumentalista del derecho contrasta abiertamente con aquella concepción heredada de los sistemas europeos del derecho, de acuerdo con la cual “el

4. En consonancia con el anterior componente, adicionalmente el modelo concebía al abogado como una especie de ingeniero social capaz de usar al derecho de forma creativa en aras de resolver un sinnúmero de problemas sociales de primer orden.

En relación con la implementación misma de los cuatro componentes del proyecto de reforma, fueron los primeros dos los que recibieron prioridad en cuanto a su aplicación, bajo el entendido que, dada la estrecha relación entre los componentes del modelo liberal del derecho, y conforme a la concepción de Trubek y Galanter “...la promoción de la transferencia de uno de dichos elementos a los países receptores (esto es, el método de enseñanza prevalente en Estados Unidos) desencadenaría la transformación de los demás aspectos de la educación y la práctica de los abogados en América Latina”<sup>32</sup>.

Pero tal y como se encuentra ampliamente documentado, la primera ola de derecho y desarrollo fracasó fundamentalmente por las razones que refiero a continuación conforme al diagnóstico hecho por los propios actores participantes de la primera generación de derecho y desarrollo. En primera instancia, los proyectos fracasaron porque fueron “...*etnocéntricos e ingenuos en tanto acogieron incondicionalmente el modelo estadounidense de enseñanza del derecho y buscaron transplantarlo a América Latina sin tener en cuenta la cultura jurídica y las condiciones sociales locales*”<sup>33</sup>. En segunda instancia, porque dichos programas se enfrentaron directamente a poderosos intereses “...*protegidos por el sistema prevalente en América Latina, dado que dicho sistema le permitía a los profesores y estudiantes no dedicar tiempo completo a sus actividades académicas y era económico para las facultades de derecho*”<sup>34</sup>.

---

derecho es un conjunto de reglas formales y unívocas que limitan la conducta de los actores privados y públicos”, en *Ibíd.* Como explicación a dicho fenómeno Dezalay y Garth plantean lo siguiente: “... ya que los países latinoamericanos son controlados por los gobiernos más poderosos del norte, los actores involucrados en la reestructuración de los Estados deben tener nexos con patrones cambiantes de dominación y hegemonía”. Se explica de esta manera el giro que se da del predominio del derecho orientado hacia Europa continental al predominio de la economía orientada hacia Estados Unidos, en Dezalay, *op. cit.*

<sup>32</sup> Trubek y Galanter, *op. cit.*

<sup>33</sup> Gardner, *op. cit.*, 3-26 y Trubek y Galanter, *op. cit.*

<sup>34</sup> *Ibíd.*, pág. 24



Como resultado de la crisis de la primera etapa de la implementación del programa de derecho y desarrollo, la misma afectó, tal y como se documenta en la doctrina, no solamente el futuro de dichos programas, sino también la fe en el sistema jurídico liberal estadounidense a nivel general, fundamentalmente porque demostró que, contrario a lo que se pensó en su momento, el derecho no necesariamente se constituía en una herramienta de cambio social sino de preservación de la institucionalidad preestablecida, al tiempo que demostró que los abogados no necesariamente por su condición de tales se encuentran comprometidos seriamente con proyectos de reforma social<sup>35</sup>.

A manera de conclusión vale la pena entonces citar al siguiente reflexión concebida por los principales participantes de la primera generación de derecho y desarrollo, a saber: *“Las reformas al derecho diseñadas para transformar aspectos centrales de la vida social y promover el desarrollo pueden de hecho convertirse en una forma de política simbólica que, en lugar de promover el cambio, pueden impedirlo al servir como argumento en contra de la protesta popular y fortalecer los grupos favorecidos por el statu quo. Además, la combinación de una creciente racionalidad jurídica instrumental y una mayor regulación estatal de la economía puede contribuir al bienestar económico de una pequeña élite, dejando a la mayoría en la misma situación o incluso en una peor”*<sup>36</sup>

### **1.7 La corriente de Derecho y Desarrollo y los programas de reforma en América Latina en su segunda fase (años ochentas y noventas); sustento teórico e ideológico**

El origen de la segunda generación de Derecho y Desarrollo se enmarca dentro dos transformaciones históricas de gran importancia y que se relacionan entre sí. Así entonces, Rodríguez sostiene que aquellos momentos son la caída de la Cortina de Hierro y de los regímenes socialistas en Europa del este y el cambio en las economías de América Latina. El primer suceso histórico tuvo como consecuencia la renovación de la confianza en el sistema democrático y capitalista de corte liberal, mientras que el

---

<sup>35</sup> Rodríguez, *op. cit.*

<sup>36</sup> Trubek y Galanter, *op. cit.*

segundo significó el paso de un modelo de “...economías de sustitución e importaciones y de intervención estatal al de aperturas de los mercados y privatización de empresas estatales desde mediados de los años ochentas”<sup>37</sup> como consecuencia de la expansión del capitalismo liberal en la América Latina.

En este sentido, tal y como lo refieren Chibundu y Cao<sup>38</sup>, hacia comienzos de la década de los noventa, el escenario geopolítico era ideal para el resurgimiento del movimiento de Derecho y Desarrollo, en la medida en que la economía estadounidense y en general las economías del hemisferio occidental habían resurgido como principales actores dentro del panorama mundial. Las condiciones en aquel momento resultaban favorables para la expansión y difusión del Estado de Derecho y el capitalismo liberal en cuanto que “... las transformaciones políticas y económicas recientes crearon las condiciones no sólo para la globalización de los mercados de bienes, servicios y capital, sino también para el renacer de la cuestión del derecho en el desarrollo”.<sup>39</sup>

En relación con el sustento teórico del programa, el mismo partió de una formulación modesta del concepto de desarrollo precisando el papel del derecho en el desarrollo. En este sentido, y conforme a la formulación del marco teórico e ideológico construido por el Banco Mundial y el BID, “... el desarrollo es entendido en términos de crecimiento económico, y las reformas al derecho deben ser diseñadas de tal forma que apunten a dicho objetivo”<sup>40</sup>. Vale la pena hacer uso en este punto de la explicación

---

<sup>37</sup> Rodríguez, César, *El regreso de los programas de derecho y desarrollo*, en Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho, Revista No. 25, Publicaciones ILSA. Diciembre de 2000

<sup>38</sup> Chibundu, Maxwell O., “Law in Development: On Tapping, Guarding and Serving Palm-Wine”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1997 (29): 1967; Cao, Lan, “Law and Economic Development: A New Beginning?”, *Texas International Law Journal*, 1992, 32: 545-559, en *Ibid*

<sup>39</sup> Rodríguez, *op. cit.*, pág 29.

<sup>40</sup> *Ibid*, Pág. 30. En palabras de Néstor Humberto Martínez, “A medida que se acerca el fin de este siglo, los pilares estructurales de un nuevo orden económico internacional están siendo definidos. Su fundamento provee el sustento para la globalización de las relaciones de comercio y el intercambio tecnológico – lo cual es referido usualmente como la liberalización de las economías de mercado. Latinoamérica y el Caribe se están convirtiendo rápidamente en parte de dicho orden económico, el cual ofrece nuevas oportunidades para el desarrollo a lo largo de toda la región. Sin embargo, aún permanecen retos sociales y políticos que, desde nuestro punto de vista, son complementos esenciales al modelo neoliberal de desarrollo. La doctrina de la economía liberal resulta insuficiente para asegurar el tipo de desarrollo dinámico que también supone beneficios en términos de redistribución de la riqueza y una mayor equidad social. La viabilidad del nuevo modelo de crecimiento económico se encuentra ligada, creemos, a los

que Ibrahim Shihata, vicepresidente del Banco Mundial, ha construido sobre el particular, a saber: *“En América Latina y el Caribe, como en otras regiones, la experiencia ha demostrado con claridad el papel esencial del derecho en el desarrollo y, especialmente, la necesidad de tener un estado de derecho y unas instituciones judiciales que funcionen adecuadamente. Esto es particularmente notorio en lo que tiene que ver con el sector privado, cuyo desarrollo depende en parte de la existencia del estado de derecho. El estado de derecho ofrece certeza y predecibilidad, genera costos de transacción más bajos y mayor acceso al capital... De hecho, la experiencia mundial confirma que para que sea posible un desarrollo rápido y sustentable es importante que se definan y protejan los derechos de propiedad, se hagan cumplir las obligaciones contractuales y se creen y apliquen marcos regulatorios rigurosos”*<sup>41</sup>

En relación con los objetivos perseguidos por el programa de reforma judicial desarrollado por la segunda generación de Derecho y Desarrollo, los mismos pueden ser resumidos en cuatro categorías:

- a. La reforma al poder judicial se encuentra encaminada a la promoción de un clima adecuado para el crecimiento del sector privado, en general, y de la inversión extranjera, en particular<sup>42</sup>.
- b. Se busca igualmente el reforzamiento de la estabilidad liberal en la región mediante la consolidación de un poder judicial independiente y eficiente, en capacidad de controlar de manera efectiva las acciones del ejecutivo y el legislativo.
- c. Las organizaciones e individuos participantes en los programas enfatizan la necesidad de mejorar el acceso de los ciudadanos al sistema judicial.
- d. Se busca el reforzamiento de los mecanismos de control social en América Latina, especialmente la capacidad de los fiscales y jueces para investigar y castigar cierto tipo de delitos.

---

avances en la lucha contra la pobreza y a la consolidación de la democracia bajo el Estado de Derecho”. Traducción libre al español del texto encontrado en Martínez, Néstor Humberto, “Rule of Law and Economic Efficiency”; en Jarquin *op. cit.*

<sup>41</sup> Rodríguez, *op. cit.*, pág 29.

<sup>42</sup> Jarquin, *op. cit.*

Tal y como resalta Rodríguez, la segunda generación de Derecho y Desarrollo también participa de la teoría de la modernización en tanto se cree que el subdesarrollo de las naciones latinoamericanas puede ser prevalecido si aquellas naciones adoptan los modelos de desarrollo de las naciones desarrolladas. Igualmente comparte con la primera generación de Derecho y Desarrollo “... *la defensa del legalismo liberal... y del desarrollo económico logrado a través de la iniciativa privada en un mercado libre. Finalmente, comparten la idea del lugar central del derecho en la tarea de construir un ambiente institucional propicio para el desarrollo*”<sup>43</sup>.

Sin embargo, la segunda generación de Derecho y Desarrollo se diferencia, tal y como lo mencionamos anteriormente, respecto de sus dos fundamentales características. La primera de ellas que consiste en el abandono de la concepción amplia del concepto de desarrollo abordada en la primera generación para concentrarse fundamentalmente en el crecimiento económico. Por lo tanto, y tal y como lo pone de presente Rodríguez, las consideraciones acerca de la necesidad de generar mayor igualdad y participación política de los sistemas jurídicos receptores de los trasplantes educativos de los que nos ocupamos anteriormente, quedan reducidas a una consecuencia natural del crecimiento económico. En segunda instancia, al haber precisado el papel del derecho en el desarrollo, se reconoció que el derecho es solamente un facilitador del desarrollo, y no una fuente del mismo.

### **1.8 El programa de reforma enfocado hacia la reforma judicial en entornos de globalización: instrumentalización de la segunda fase del proyecto de Derecho y Desarrollo**

El objetivo fundamental de la implementación de la segunda generación de Derecho y Desarrollo es la reforma a los sistemas judiciales de la región. Tal y como lo reseña Rodríguez, “... *los programas latinoamericanos de la segunda generación han buscado esencialmente generar cambios institucionales, particularmente la reforma de los sistemas judiciales. Inspirados por el auge del neo-institucionalismo en las ciencias sociales (North, 1990), los creadores de estos proyectos sostienen que una estructura*

---

<sup>43</sup> Rodríguez, *op. cit.*

*institucional adecuada – especialmente un sistema judicial operante – es indispensable para que florezcan la iniciativa privada y el buen gobierno”<sup>44</sup>*

En el proceso de implementación de la segunda generación de Derecho y Desarrollo es importante destacar, tal y como lo menciona Rodríguez, como ciertas instituciones que han impulsado los procesos de globalización en el cono sur han sido las encargadas de la implementación de la segunda fase del modelo en cuestión en dichas naciones. Así entonces, El Banco Interamericano de Desarrollo – BID a nivel regional y el Banco Mundial a nivel global han impulsado activamente la consecución del proyecto de la globalización al tiempo que se han convertido en actores fundamentales en la implementación de los programas de reforma del sistema judicial en Latinoamérica. Así mismo la AID es el tercer actor principal de dicha implementación a nivel latinoamericano. Igualmente instituciones como las Naciones Unidas a través de su Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y su Programa para el Control de Estupeficientes. En este sentido, es evidente como a diferencia de la primera generación del programa de reformas implementado en la región, ésta segunda fase se caracteriza por la intervención de diferentes actores de diversos caracteres los cuales financian multiplicidad de reformas en varios niveles y subniveles del sistema jurídico.

A nivel metodológico y de los objetivos del proyecto, esta segunda etapa de Derecho y Desarrollo se caracteriza según Rodríguez, por el desarrollo de una conciencia más clara acerca de la importancia de la participación activa de la comunidad jurídica del país receptor, tanto en la planeación como en la ejecución de las reformas. En este sentido, los proyectos puestos en marcha en la región pueden igualmente ser agrupados en seis categorías diferentes en atención a los fines que persiguen<sup>45</sup>:

*1. Mejoramiento de los despachos judiciales y reducción de los inventarios de procesos pendientes:* Partiendo de la base que los sistemas judiciales sufren de demoras alarmantes y de serios problemas de gestión<sup>46</sup>, dichos programas se

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> En el capítulo II del presente trabajo, analizaremos en detalle la situación de represamiento y congestión del sistema judicial colombiano. Bástenos con decir por el momento, que dicha

concentran en el reforzamiento de la infraestructura básica (oficinas, equipo de dotación, etc) y los métodos de administración de los despachos tendientes a mejorar los sistemas inadecuados en la administración de la carga de trabajo. Adicionalmente incluye un componente destinado a la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y de reformas a los códigos de procedimiento con el fin de suprimir formalidades que propician la ineficacia del sistema.

*2.Promoción de la independencia del poder judicial:* Dichos programas concentran sus esfuerzos por la independencia del sistema judicial promoviendo la creación al interior del sistema jurídico de nuevas instituciones como los consejos superiores de la judicatura, encargados de la administración autónoma del presupuesto y la organización del sistema judicial. A su vez, se han promovido reformas legislativas y administrativas que propenden por la instauración de sistemas de evaluación y nombramiento independientes y meritocráticos al interior del poder judicial.

*3.Programas educativos:* En relación con estos programas, los mismos se concentran en la capacitación de jueces y funcionarios judiciales de diversa índole.

*4.Promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MASC):* dichos proyectos concentran su atención en el mejoramiento del acceso por parte de los particulares en general, a instrumentos de adjudicación que justicia de diversa índole.

*5.Fortalecimiento de las asociaciones de abogados:* un pequeño grupo de programas ha centrado sus esfuerzos en el fortalecimiento de las asociaciones de abogados, específicamente en lo que atañe a las funciones disciplinarias al interior de dichas entidades.

*6.Fortalecimiento de los juzgados y cortes penales y de las técnicas de investigación de delitos:* dichos programas, fundamentalmente implementados

---

situación es similar en la totalidad de los sistemas jurídicos sin excepción, siendo sin embargo preocupante el nivel que han alcanzado dichas contingencias sistémicas a nivel de los sistemas de justicia latinoamericanos.

por la AID, buscan reforzar la investigación de crímenes de importancia y el efectivo juzgamiento de los sujetos que los cometen.

### **1.9 Principales programas de reforma judicial implementados en los países de América Latina durante la segunda fase del programa de Derecho y Desarrollo**

En relación con la implementación de los programas de reforma a nivel latinoamericano, a continuación nos referimos a los mismos desde una perspectiva descriptiva correspondiente al segundo período de los programas de reforma iniciados en los años noventa con el ánimo de introducir al lector a los proyectos implementados en la región en concordancia con el marco teórico anteriormente planteado.

En la región en general, como hemos puesto de presente anteriormente, se han implementado los proyectos de reforma a los sistemas de justicia conforme a las condiciones particulares de cada entorno judicial, las cuales sin embargo, guardan concordancia en torno a los siguientes objetivos generales, a saber:

- *Promoción de un entorno propicio para la inversión y crecimiento del sector privado:* Tal y como lo describe Rodríguez<sup>47</sup>, el objetivo descrito anteriormente se encuentra destinado a la creación de instituciones judiciales en capacidad de generar situaciones predecibles para el sector económico, las cuales aparecen como necesarias para propiciar el intercambio e inversión a nivel económico.
- *Reforzamiento de la democracia liberal:* En este sentido, Rodríguez explicita cómo dicha tarea se cumple a partir de la formulación de un sistema de adjudicación de justicia independiente y eficiente.
- *Acceso a la justicia por parte de los particulares:* Aun cuando el autor reconoce que el componente en cuestión aún juega un papel marginal dentro de los programas de reforma descritos anteriormente, resulta pertinente destacarlo en la medida en que “*El tema del acceso a la justicia tiene el potencial de infundir un elemento de equidad social a la segunda generación (de los programas de reforma) cuyo perfil es claramente liberal y pro-capital*”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Rodríguez, *op. cit.*, pág. 33.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, Pág. 33

- *Reforzamiento de los mecanismos de control:* respecto de dicho componente, el autor explicita como los programas financiados por la AID fundamentalmente, han concentrado sus esfuerzos en el reforzamiento de los sistemas o mecanismos de control social, especialmente la capacidad de jueces y fiscales para investigar ciertos delitos.

Vale la pena explicitar en este sentido como la implementación de la segunda ola de reformas a nivel judicial atiende en particular a una racionalidad económica, que como vimos anteriormente, encuentra en el derecho una instrumento desde la institucionalidad para propiciar un ambiente adecuado para el desarrollo económico y el intercambio eficaz entre los actores sociales, proceso que se entiende, tiene consecuencias directas en el desarrollo de las naciones.

El siguiente es un cuadro ilustrativo de las principales reformas implementadas a nivel latinoamericano<sup>49</sup>.

**PRINCIPALES PROYECTOS DE REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA EN LOS NOVENTA**

	<b>AID</b>	<b>Banco Mundial</b>	<b>BID</b>
<b>Argentina</b>	-Estudios de diagnóstico	-Estudios de diagnóstico - Administración de despachos judiciales	
<b>Bolivia</b>	-Investigación de delitos - Resolución alternativa de conflictos - Defensoría pública - Entrenamiento de jueces		
<b>Colombia</b>	-Investigación de delitos (Fiscalía) - Acceso a la justicia - Resolución alternativa de conflictos - Estudios de diagnóstico - Administración de despachos judiciales		-Investigación de delitos - Resolución alternativa de conflictos

<sup>49</sup> Hemos decidido incluir la gráfica elaborada por Rodríguez en tanto esquematiza de manera simple y completa la implementación de los programas de reformas a nivel latinoamericano. En este sentido, adoptamos igualmente las categorías analíticas propuestas por el autor para encuadrar los diferentes variables adoptadas por dichas medidas en un sentido analítico. Así entonces, en la gráfica es posible identificar reformas destinadas a los siguientes rubros: a. Mejoramiento de la administración de los despachos judiciales y reducción de los procesos pendientes. b. Promoción de la independencia del poder judicial. c. Entrenamiento de jueces y funcionarios judiciales. d. Mejoramiento del acceso a la justicia por parte de la población en general. e. Fortalecimiento del papel de las asociaciones de abogados de la región. f. Fortalecimiento del sistema penal y mejoramiento de las técnicas de investigación de delitos, en Rodríguez, *Globalización, Reforma judicial y Estado de Derecho*.



<b>Chile</b>	-Entrenamiento para jueces -Administración de despachos judiciales -Defensoría pública - Informatización del sistema judicial		
<b>Costa Rica</b>	-Entrenamiento para jueces y administradores de la rama <b>judicial</b> -Evacuación de procesos civiles y penales -Resolución alternativa de conflictos		-Resolución alternativa de conflictos - Administración de despachos judiciales
<b>Ecuador/ Perú</b>		Estudios de diagnóstico	
<b>El Salvador</b>	-Reforma al código y a los juzgados penales - Entrenamiento a funcionarios judiciales - Enseñanza del derecho		
<b>Guatemala</b>	-Reforma a legislación de procedimiento penal - Investigación de delitos		-Acceso a la justicia
<b>Honduras</b>	-Nuevo código penal - Investigación de delitos		-Modernización de códigos - Infraestructura
<b>México</b>			Resolución alternativa de conflictos
<b>Paraguay</b>			-Administración de despachos judiciales -Infraestructura - Acceso a la justicia
<b>Uruguay</b>	-Administración de despachos judiciales - Entrenamiento a funcionarios judiciales - Legislación comercial		
<b>Venezuela</b>		-Infraestructura - Administración de despachos judiciales - Reducción de inventarios de procesos	

Fuentes: AID, Vaky 1998; Banco Mundial, Dakolias, 1995; BID, Carrillo, 1998.

### **1.10 Programas de reforma judicial en Latinoamérica en la segunda fase de derecho y desarrollo: objetivos y realidades comunes y su relación con la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos**

En si los proyectos de reforma judicial a nivel latinoamericano, como hemos puesto ya de presente, se han dirigido hacia una serie de metas en común producto de la similitud respecto de las condiciones del acceso a la justicia propias de nuestros

entornos socio-políticos particulares y a una serie de metas uniformes planteadas desde la concepción internacional sobre la realidad de los sistemas jurídicos de la región.

Así entonces, partamos de la base que en entornos como el latinoamericano, los sistemas de justicia padecen, en general, de las mismas irregularidades que propician su manifiesta ineficacia, tales como la inestabilidad de los aparatos judiciales, la ausencia de coordinación con las demás ramas del poder público, la corrupción, la falta de recursos y preparación de los operarios del sistema judicial, entre otros<sup>50</sup>.

En consecuencia, y conforme a la similitud en cuanto a los efectos negativos identificados a nivel de la región, los proyectos de reforma judicial involucran, entre otros, las siguientes metas en consonancia con lo dicho hasta el momento:

- Separación entre las labores estrictamente administrativas y las jurisdiccionales.
- Reforma del sistema penal, incluyendo el modelo acusatorio.
- Informatización del sistema judicial.
- Programas de capacitación y especialización para magistrados y servidores de la administración de justicia.
- Mejora del despacho judicial.
- Difusión y promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- Mejora de la infraestructura material disponible.
- Preocupación por mejorar los niveles de acceso a la justicia.
- Generación de un sistema de indicadores judiciales, como mecanismo de control de la gestión judicial<sup>51</sup>.

En este sentido es claro como dentro de los proyectos de modernización de los sistemas judiciales a nivel latinoamericano, la adopción de mecanismos alternativos se

<sup>50</sup>Lechuga Pino, Ernesto, "Reforma y modernización de la administración de justicia en la región andina", Lima, Junio de 1998, en <http://www.cajpe.org.pe/ELP1.HTM>. Vale la pena resaltar, sin embargo, que el fenómeno de la ineficacia judicial no solamente se corresponde con entornos de subdesarrollo económico, sino que se predica de todos y cada uno de los sistemas de administración de justicia a nivel mundial, en cuyo caso los niveles de represamiento corresponderán a ciertas particularidades culturales e institucionales de cada entorno.

<sup>51</sup> *Ibíd.*

constituye como uno de los puntos fundamentales de las reformas en este sentido. Así entonces, debemos resaltar como en todos los países de la región existe una gran preocupación por el fomento del acceso a la justicia por parte de los particulares y su consecuente acercamiento a la administración de justicia. Igualmente, los Estados de la región han optado por un fortalecimiento e institucionalización de los mecanismos alternativos con el ánimo de desjudicializar ciertas materias que se considera, no requieren la movilización del aparato jurisdiccional del Estado para su resolución<sup>52</sup>.

### **1.11 Implementación de la segunda ola de derecho y desarrollo en Colombia: particularidades del proceso de implementación a las reformas del sistema de justicia propiciadas por la USAID**

Tal y como lo ponen de presente Santos y Rodríguez, Colombia<sup>53</sup> es uno de los países latinoamericanos en los cuales la USAID tiene presencia desde hace más tiempo (1986) en la asistencia jurídica y destinación de recursos a las reformas al sistema de justicia. En este sentido, se destaca cómo a partir de la novedad de dichos programas, muchos de los cuales se encuentran en la actualidad en implementación<sup>54</sup>, es difícil hacer un diagnóstico de los mismos, sobretodo porque un estudio empírico tendiente a la evaluación de sus efectos aún se encuentra pendiente por realizarse. Sin embargo, es posible identificar algunos aspectos positivos y negativos de la implementación de dichos proyectos, particularmente en entornos como el colombiano, donde dichos programas han sido puestos en marcha de manera más o menos continua. Dichos efectos serán estudiados en el aparte de conclusiones del presente capítulo.

Hemos decidido reseñar los programas de la USAID en Colombia por dos razones fundamentales: en primer lugar porque corresponden a la segunda ola de

---

<sup>52</sup> Para mayor información, ver Dakolias, María, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*, Washington D.C, The World Bank, 1996

<sup>53</sup> Ver Giraldo, Jaime, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, *Reforma a la justicia en Colombia*, Bogotá: Instituto SER de Investigaciones, 1987.

<sup>54</sup> Rodríguez destaca como en algunos países del área los programas de reforma al sistema judicial de la segunda ola apenas se encuentran en una fase inicial de diagnóstico, mientras que en otros países como Chile, dichos programas se encontraban al momento del estudio a la espera e las reformas constitucionales y legales suficientes que permitieran su viabilidad, en <sup>54</sup> Rodríguez, *op. cit.*, pág. 37.

derecho y desarrollo que es el momento histórico que pretendemos estudiar en el presente escrito. En segundo lugar, porque tal y como lo recuerda Rodríguez, el proyecto de la USAID es tal vez el más comprehensivo y constante de la reforma al sistema judicial colombiano, al tiempo que es este el proyecto de la AID al que se ha destinado más recursos en la región y que ha coexistido con otros programas promovidos por otras entidades, como por ejemplo el BID.

Es posible entonces identificar tres periodos de la intervención de la USAID en nuestro país: el primer periodo, entre 1986 y 1991 es conocido como la fase exploratoria<sup>55</sup>. En dicho momento el proyecto se concentró fundamentalmente en la financiación de proyectos de investigación sobre congestión y mora judiciales, y sobre la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Igualmente la entidad patrocinó la introducción de mejoras tecnológicas al sistema de justicia, al igual que programas de entrenamiento a jueces y la creación de una biblioteca oficial del poder judicial. Los recursos destinados a la primera fase sumaron 3.264.000 dólares y fueron administrados por la FES ante las divergencias existentes entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y la rama judicial sobre quien debería gerenciar dichos recursos. La AID en conjunción con la FES determinaron la necesidad de impulsar dicha primera fase de carácter exploratorio como antesala de un proyecto ambicioso de reforma judicial que a la postre se denominaría como el “Programa para la modernización de la administración de justicia” PMAJ.

En la última parte de la primera fase, durante el año 1990, la AID concentró sus esfuerzos en la promoción de un sistema penal acusatorio basado en la creación de la Fiscalía General de la Nación, tomando como modelo el diseño de investigación penal de los Estados Unidos. Enmarcados dentro del momento histórico que dio paso la promulgación de una nueva constitución en 1991, la AID tomó activa participación en el nuevo desarrollo de la nueva institucionalidad colombiana, influencia que tuvo como consecuencia la creación de la Fiscalía General de la Nación y la implementación de un sistema penal intermedio (entre el modelo inquisitivo y el modelo acusatorio), recientemente reemplazado por el modelo acusatorio en algunas partes del país.

---

<sup>55</sup> Ver FES-AID, *1986-1991, Informe de actividades al 31 de diciembre de 1991*, Bogotá, Fundación para la Educación Superior (FES), 1992.

La entrada en vigencia de la nueva constitución coincidió con la segunda fase del programa de la AID llevada a cabo entre 1992 y 1996<sup>56</sup>. Este periodo estuvo determinado por el interés de los Estados Unidos por la lucha contra las drogas, fundamentalmente en Bolivia, Perú y Colombia. En este momento, y a partir de la firma de un acuerdo bilateral entre Colombia y los Estados Unidos<sup>57</sup>, los recursos para el programa se duplicaron y convirtieron a Colombia en el principal destinatario de fondos de la AID en la región. En cuanto a la implementación de la segunda fase del PMAJ, el mismo concentró sus actividades en el entrenamiento a los nuevos fiscales de la nación, el uso de técnicas investigativas avanzadas, la protección de los fiscales y jueces y la construcción de la infraestructura de la nueva Fiscalía. Esta segunda fase del proyecto estuvo enmarcada, sin embargo, por las constantes disputas entre la FES y la AID en relación con el alcance y enfoque del mencionado programa. Así entonces, para la FES y conforme a Rodríguez, la implementación del proyecto PMAJ debía servir para reforzar de manera integral al sistema judicial colombiano. Sin embargo, la AID estaba más concentrada en un enfoque particular de la reforma, cual era la de lograr resultados inmediatos y directos en relación con el castigo a los narcotraficantes. A su vez, y en opinión de la FES, el programa debía concentrarse no solamente en el mejoramiento de la oferta de la justicia del país, es decir, en el reforzamiento de los juzgados y tribunales para implementar justicia pronta y eficientemente, sino que debía concentrarse además en la demanda a la justicia, particularmente en los escollos que impiden al conglomerado en su conjunto acceder a mecanismos de adjudicación de justicia. Precisamente por ello, la FES buscó concentrarse en este punto y apoyó significativamente programas de acceso a la justicia y de defensoría pública<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Ver FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia*, PMAJ, Informe final 1992-1995, Bogotá, 1996

<sup>57</sup> Rodríguez *op. cit.*

<sup>58</sup> Sobre el particular, el autor reseña como la entidad apoyo fundamentalmente proyectos para la promoción del uso de la conciliación y la mediación en comunidades marginadas, así como programas de representación gratuita a acusados cuya capacidad económica no les permitía acceder a los servicios de los abogados. Aun cuando estos esfuerzos fueron implementados en una medida muchísimo menor que los anteriores componentes de la reforma, sus resultados se consolidaron en la actualidad en la creación de las Casas de Justicia en Bogotá y Cali respectivamente. en *Ibíd* Pág. 41

Durante la tercera fase del PMAJ entre 1996 y 1999, el programa continúa enfocándose en la justicia criminal y la represión del narcotráfico<sup>59</sup>. Sin embargo, durante dicha etapa las relaciones bilaterales entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos se vieron seriamente afectadas por el escándalo acerca de la financiación de la campaña del presidente Ernesto Samper con dinero del narcotráfico. Como consecuencia del deterioro de las relaciones entre los dos países, la AID intensificó su presión para obtener resultados concretos en el castigo a las actividades delictivas relacionadas con el fenómeno del narcotráfico. Ante las presiones y el enfoque minimalista adoptado por la AID, la FES decidió retirarse del proyecto. Para el año de 1999, la AID se encontraba diseñando una cuarta fase del programa sin la cooperación de la FES, cuyo valor ascendía a los cuatro millones de dólares. Lo anterior en consonancia con la aprobación del Plan Colombia para la lucha contra las drogas, el cual contiene un rubro destinado al fortalecimiento de la justicia en Colombia.

Los siguientes cuadros ilustran de mejor manera las cifras y programas implementados por la entidad en la región y en nuestro país<sup>60</sup>.

**TABLA 1.**

**APOYO A PROGRAMAS DE REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA, 1986-1999**

(Millones de dólares)

PAÍS	AID	BID	BANCO MUNDIAL	TOTAL
Argentina	\$2.0 (1989-1993)a \$5.5(1993-1998)v	\$5.0 (1998) e	\$5.0(1998)w	\$17.5
Solivia	\$3.5 (1988-1993)c \$20.2(1993-1998)v	\$2.7 (1999) u	\$11.0(1998)w	\$37.4
Brasil	\$4.2 (1993-1998)v	-	-	\$4.2
Chile	\$3.2(1993-1998)v	-	-	\$3.2
Colombia	\$2.7 (1986-1991) a \$20.5(1993-1998)v	\$9.4 (1995) f \$1.2(1995)g	-	\$33.8
Costa Rica	\$2.9(1988-1991)b \$0.8 (1993-1998)v	\$11.2(1995)h	-	\$14.9

<sup>59</sup> Santos, Boaventura de Souza, *Derecho y democracia: la reforma global a la justicia*, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, Ediciones Uniandes, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Tomo I, Capítulo III, Bogotá, 2001.

<sup>60</sup> Tomados de Arenas y Gómez, *op. cit.*

República Dominicana	\$4.7 (1993-1998)v	\$32.0(1997)j	-	\$36.7
Ecuador	\$8.4(1993-1998)v	\$2.0 (1.997)j	\$10.7(1996)m	\$21.1
El Salvador	\$13.7(1984-1992)b \$40.7(1993-1998)v	\$22.2 (1996)k	-	\$76.6
Guatemala	\$6.1 (1987-1993)b \$15.0 (1993-1998)v	\$25.0 (1998)l	\$33.0 (1998)k	\$79.1
Haití	\$137.0(1993-1998)v	-	-	\$137.0
Honduras	\$15.8 (1987-1994)a \$7.8 (1993-1998)v	\$7.2 (1996)n \$1.5 (1996)n	-	\$32.3
Jamaica	\$2.8 (1986-1990)C \$2.3 (1993-1998)v	-	-	\$5.1
México	\$7.3(1993-1998)v	-	-	\$7.3
Nicaragua	\$18.8(1993-1998)v	\$1.7(1996)0	-	\$20.5
Panamá	\$13.1 (1990-1995) \$12.0(1993-1998)v	\$18.9 (1998)p		\$44.0
Paraguay	\$3.3(1993-1998)v	\$22.0 (1996)m	-	\$25.3
Perú	\$2.8 (1986-1991)C \$8.1 (1993-1998)v	\$14 (1994)q \$20.0 (1997)r	\$22.5(1997)m*	\$54.8
Trinidad y Tobago	\$0.5(1993-1998)v	-	-	\$0.5
Uruguay	\$0.8 (1990-1993)a \$1.4 (1993-1998)v	-	-	2.2
Venezuela	\$3.7 (1993-1998)v \$4.7 (1997)m	-	\$30.0(1992)m	\$38.4
Regional	\$18.1 (1993-1998)v	-	-	\$18.1
Otros países del Caribe	\$1.0(1993-1996)v	-	-	\$1.0
<b>TOTAL</b>	<b>\$410.7(1986-1998)</b>	<b>\$183.4(1995-1999)</b>	<b>\$116.2(1992-1999)</b>	<b>\$710.3</b>

**TABLA 2**  
**INVERSIÓN DE LA AID 1992-1996 EN COLOMBIA**

Nuevos rumbos en la administración de justicia

Institución beneficiaria	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	% gastado
Fiscalía General de la Nación	\$8.609.000	\$5.547.000	63,54	62,66
Ministerio de Justicia	\$1.338.500	\$655.200	9,88	7,40
Ministerio Público	\$1.749.000	\$1.514.000	12,91	17,10
Consejo Superior de la Judicatura	\$715.000	\$590.000	5,28	6,66
Programas interinstitucionales	\$1.137.000	\$547.000	8,39	6,18
Total	\$13.548.500	\$8.853.200	100,00	100,00

Ver FES-AiD, Programa para la modernización de la justicia PMAJ. Informe final. 1992-1995, Bogotá, 1996.

**TABLA 3**  
**PROYECTOS DE LA AID PARA LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**  
**Capacitación**

Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Capacitación de corto plazo	\$36.000	\$34.000	0,42	92
Talleres de gestión estratégica	\$129.000	\$88.000	1,50	92
Conciliación en materia penal	\$268.000	\$227.000	3,11	94
Derechos humanos	\$70.000	\$64.000	0,81	95
Subtotal	\$503.000	\$413.000	5,84	
<b>Desarrollo organizacional</b>				
Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Unidades de Fiscalía	\$1.929.000	\$1.615.000	22,41	92
Fortalecimiento de las Unidades de Fiscalía	\$4.000	\$4.000	0,05	92
Organización de las Unidades de la Fiscalía	\$205.000	\$51.000	2,38	93
Descongestión en la Fiscalía	\$407.000	\$136.000	4,73	94
Organización en niveles directivos	\$15.000	\$15.000	0,17	95
Subtotal	\$2.560.000	\$1.821.000	29,74	
<b>Sistemas de información</b>				
Proyecto	Monto aprobado	Monto gastado	% aprobado	Año
Base de datos en materia penal	\$21.000	\$21.000	0,24	92
Sistema de información para fiscales sin rostro	\$316.000	3,80	92	
\$327.000				
Sist. de Inf. para la Fiscalía Gral. de la Nación	\$5.125.000	\$2.948.000	59,53	93
Sist. de Inf. para la oficina de planeación	\$73.000	\$28.000	0,85	95
Subtotal	\$5.546.000	\$3.313.000	64,42	
Total	\$8.609.000	\$5.547.000	100,00	

Ver, FES-AID, *Programa para la modernización de la justicia PMAJ. Informe final, 1992-1995*, Bogotá, 1996.

### **1.12 Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como parte del proyecto de reforma al sistema judicial colombiano: análisis de los proyectos de ley que introdujeron al sistema la noción de alternativa judicial**

En primera instancia recordemos como dentro del texto constitucional colombiano se encuentran incluidas las siguientes formas alternativas de resolución de conflictos, a saber, la jurisdicción indígena, los Consejos Comunitarios de las comunidades negras reglamentados en la ley 70 de 1994, el arbitraje, la amigable composición, la conciliación y la conciliación en equidad como subproducto de la anterior, y los jueces de paz como los instrumentos alternativos de resolución de conflictos.

Nuestro legislador ha sido claro en identificar de manera precisa la realidad procesal local y se ha dado a la tarea de remediarla, entre otras, mediante la adopción de



mecanismos alternativos a la jurisdicción ordinaria con el ánimo de descongestionar el sistema de justicia local, al igual que lo han hecho otros países en sintonía con el diagnóstico de los sistemas de justicia anteriormente descritos.

Resulta interesante resaltar cómo en las exposiciones de motivos de algunos de los principales dispositivos dogmáticos que existen en Colombia sobre la materia, el legislador ha reconocido expresamente que la adopción de dichos mecanismos se debe a la clara insuficiencia del sistema judicial colombiano. En el proyecto de ley No. 234 de 1996 que luego daría lugar a la promulgación de la Ley para la Descongestión, Eficacia y Acceso a la Justicia (Ley 446 de 1998), los ponentes del proyecto de ley dejan en claro que la racionalidad que atañe a la presentación de un proyecto como el mencionado se relaciona directamente con la descongestión y el acceso a la justicia, tal y como su enunciado no los devela, pero que dicha descongestión y acceso a la justicia significan una reflexión profunda en la medida en que reconocen como “... *ciertos casos desbordan la institucionalidad, ante lo cual el Estado desjudicializa*”<sup>61</sup>. Así entonces, y basados en el Art. 116 de la Constitución Nacional, encuentran viable la adopción de los mecanismos alternativos para llevar a buen término tal fin.

En el caso particular de la Ley 446 del 1998, el legislador identificó las siguientes fallas al interior del sistema de justicia local, las cuales se constituirían en la base de la reflexión acerca de la ineficacia del sistema en aquella época y que terminarían por legitimar la promulgación del instrumento legal en comento. Las fallas fueron entonces, y fundamentalmente, el problema de las demoras injustificadas de los procesos por causa del represamiento, el desgaste en el que debían incurrir todos y cada uno de los operarios jurídicos que actuaban frente a la jurisdicción ordinaria, la falta de credibilidad del conglomerado social respecto de su sistema de justicia, y la impunidad reinante como consecuencia de las anteriores fallas sustanciales del sistema judicial colombiano.

En dicho proyecto de ley se expuso en síntesis que la idea era la de “... *promover mecanismos que permitieran] de manera ágil y efectiva, acceder a procedimientos ajenos a las autoridades administrativas o judiciales...*”, teniendo como sustento de lo

---

<sup>61</sup> Proyecto de Ley 234 de 1996, por el cual se propone la Ley para la Descongestión, Eficacia y Acceso a la Justicia, Gaceta 421, miércoles 8 de octubre de 1997, Gacetas Oficiales del Congreso de la República de Colombia.

anterior la preocupación por la situación de ineficacia del sistema judicial ya planteada anteriormente.

Igualmente interesante resulta el análisis del Proyecto de Ley No. 148 de 1999 que posteriormente daría lugar a la promulgación de la Ley 640 de 2001 para el fortalecimiento de la Eficiencia y Descongestión en la Justicia.

Los ponentes del mencionado proyecto presentan un marco teórico según el cual, cuando se acude ante la figura de un tercero (juez), se da el primer paso hacia una sociedad avanzada, al ceder el ejercicio arbitrario de hacer justicia y de someterse al dictamen de un tercero. En este sentido, ligan la racionalidad de la justicia con los postulados de la convivencia pacífica y el mantenimiento de una sociedad democrática.

Sin embargo, y al igual que el legislador del año 98, reconocen que los mecanismos judiciales son, en primera instancia, accionados de manera innecesaria en cuanto que algunas materias escapan a la necesaria intervención del aparato judicial. Igualmente, identifican en los mecanismos jurisdiccionales tradicionales un formalismo innecesario y excesivo en cuanto que hace engorroso el trámite ante las autoridades de justicia del Estado. Así entonces, justifican la promulgación de una ley como la presente en la medida en que se busca que las materias que se sometan ante la jurisdicción realmente sean aquellas en las cuales, por razones de orden público, sea realmente necesaria la intervención del Estado, dejando abierta la posibilidad para que el resto de materias que no se corresponde con el discurso anteriormente formulado, puedan ser resueltas por vía de mecanismos esencialmente menos formales, mas rápidos y más acordes con las necesidades propias del conflicto en particular.

Las anteriores reflexiones son, a juicio de los ponentes, las principales razones por las cuales el sistema judicial local propicia la injusticia por vía de la aplicación de los formalismos innecesarios de un sistema atrasado y desajustado respecto de las necesidades propias de las partes en conflicto. Así entonces, la injusticia reinante en nuestro entorno judicial se debe, al parecer, a la aplicación de las formalidades del sistema judicial a todas y cada una de las materias que se someten a su arbitrio, sin distinción alguna, lo cual tiene como resultado el entorpecimiento del análisis de las materias que no necesitan de la aplicación de dichas formalidades, y la traslación innecesaria de recursos desde aquellos conflictos que en verdad sí requieren de todas las

garantías procesales que el sistema provee. Así entonces, el excesivo formalismo actúa negativamente de manera dual, tanto sobre los conflictos menores como sobre aquellos de mayor envergadura, por decirlo de alguna manera.

En este sentido, los mecanismos alternativos se vislumbran como una solución viable que, dentro del marco de la legalidad, proveen soluciones suficientes y certeras sin necesidad de los formalismos excesivos que pesan sobre la jurisdicción tradicional.

### **1.13 Conclusiones**

Dentro de un entorno histórico-político como el descrito anteriormente, el tema de las reformas a los sistemas de justicia aparece, tal y como lo hemos develado, como uno de los temas fundamentales dentro de la agenda político-económica de los países de la región. En este sentido, la racionalidad y objetivos de dichos proyectos han concebido distintas aproximaciones al tema conforme a las diferentes vertientes y tendencias del pensamiento imperantes en cada momento histórico particular. Sin embargo, y en cuanto a la implementación de dichos programas en el pasado reciente y actualidad, hemos descrito cómo los programas de reforma al sistema de justicia han concentrado sus esfuerzos en la reestructuración, más o menos profunda de los sistemas de adjudicación de justicia en el entorno local. Dentro de dichos proyectos de reforma, como vimos igualmente, cobra plena importancia la implementación de sistemas alternativos de adjudicación de justicia. Estos junto con otros mecanismos e instrumentos de adjudicación de justicia, ante la clara imposibilidad del estado sumergido en una crisis como la descrita para atender de manera eficaz a la proliferación de conflictos surgidos de una nueva dinámica social, se perfilan como componente básico de los proyectos de reforma a nivel judicial. Los mismos toman un papel protagónico por multiplicidad de razones, pero fundamentalmente porque rescatan la posibilidad del conglomerado para dar solución eficaz a sus conflictos por fuera de la ortodoxia tradicional de los sistemas judiciales locales. En este sentido, la eficacia y eficiencia del sistema, evidentemente saturado, y bajo una perspectiva de conveniencia económica sustentada en los valores de la seguridad y predictibilidad jurídicas, dan paso al advenimiento, reconocimiento e introducción de mecanismos como los mencionados.

Es claro que desde una perspectiva analítica, las reformas surgen como producto de la noción instrumental del derecho, y en particular de la crisis del sistema de justicia como componente estructural del engranaje institucional a nivel de organización del estado. Sin embargo, el alcance del concepto de crisis, como veremos en el siguiente capítulo, reviste características particulares susceptibles de análisis independiente. Bástenos por ahora con afirmar que, enmarcados dentro de la tendencia reformista, los programas de reforma a los sistemas de justicia a nivel latinoamericano tienen como objetivo primordial la actualización o modernización de los sistemas de justicia como parte del proyecto de aplicación del macroproyecto de la democracia y del sistema económico neoliberal (Consenso Liberal). Resaltamos en este sentido, que el objetivo planteado desde los proyectos de reforma descritos anteriormente no tiene como finalidad la instauración o formulación de un nuevo sistema de justicia en términos absolutos, sino que por el contrario centra su atención en la acomodación del sistema vigente, ya sea mediante la reforma a las instituciones que lo componen, ya sea a partir de la introducción al sistema de nuevos instrumentos jurídicos, a los nuevos postulados y tendencias en el tema. Así entonces, el componente reformista plantea retos a la institucionalidad vigente en tanto se reconoce a partir del trastorno del sistema de justicia antes descrito, la necesidad de proveer un servicio de adjudicación de justicia acorde con las nuevas necesidades del conglomerado en general como consecuencia de las nuevas dinámicas sociales imperantes en el mundo. Igualmente se plantea el reto a los estados de la periferia mundial para propiciar los cambios necesarios tendientes a la adopción de los modelos de globalización también descritos, reto dentro del cual el derecho es identificado como fundamental dentro de dicho proceso.

En este sentido, y conforme al marco antes descrito, es importante reseñar como dentro de dicha tendencia reformista, y en particular atendiendo a la formulación de los objetivos de la segunda ola de reformas a los sistemas de justicia, los actores económicos y políticos dominantes de la región han influenciado de manera notoria en la implementación de las principales reformas a los sistemas de adjudicación de justicia locales. Dichos actores, sean estos de origen local o foráneo, han contribuido e influenciado de manera indudable la determinación de los esquemas y alcances de los proyectos implementados en el territorio, movidos fundamentalmente por la dinámica económica del mundo globalizado, y amparados en la concepción instrumental del

derecho según la cual un sistema de justicia adecuado permite el intercambio económico eficiente que a su vez fomenta el desarrollo de las naciones. Siguiendo a Harvey<sup>62</sup>, es posible afirmar que existe una clara continuidad entre la teoría de la modernización que inspiró a la primera generación de derecho y desarrollo, y las teorías neoliberales de la globalización que sirvieron como sustento ideológico de la segunda generación de dichos programas. Es claro entonces, que la dinámica reformista aplicada en la región, ha basado la necesidad de reformar sus sistemas de justicia bajo la premisa de que un sistema de adjudicación de justicia eficiente promueve el desarrollo económico, que a la postre determina en buena medida el desarrollo de las naciones.

Así entonces, aun cuando los programas de reforma a los sistemas de justicia en Latinoamérica en su segunda fase han adoptado en buena medida las enseñanzas del fracaso de la primera fase del proyecto de derecho y desarrollo, como dijimos anteriormente, los nuevos programas “...*tienen un énfasis estrecho en la promoción de la inversión privada y en la acumulación del capital como condiciones para el desarrollo económico*”<sup>63</sup> En segundo lugar, y aun cuando en la segunda fase del programa participan entidades tanto gubernamentales como no gubernamentales, el enfoque de las reformas sigue siendo “de arriba hacia abajo”. Lo anterior pone de presente la dimensión de dichos proyectos de reforma, esto es, el resultado de las presiones de organismos e instituciones foráneas y locales para la implementación del consenso liberal en las naciones latinoamericanas a través de la implementación de los programas de reforma a sus sistemas de justicia<sup>64</sup>. Al parecer, y siguiendo en la misma línea argumentativa, el enfoque deseable sería aquel que tiene en cuenta los intereses de las comunidades y sus necesidades particulares en cuanto a la administración de justicia, antes que el desmedido énfasis por la eficiencia judicial, en detrimento de la protección y reconocimiento de los derechos de las comunidades marginadas en la región<sup>65</sup>. La dimensión de las reformas implementadas en la región, como veremos a continuación,

---

<sup>62</sup> Harvey David, “Globalization in Question”, en *Spaces of Hope*, Berkeley, University of California Press, 2000, en *Ibid.*

<sup>63</sup> Rodríguez, *op. cit.*

<sup>64</sup> Ver Thome, Joseph. 2000. “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, Ponencia presentada en *Latin American Studies Association Meeting*, Miami.

<sup>65</sup> Ver O’Donnell Guillermo, Mendez Juan, Pinheiro Paulo, *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999.

ha atendido el problema de la justicia desde una perspectiva eminentemente técnica, sin atender o propiciar una dimensión igualitaria o emancipadora del Estado de Derecho<sup>66</sup>. Por lo tanto, las reformas al sistema de justicia en nuestros entornos han propiciado la categorización de los instrumentos de acceso a la justicia, generando un sistema por niveles.

El caso de las reformas en Colombia es un ejemplo claro, según Santos, de globalización hegemónica, en tanto que la intervención de los Estados Unidos ha dominado de manera visible la reforma al sistema judicial colombiano, dando prevalencia a la política criminal norteamericana y a la promoción del sistema económico neoliberal. Se trata entonces, de una de las manifestaciones de globalización de alta intensidad, en el cual el caso colombiano es un caso extremo de dicho fenómeno<sup>67</sup>. Como resultado de lo anterior, las reformas al sistema de justicia colombiano han atendido particularmente a las directrices de los organismos multilaterales norteamericanos, quienes a través de la financiación de los programas de reforma de la segunda ola de derecho y desarrollo, han promovido la reforma al sistema de justicia desde una perspectiva impositiva. En opinión de Arenas, *“La AID y el gobierno de los Estados Unidos han hecho las declaraciones más explícitas sobre los lazos entre estos programas y su dimensión política, según las cuales es necesario promover compromisos políticos en los gobiernos de los países beneficiarios. Sin embargo, estos nexos entre reforma judicial y política, reducidos al cumplimiento de los objetivos institucionales del gobierno de Estados Unidos, se desvanecen en el micro-nivel de los programas de desarrollo, en donde el discurso técnico de ingeniería institucional fractura la comunicación con los procesos sociales existentes”*<sup>68</sup>.

Es precisamente éste el contexto que sirve como base para el análisis que haremos de elaborar en los siguientes apartes del presente texto. Sin embargo, intentaremos develar de manera más o menos clara las particularidades de dicho proceso, su relación con las nociones de crisis de la justicia, y el contexto histórico del

<sup>66</sup> Santos y García Villegas, *op. cit.*

<sup>67</sup> Recordemos como el fenómeno de la globalización de alta intensidad es definido como el proceso de implementación fuerte de las tendencias del pensamiento político hegemónico, a través de las presiones de organismos multilaterales, en *op. cit.*, Santos, *Derecho y democracia*,

<sup>68</sup> Arenas, Luís Carlos, y Gabriel Ignacio Gómez. 2000. “En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela”, en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, Publicaciones ILSA, pág. 218

papel del derecho en el entorno local. A su vez, contrastaremos dicho análisis con un estudio acerca del concepto de alternatividad conforme a los objetivos planteados en la parte motiva de la presente tesis.

## Capítulo II

### **El derecho y la noción de crisis del sistema judicial en el entorno latinoamericano: vía libre a la implementación de las principales reformas desde la perspectiva instrumentalista del derecho**

*“Sobre todo Estado, más si se pretende ser un Estado Social de Derecho, pesa el ineludible de proveer a sus ciudadanos de los servicios públicos básicos, dentro de los cuales sobresalen por lo indispensables, los de la seguridad y la justicia”<sup>69</sup>*

#### **2.1 Introducción**

En el primer capítulo hemos introducido al lector al desarrollo, transcurso e implementación de las reformas judiciales en América Latina a partir del estudio de concepto de globalización y del consenso liberal. Hemos develando en primera instancia como dentro del macroproyecto de la democracia y el mercado que da lugar al discurso de la globalización en entornos de la semi-periferia mundial (entiéndase Latinoamérica y demás regiones en vías de desarrollo), las reformas al sistema judicial cobran importancia en la medida en que se acepta una visión instrumentalista del derecho. Bajo esta perspectiva, el derecho sirve como motor de desarrollo dentro de las sociedades, de manera que es concebido como un *“instrumento efectivo para promover cambios sociales”<sup>70</sup>*, visión que promueve entonces la reforma a nivel institucional en aras de dar vía libre a la implementación del mencionado macroproyecto. En este sentido hemos develado a su vez los inconvenientes de dichos programas y su reformulación con base en el fracaso de la primera fase del programa de reformas antes mencionado, así como

---

<sup>69</sup> Silva García, Germán, *El mundo real de los abogados y de la justicia. La Administración de Justicia*, Universidad Externado de Colombia – Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Tomo III, Bogotá, 2001

<sup>70</sup> Shihata, Ibrahim F.J. 1995. *“Legal Framework for Development: The World Bank’s Role in Legal and judicial Reform”*, en Malcom Rowat, Waleed H. Malik y Maria Dakolias, (eds.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, DC: The World Bank; véase también Sáez García, Felipe. 1999. *“The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations”*, *American University International Law Review* 13.



las particularidades en la implementación de la segunda fase del proyecto en Colombia y su relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

En el presente capítulo nos concentraremos en el análisis del derecho en América Latina conforme a una visión histórico-crítica que nos sirve para ubicar el papel y uso estratégico del derecho y del programa de reformas implementado como instrumento para la promoción de cambios a nivel social. Dichas reformas obedecen, como dijimos anteriormente, a la injerencia directa de los actores que detentan el poder político y económico de las sociedades dominantes como producto del fenómeno de la globalización hegemónica antes descrito. Resulta pertinente el presente análisis en la medida en que, como veremos a continuación, el momento histórico actual, denominado como de “crisis”, presenta parecidos y actores similares de las esferas del poder social y político que permiten la asimilación de un proyecto mancomunado de reforma. Tal y como pretendemos poner de presente, la interacción de los diferentes actores sociales no ha cambiado sustancialmente en la medida en que devela como en nuestras sociedades, y particularmente en la colombiana, confluyen elementos premodernos y modernos los cuales generan las tensiones existentes al interior de la institucionalidad que terminan finalmente por conformar un intrincado sistema de interacción del sistema como conjunto. Como consecuencia de lo anterior, la noción de crisis generada del accionar entre la institucionalidad moderna y el modelo neoliberal globalizado sirve como justificación para la implementación de una serie de reformas a nivel institucional dentro de las cuales se encuentra inserta la reforma al sistema de justicia en un momento histórico particular que resulta especialmente propicio para dicho fin. El contexto de crisis es enmarcado dentro de lo que se conoce comúnmente como Crisis de Gobernabilidad, concepto del que nos ocuparemos seguidamente.

En este sentido, y como veremos a continuación, se insertan instrumentos jurídicos tendientes a la adecuación del sistema de justicia, sin abandonar nunca la estructura y diseño institucionales originales. Dentro del catálogo de instrumentos antes mencionados, florece la noción de alternatividad, la cual será estudiada a profundidad en el siguiente capítulo.

## **2.2 La tesis según la cual la ineficacia del derecho en nuestro entorno obedece a los problemas internos del sistema normativo de los países latinoamericanos: del papel del derecho como instrumento de reforma en el entorno de la así llamada crisis de los sistemas de justicia**

Tal y como lo hemos mencionado anteriormente, desde la década de los años sesentas cuando se dio la implementación de los programas de democracia liderados por los Estados Unidos y durante los años ochenta y noventa, cuando el mundo fue testigo de la caída de la Cortina de Hierro y del fenómeno de la apertura democrática y económica en América Latina, han existido diversos eventos históricos que han propiciado la implementación de reformas a nivel institucional en los países de la región.

De particular interés resulta el momento histórico de los años noventas (que es precisamente el momento histórico que pretendemos abordar en concreto para efectos de nuestro análisis) en tanto que los sucesos acaecidos en aquel momento, como lo dijéramos anteriormente, sentaron las bases para la expansión del neoliberalismo económico en cuanto ideología. Así entonces, “*la reforma del poder judicial en los países latinoamericanos y del Caribe constituye una de las etapas que deben cumplirse por el acuerdo antes citado, elaborado por diversas agencias multilaterales dentro de las que sobresalen el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)*”<sup>71</sup>. El acuerdo en cuestión, denominado consenso liberal del que nos ocupamos anteriormente, sentó las directrices fundamentales para la implementación de los programas de reforma liderados por los organismos internacionales en comento durante el período antes descrito. Lo anterior pone de presente que, como dijéramos anteriormente, el esfuerzo y la idea acerca de la necesidad de reformas a la institucionalidad de los países latinoamericanos tendiente a su inclusión en las nuevas dinámicas neoliberales y globalizadas resulta de un esfuerzo mancomunado, tanto de actores locales como de la periferia.

Sin embargo, dicha concepción reformista no podría haber tenido lugar sin una idea o tesis que diera sustento a un programa de reformas como el que hemos descrito

---

<sup>71</sup> Carvalho Pacheco, Cristina, “Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina”, en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, ILSA, Bogotá, 2000

hasta ahora. Aún cuando hemos ya descrito el sustento ideológico para la implementación de la segunda ola de Derecho y Desarrollo, tal y como lo afirma Mauricio García Villegas, “*Los proyectos emprendidos por la nueva ola de Law and Development parten de un supuesto que no ha sido estudiado a fondo y que consiste en sostener que la ineficacia del derecho en América Latina se origina ante todo en problemas internos al sistema normativo de cada país, los cuales son, o bien problemas de contenido o bien de implementación legal. De acuerdo con este supuesto, la introducción de reformas que resuelvan estos problemas ayudaría a resolver los problemas de ineficacia jurídica*”<sup>72</sup>.

Sobre este particular, resulta evidente que la visión instrumentalista del derecho, que fuera en su momento defendida por la corriente de Derecho y Desarrollo generada por Trubek y Galanter<sup>73</sup>, aunque probada como problemática<sup>74</sup>, sigue perdurando como argumento fundamental en la implementación de las reformas a nivel judicial en nuestro entorno<sup>75</sup>. Esta aproximación eminentemente técnica del problema, tal y como lo denuncia García Villegas, oculta hechos de importancia superior. En primera instancia, si bien los problemas técnicos en la implementación del derecho revelan cuestiones importantes por resolver<sup>76</sup>, abordan solamente una perspectiva limitada del saber y de la ejecución del derecho en nuestro entorno. Como consecuencia de lo anterior, el trasfondo de las reformas implementadas solamente tiene un alcance limitado y se concentra apenas en una de las muchas variantes del problema, avalando la implementación y transplante de formas e instrumentos jurídicos sin previo estudio sociojurídico local suficiente<sup>77</sup>. Un ejemplo claro de dichos trasplantes jurídicos es la

---

<sup>72</sup> García Villegas, Mauricio, “Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002

<sup>73</sup> Ver Trubek, David, “*Law and Development; Then and Now*”, ASIL, Proceedings of the 90<sup>th</sup> Annual Meeting, Washington DC, Marzo, págs 27-30, 1996.

<sup>74</sup> Para profundizar en el tema ver Rodríguez, *op. cit.*

<sup>75</sup> Ver Martínez Neira, Néstor Humberto, *Justicia para la gente, una visión alternativa*, Ministerio de Justicia y del Derecho, República de Colombia, Bogotá, 1995.

<sup>76</sup> En palabras del autor “Sin duda las fallas técnicas en la aplicación de políticas públicas constituyen una importante fuente de debilidad del derecho... Sin embargo, el énfasis exclusivo en problemas técnicos de implementación legal oculta hechos importantes” en García Villegas, *op. cit.*

<sup>77</sup> La anterior afirmación pretende poner de presente como las políticas de reforma han concentrado sus esfuerzos en la corrección eficaz de los problemas técnicos y de

adopción del sistema investigativo norteamericano por parte del ordenamiento colombiano, proceso que tuvo como consecuencia directa la creación de la Fiscalía General de la Nación y la implementación, a nivel del derecho penal colombiano, del sistema penal acusatorio. Otro ejemplo claro lo constituye el programa de adopción de las casas de justicia en Colombia. En opinión de Rodríguez, “*Dado que ni la agencia patrocinadora (AID) ni los gobiernos nacional y local consultaron a las comunidades de los barrios en los que las casas fueron constituidas, dichas comunidades en un principio ignoraron o se opusieron activamente a las casas, que fueron percibidas como un mecanismo de represión estatal*”<sup>78</sup>. Este proceso de trasplante jurídico ilustra de manera suficiente la tendencia nacional, plasmada en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, por la asimilación de modelos de institucionalidad foráneos, en primera instancia, y por la adopción de mecanismos institucionales sin un estudio previo de las dimensiones sociológicas de los mecanismos de aplicación de justicia, cualquiera que sea su enfoque. Lo anterior en consonancia con la dinámica de implementación de reformas estudiada en el primer capítulo del presente texto.

En segundo lugar, y a partir de una solución técnica del problema, se desconoce el trasfondo histórico-cultural propio del entorno, propiciando la manutención de un sistema que en su estructura no varía sustancialmente, sino que por el contrario, se adapta pobremente a las necesidades de las instancias sociales menos favorecidas<sup>79</sup> generando un derecho con poca disposición emancipadora<sup>80</sup>. Recordemos en este sentido como en opinión de O’Donnell, el Estado de derecho, desde una perspectiva social y progresista, se encuentra en capacidad de propiciar una dimensión igualitaria y emancipadora de la sociedad a la cual se aplica. El Estado de derecho tiene capacidad emancipadora en la medida en que, a partir de la determinación y análisis de las

---

implementación que imposibilitan la eficacia y eficiencia del sistema de justicia, dejando de lado cualquier otra consideración sobre el particular.

<sup>78</sup> Rodríguez, *op. cit.*

<sup>79</sup> Como veremos mas adelante, esta es precisamente la dimensión de la así llamada crisis de la justicia, que a la postre busca solamente la modernización del sistema actual, mas no un cambio estructural al interior del mismo.

<sup>80</sup> En concordancia con los postulados de la corriente del Derecho Alternativo descritos en Souza, Maria de Lourdes, *El uso alternativo del derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Colección Teoría y Justicia, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Editorial Unibiblos, 2001. Sobre el poder emancipador del derecho desde el concepto de la alternatividad ver el capítulo III del presente escrito.

necesidades y contexto social propios del entorno particular, tenga como propósito fundamental la creación de las condiciones necesarias para la protección de las mayorías marginadas (clases trabajadoras, grupos étnicos, mujeres y menores, entre otros). La protección de los derechos ciudadanos y el mejoramiento del acceso de las clases marginadas a los sistemas de adjudicación de justicia, son entonces los mecanismos que desde la institucionalidad del Estado de derecho, deberían concentrar los mayores esfuerzos en cuanto a la implementación de las reformas al sistema judicial. Vale la pena en este sentido concentrarse en el hecho de la destinación de recursos para el acceso a la justicia, cuyos programas han tenido solamente un leve papel dentro del macroproyecto de reformas a los sistemas de justicia en el entorno local, y que sólo recientemente han empezado a ser implementados tímidamente, por el BID a través de políticas de acceso a la justicia<sup>81</sup>. Sin embargo, y tal y como lo pone de presente Rodríguez, al adoptar el enfoque social y emancipatorio antes referido en relación con el diagnóstico de los programas de reforma judicial implementados en la región, resulta claro como los programas de segunda generación se encuentran muy lejos de ser satisfactorios en una dimensión social abordada desde este punto de vista<sup>82</sup>. Como hemos dicho anteriormente, las reformas al sistema de justicia han concentrado sus esfuerzos en la eficiencia del sistema de justicia, manifestada por ejemplo en el caso colombiano, en la eficaz coerción de los delitos asociados al narcotráfico, como vimos anteriormente. Sin embargo, parece poco acertado, conforme a los estudios y diagnósticos como los que hemos señalado a lo largo del presente trabajo, afirmar que el componente fundamental de los programas de reforma a la justicia sea el mejoramiento de las condiciones de inequidad imperantes en la región.

---

<sup>81</sup> Ver cuadros de diagnóstico, capítulo I del presente escrito. Ver Carrillo, Fernando, *Justice Delayed in Latin America, Some Strategic Considerations*. Washington D.C, The Inter-American Development Bank, 1998

<sup>82</sup> En opinión del autor, “El acceso a la justicia sigue siendo una preocupación secundaria en dichos programas, y el énfasis en la eficiencia judicial ha llevado a las entidades estatales y las organizaciones financiadas a prestar poca atención a la calidad de las actividades de los jueces en términos de la protección de los derechos ciudadanos. Aunque la reducción de los inventarios de los casos pendientes, las demoras en los trámites judiciales y los niveles de impunidad son ciertamente fines importantes, están lejos de ser suficientes para liberar el potencial emancipatorio del Estado de derecho, y para facilitar el surgimiento del tipo de sociedad civil activa que es indispensable para que exista una “democracia de alta intensidad”, en Rodríguez, *op. cit.*

En tercer lugar, y como consecuencia de las anteriores dos, se genera la sensación de crisis del sistema en razón de una aproximación técnica a la realidad del sistema en cuanto a la implementación y puesta en marcha del mismo, desconociendo una crisis mucho más profunda que atañe al diseño estructural de la institucionalidad local y a la intrincada interacción de las esferas que componen el ámbito social en su conjunto. De ahí que el resultado necesario sea la implementación de soluciones de carácter técnico, vaciadas de contenido o sustento ideológico y de un previo estudio sociojurídico tendiente a calcular sus posibles resultados. Un hecho notorio que ilustra de manera particularmente clara el anterior argumento lo constituye el enfoque de los diagnósticos sobre la situación de los sistemas de justicia en nuestro entorno particular. Como hemos puesto de presente a lo largo del presente capítulo, en razón de la aproximación y naturaleza técnica e instrumental de los conceptos de crisis y reforma, los estudios realizados tendientes a diagnosticar la realidad de los sistemas jurídicos de la región se aproximan desde una visión igualmente técnica y tecnicista<sup>83</sup>. En su versión técnica-instrumental, podríamos definir a la justicia en relación con su deber de cumplir con la función pública de administrar y corregir eficientemente externalidades negativas expresadas en conflictos<sup>84</sup> que obstruyen el normal funcionamiento del sistema social como unidad<sup>85</sup>. El derecho y en particular el sistema jurídico encuentran su razón de ser bajo dicha perspectiva como modelo de represión (en los casos de trasgresión a la ley) y reconocimiento de derechos (como modelo de aplicación del decálogo de derechos reconocidos al conglomerado en su conjunto). Por lo tanto, un típico diagnóstico de carácter técnico de la situación de un sistema judicial se concentra fundamentalmente, a nuestro juicio y conforme a una lectura transversal de los diagnósticos sobre los sistemas de justicia, en las siguientes categorías analíticas, a saber:

---

<sup>83</sup> Ver Martínez Neira, *op. cit.*; Palacio, Gemán, “Administración de justicia, jueces y la crisis institucional en Colombia: contradicciones y dilemas”, *Jurisprudencias* No 1, Bogotá, ILSA, 1990; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, C. P. (2001). *Modernización de la Justicia para la Convivencia. Talleres del Milenio*. Bogotá.

<sup>84</sup> Ver Myers, David. *Exploring Social Psychology*, Nueva York: McGraw Hill, 2004

<sup>85</sup> Se expresa entonces desde la teoría del papel instrumental del derecho lo siguiente: “¿En que medida es la reforma al sistema judicial necesaria? La debilidad de las instituciones judiciales en muchos países produce serias fallas para la protección de los derechos, lo cual inhibe la acción social útil (inversión y producción), o causa conflicto y pérdida de recursos”, Traducción libre al español, en Santos Pastor, *op. cit.*.

- *Medición de la cobertura del sistema* (disposición de recursos en el territorio físico de la nación, medición del acceso a la justicia y medición de los trámites de ley ante la jurisdicción)
- *Cuantificación de los recursos* (componente humano y físico a disposición del sistema)
- *Uso eficaz de dichos recursos* (recurso humano, tecnificación, capacitación y evaluación periódica)
- *Eficiencia en términos de resultados cuantitativos* (procesos evacuados en un período de tiempo determinado, fenómeno de la congestión judicial y progresión temporal del fenómeno de la congestión)
- *Evaluación de la implementación de las herramientas del sistema* (viabilidad, costos y conveniencia)
- *Actualización, reestructuración o cambio de los mecanismos o herramientas del sistema* (introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, desjudicialización)
- *Impacto social* (medido en indicadores socio-jurídicos como: violencia, reincidencia del delito y población carcelaria, entre otros)

En cuanto al análisis de los diagnósticos sobre la dimensión del problema de los sistemas de justicia de la región, podemos afirmar que las categorías teóricas que desarrollan se corresponden con aquellas que hemos elaborado como características de la aproximación técnica del fenómeno de la crisis de la justicia. En este sentido, dichos estudios elaboran una intrincada relación entre la eficacia y la eficiencia del sistema jurídico y propiamente del sistema judicial, y la noción de un sistema “sano” en términos de diseño institucional e implementación de un sistema de adjudicación de justicia al servicio del conglomerado social como conjunto.

El derecho como derecho aplicado e instrumento de la institucionalidad es examinado en aras de la verificación del cumplimiento de las metas que hemos señalado ya bajo una concepción instrumental y técnica. Ante la imposibilidad de dar buena cuenta del fenómeno jurídico como resultado de la interacción social previamente

descrita, la visión en comento se preocupa por la optimización en la prestación del “servicio” legal ofrecido por el Estado al conglomerado social. Para ello identifica con claridad, como hemos visto, las principales falencias al interior del sistema con el ánimo de corregirlas en la brevedad posible, y dar así el paso hacia una institucionalidad más eficaz en la consecución, desarrollo e implementación de sus recursos, y en ese sentido, mejor preparada para asumir el reto de la globalización<sup>86</sup>.

La noción de crisis de la justicia que actualmente desarrollamos como espacio propicio para la implementación de las reformas, puede enmarcarse dentro de la tensión existente entre el modelo institucional moderno y premoderno de la actualidad y el modelo institucional ideal que sirve a los intereses del macroproyecto democrático y neoliberal, en camino de ser implementado<sup>87</sup>. Se pone de presente de esta manera como dentro de la noción de crisis es posible identificar un momento histórico propicio para la implementación de reformas institucionales a niveles generales, dentro de las cuales se encuentran insertas las reformas a los sistemas de justicia.. Por lo tanto, teniendo como base el argumento según el cual el derecho es instrumento de cambios sociales, el mismo es instrumento para la implementación eficaz del nuevo modelo de estado

---

<sup>86</sup> Recordemos como desde esta perspectiva se enfatiza en lo siguiente: “*Un sistema judicial transparente y confiable, compatible con las costumbres de un país, es un requerimiento de carácter esencial para el desarrollo de los sistemas de intercambio que permiten y alientan al crecimiento económico*”, Traducción libre al español, Hommes Rudolf, *Institutional Reliability and Development*, en Jarquín Carrillo, *op. cit.*

<sup>87</sup> Tal y como lo devela Eduardo Faria, “...en los años noventas nos enfrentamos al cruce de dos períodos económicos, a saber, la era de la postguerra frente a la era de la globalización. Así entonces, el estado que se desarrolló como producto de la post guerra estaba caracterizado por un fuerte carácter intervencionista dentro del cual el derecho servía como instrumento de control, administración y manejo. Igualmente, el periodo de la postguerra estaba caracterizado por una fuerte participación del sector público como agente financiero, productivo y distributivo a nivel económico, así como promotor de nuevas políticas sociales que se constituyeron como la base de una igualdad sobre la cual debía empezar el libre juego de la competencia. Sin embargo, con el advenimiento de los modelos de globalización económica, se trasladó significativamente el centro de atención hacia la renovación de la acumulación de los flujos de capital privado. El estado pasa a ser un agente regulador, se da el fenómeno de la monetarización del capital, se abren los antiguos monopolios estatales, se da paso a la privatización de las entidades públicas, entre otras características a nivel económico. Lo importante para nosotros es que el periodo de la globalización significó grandes cambios al interior de las naciones-estado por cuanto develó la imposibilidad de las instituciones tradicionales para dar solución a los nuevos inconvenientes surgidos de la asimilación de un sistema económico muy diferente, fundamentalmente por su fuerte dependencia de “...tasas geométricas de crecimiento en innovación tecnológica para mantener índices de retorno y para sostener el nivel de actividad” en Faria, Luis Eduardo, “Law and Economics at the Crossroads of Two Eras” en *Revista Mas Allá del Derecho* (Beyond Law) 7 (22), 2000.



globalizado neoliberal, considerado como el modelo a implementarse en aras del desarrollo de las naciones de la periferia mundial con base en la experiencia de los países del primer mundo<sup>88</sup>. De ahí que las reformas estén encaminadas, como dijimos anteriormente, a la actualización del sistema imperante a las nuevas dinámicas del mundo globalizado, desde una perspectiva eminentemente técnica. Como desarrollaremos más adelante, sin embargo, dicha noción de crisis pareciera ser incólume en el tiempo y aparece renovada en importancia en momentos históricos estratégicos en los cuales es propicio el argumento de un cambio de modelo económico y político. Es por lo tanto, un concepto coyuntural cuyo alcance es igualmente técnico y obedece a momentos históricos de transición promovidos desde las diferentes instancias sociales en aras de la consecución de intereses particulares<sup>89</sup>.

Con el fin de dar contenido a las afirmaciones anteriormente expuestas, a continuación nos referimos al estudio del concepto de crisis de gobernabilidad, para luego referirnos al diagnóstico histórico-analítico elaborado por García Villegas del sistema legal local. Lo anterior con el ánimo de poner de presente las demás “caras de la moneda” del problema del derecho en el entorno latinoamericano, y particularmente el colombiano. En este sentido hemos escogido el estudio en comento en tanto consideramos recoge de manera omnicompreensiva y eficaz la tesis según la cual la crisis de la institucionalidad a nivel latinoamericano es el resultado de variantes externas que propician su manifiesta ineficacia, y que al no ser tenidas en cuenta dentro de los programas de reforma, perduran en el tiempo y consolidan la estructura vigente del sistema. Este estudio sirve a su vez como preámbulo para el análisis de la inclusión del

---

<sup>88</sup> La presente cita soporta el enunciado anterior, a saber “*El que las instituciones sean importantes de varias maneras en relación con el desempeño económico de una nación es evidente desde el sentido común, como también desde un creciente cuerpo de investigación*”, traducción libre al español, Sherwood Robert, “Judicial Systems and National Economic Performance”, en Jarquin, *op. cit.*

<sup>89</sup> Dichos intereses podrían agruparse en tres categorías fundamentales: intereses de orden político, económico y de reivindicación social. En el primer y segundo orden podrían enmarcarse las demandas de los sectores dominantes de la sociedad, mientras que el tercer orden correspondería a aquellas comunidades tradicionalmente excluidas del poder político y económico, como lo señalan por ejemplo las comunidades con identidades étnicas diferenciadas, a saber, negritudes, indígenas y demás grupos culturales con ethos propios. Sobre el particular ver *Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia*, en Sousa y García, *op. cit.*

concepto de alternatividad como parte del modelo de reformas propuestas desde la institucionalidad y la periferia por igual

### **2.3 Del concepto de la crisis de gobernabilidad: contexto de inestabilidad política y económica del Estado**

Conforme a la visión de Uprimny Yepes<sup>90</sup> y en consonancia con lo descrito por Faria<sup>91</sup> debemos afirmar en primera instancia que compartimos la complejidad implícita del término “gobernabilidad” por cuanto en sí mismo es vago y muy amplio. Sin embargo, para fines del presente escrito haremos de decir que el concepto de gobernabilidad se relaciona directamente con la “...*capacidad de un gobierno o cualquier otra estructura de poder para formular y llevar a cabo decisiones de manera oportuna y adecuada en múltiples ámbitos tales como la economía, las políticas públicas, la administración de ciertos planes, y su capacidad para ponerlos en práctica de manera eficaz con el ánimo de lidiar efectivamente con la excesiva carga de expectativas, problemas de índole institucional, divisiones políticas, conflictos sociales y demandas a nivel económico*”.<sup>92</sup>

Lógicamente, cuando el gobierno o estructura de poder falla en la asimilación y satisfacción de dichas expectativas, cuando no le es posible asimilar a cabalidad las nuevas demandas de la sociedad, cuando no le es posible neutralizar los efectos nocivos de la división, etc. nos encontramos frente a una crisis de gobernabilidad, a pesar incluso de las posibles mejoras a nivel de sus instituciones y herramientas de control, desarrollo y planeación<sup>93</sup>.

Es esta precisamente la coyuntura política y social de la actualidad colombiana. Desde los años setentas, el fenómeno de la crisis de gobernabilidad del estado colombiano se ha visto propiciado por múltiples factores. El primero de ellos consistió en el fenómeno de erosión de las instituciones de dominación tradicionales, propiciado

---

<sup>90</sup> Uprimny Yepes Rodrigo, *Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia*, en Sousa y García, *op. cit.*

<sup>91</sup> Faria, “Law and Economics at the Crossroads of Two Eras”.

<sup>92</sup> *Ibíd.* p. 18

<sup>93</sup> Como veremos más adelante, en Colombia se han llevado a cabo multiplicidad de proyectos tendientes a mejorar de manera sustancial el sistema legal. Sin embargo, el aparato estatal resulta claramente insuficiente para proveer adecuadamente el servicio del acceso a la justicia de manera eficaz al conglomerado social.

fundamentalmente por el debilitamiento del poder hegemónico de la Iglesia católica, el fenómeno de la urbanización y la escolarización de la población civil. A estos procesos se sumó el fenómeno del reparto de la institucionalidad colombiana durante el período del régimen militar en Colombia. Conforme a la descripción de Uprimny, en dicho momento el Estado fue repartido entre los sectores dominantes de la sociedad, lo cual tuvo como consecuencia el fraccionamiento del fenómeno estatal colombiano<sup>94</sup>. Un tercer elemento que contribuyó a la crisis de gobernabilidad fue la injerencia de los movimientos guerrilleros nacionales. Estos aparecieron en la década de los ochentas y noventas reforzados bélica y territorialmente. El fenómeno de la violencia introdujo serias tensiones para el Estado colombiano en relación con su capacidad de dominar el territorio nacional y para dar buena cuenta de la complejidad de las demandas de los sectores de la población civil en cuanto a seguridad y presencia estatales en la totalidad del territorio nacional. Un cuarto elemento lo constituyó el influjo negativo del fenómeno del narcotráfico sobre la composición y dinámica económica de la sociedad. Los dineros provenientes de dicha actividad ilícita tuvieron importantes efectos en la reconstitución del tejido social colombiano a nivel económico, político y social, al tiempo que sirvieron como sustento económico de la actividad de los grupos al margen de la ley<sup>95</sup>. Finalmente, ante la aparición del concepto de globalización, el contexto internacional en su conjunto varió y propició la inclusión del país en las nuevas dinámicas de la mundialización económica, social y cultural.

El efecto combinado de los anteriores factores ha tenido como consecuencia una profunda crisis de gobernabilidad en Colombia, especialmente visible desde los años ochentas, en cuyo contexto se ha enmarcado la reforma al sistema judicial colombiano. Sin embargo, y como veremos a continuación, dicha crisis se corresponde con factores de diseño institucional propios de la cultura jurídica del entorno particular, situaciones que perviven en la actualidad y que encuentran su razón de ser en el papel y función del derecho en las sociedades locales, incluida la colombiana.

<sup>94</sup> As entonces, la administración pública estuvo dominada por los partidos Liberal y Conservador, la economía fue dominada por los grupos empresariales según su influencia e importancia, y el orden público fue entregado a los militares. Este proceso se da fundamentalmente porque se pretendió evitar los conflictos a nivel del poder estatal otorgando a los principales contendores sociales un área de dominación particular., en *op. cit.*, Uprimny Yepes, *op. cit.*

<sup>95</sup> Ver capítulos VI y VII del texto de Sousa y García, *op. cit.*

## 2.4 Cultura jurídica en América Latina: aproximación histórico-analítica al fenómeno del derecho y del alcance de los proyectos de reforma institucional en el entorno local

Si bien tal y como lo reseña García Villegas, es realmente poco el esfuerzo que se ha hecho al interior de nuestro sistema por estudiar y analizar de forma detallada el fenómeno de la cultura jurídica en nuestro entorno a pesar de la creciente notoriedad del derecho en los últimos años<sup>96</sup>, consideramos importante referirnos al análisis de la cultura jurídica en nuestro ambiente en tanto que, y a manera de hipótesis, sostenemos que el momento histórico actual, y particularmente la noción de crisis del sistema, obedecen en su origen al desarrollo institucional generado por los diferentes actores de nuestras sociedades. Entendemos por cultura jurídica el conjunto de relaciones humanas e institucionales que definen el ámbito de aplicación e interacción del conglomerado con el fenómeno jurídico como consecuencia del desarrollo histórico de la aplicación del sistema legal. Consideramos de importancia vital el análisis de dicho proceso en tanto nos permite aproximarnos a las particularidades del fenómeno del derecho en el entorno local a partir de su estudio en relación con su importancia, papel y finalidades. A partir de la descripción y análisis del fenómeno cultural del derecho, es posible identificar a su vez sus particularidades y relación con la implementación de reformas al sistema legal.

---

<sup>96</sup> El derecho ha ganado en importancia temática por varios factores. En primera instancia, por el argumento antes referido acerca del papel instrumental del derecho para la consecución de cambios sociales, en sintonía con la corriente del Derecho y Desarrollo cuyos programas se encuentran aun en implementación. En segunda instancia, respecto del caso colombiano particularmente, el poder judicial sólo adquirió importancia como un asunto de interés político hasta la década de los años setenta, cuando “...la confrontación política con los movimientos guerrilleros en algunos lugares del país, y las manifestaciones de desorden social asociadas con una nueva sociedad urbana, aumentaron el interés del gobierno en incrementar el control social y en modernizar el sistema judicial penal”<sup>96</sup>. Así entonces, los defectos del sistema judicial colombiano, particularmente en el área penal, fueron interpretados, tal y como lo describen los autores, desde una perspectiva política y jurídica tradicional como producto de la insuficiencia institucional. Por lo anterior, el gobierno nacional emprendió varias reformas al sistema judicial y a disminuir su independencia orgánica<sup>96</sup>. En la primera etapa de reformas emprendida por el gobierno nacional en los años setentas, el interés central era entonces el de retomar el control sobre la rama judicial.

En una siguiente etapa durante los años ochentas el poder judicial se vislumbró desde la institucionalidad como una herramienta necesaria para hacer frente a las manifestaciones del fenómeno de la violencia en Colombia<sup>96</sup>. Tal y como lo describen los autores, “Las circunstancias sociales y políticas de los ochentas fueron cruciales para el surgimiento de la visibilidad de la crisis del poder judicial”<sup>96</sup>, en Arenas y Gómez *op. cit.*, pág. 191

Así entonces, y en palabras de García Villegas, “*Los países latinoamericanos no han logrado superar la heterogeneidad social que caracterizaba las sociedades coloniales de principios del siglo XIX al momento de la independencia*”<sup>97</sup>. Como es natural, la cultura jurídica imperante en las sociedades latinoamericanas, conforme a la definición que hemos generado previamente, es producto de la interacción entre el modelo implementado por los países del primer mundo en sus colonias y los sucesos de desarrollos implementados por las naciones independientes al terminar el periodo de la colonia<sup>98</sup>. Dicha interacción entre los modelos impuestos a las sociedades coloniales y las consecuentes aplicaciones y desarrollos del fenómeno jurídico en las naciones independientes, la mayoría de ellos realizados por vía de la asimilación de corrientes teóricas y movimientos filosóficos de origen foráneo<sup>99</sup>, generó en palabras de Boaventura de Sousa Santos “*...la coexistencia de espacios estructurales de poder modernos y premodernos*” que sumados al “*hibridismo cultural y la jerarquización económica*”<sup>100</sup> dificultan la consolidación de un verdadero contrato social, de un Estado y la consecuente regularización del derecho oficial.

En síntesis dicha interacción, siguiendo en la línea argumentativa de García Villegas, generó un estado del arte común en el cual confluyen tres principales características asociadas a los sistemas latinoamericanos, a saber, su manifiesta debilidad política, su ineficacia y el autoritarismo jurídico imperante en la región. Analizando las principales razones que dan lugar a dicha caracterización del ambiente latinoamericano, conforme a la concepción de Santos, contrario al caso europeo en el cual la autonomía del Estado fue el resultado de necesidades e intereses que se originaron en el espacio de la producción, en ambientes como el local “*...la formación del espacio de la ciudadanía precedió a la organización social y de manera específica a la organización de la producción y mantuvo siempre una gran autonomía respecto de*

---

<sup>97</sup> García Villegas, *op. cit.*, pág. 30.

<sup>98</sup> En palabras del autor “De acuerdo con una cultura jurídica originada en la época de la Colonia española y consolidada a través de la recepción del ideario constitucional de la Revolución Francesa durante el periodo de la Independencia, en América Latina el derecho es objeto de una percepción ambivalente por parte de los ciudadanos”, *Ibid.*, Pág. 41

<sup>99</sup> Tales como la Revolución Americana y Francesa, el movimiento del constitucionalismo, e incluso la adopción del macroyecto de la democracia y el estado neoliberal económico, entre muchos otros ejemplos.

<sup>100</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *Toward a New Common Sense Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Rutledge, 1998.

*aquel espacio de poder*"<sup>101</sup>. En cuanto al espacio de producción propiamente dicho de las sociedades locales, el mismo estuvo caracterizado por una gran heterogeneidad interna en la cual confluían por igual modos capitalistas y precapitalistas de producción, la desarticulación entre los diferentes sectores de la economía, los grandes desequilibrios de productividad inter e intrasectorial, entre otros. Así mismo, el espacio doméstico se vio afectado por una heterogeneidad similar que le dio cierto carácter autónomo en relación con el espacio de la producción y de la ciudadanía, fenómeno que tuvo como consecuencia: a) falta de autonomía e inestabilidad crónica y de los espacios estructurales del poder, b) necesidad de un vínculo autoritario -representado por el Estado- para compensar la falta de isomorfismo y c) déficit de hegemonía del Estado y de limitación difusa entre el Estado y los demás espacios del poder<sup>102</sup>.

Este interrelacionar entre las esferas del ciudadano (política), productiva (económica) y doméstica (social) tiene varias consecuencias respecto del funcionamiento del sistema en su totalidad, a saber, su desagregación como conjunto total y por tanto, la relativa autonomía respecto de cada una de las instancias sociales. En concreto, la heterogeneidad interna de los espacios doméstico y de la producción genera como decíamos, autonomías de carácter relativo que tienen como efecto "*...el bloqueo, la subversión, la transformación o la apropiación de la actuación del Estado*". Resulta interesante en este sentido reseñar como la primacía de la esfera de lo político coexiste con su dependencia en relación con los otros dos espacios, de manera que la forma de ejercer el poder por parte del Estado (dominación), se ejerce en la práctica a través de relaciones complejas con otras formas de poder propias de entornos estructurales diferentes (clientelismo, nepotismo, corrupción, etc.). Como consecuencia de lo anterior, explica Santos como los estados latinoamericanos carecen del predominio político suficiente para evitar acudir a medidas consideradas como de tipo autoritario. El resultado de la situación anterior genera, en palabras de García Villegas, que el debate político se convierta entonces "*... en una confrontación desarraigada socialmente y a*

---

<sup>101</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, 1995.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, Pág. 155

*los grandes intereses económicos en agentes directos y determinantes del funcionamiento estatal*<sup>103</sup>.

En opinión del autor, en tanto que el margen de maniobrabilidad política de los gobiernos es más limitado en razón de su interrelación necesaria con las demás esferas del entorno socio-político antes descritas, sucede un fenómeno que propicia la adopción de argumentos instrumentales del derecho como el presentado anteriormente. Así entonces, ante situaciones de precariedad hegemónica del poder político y ante la ausencia de partidos políticos con suficiente representatividad política, el sistema jurídico se convierte en un sustituto del sistema político al suplir la comunicación entre el Estado y su aparato institucional y el conglomerado. El derecho es convertido entonces en instrumento de legitimación de las políticas públicas, en vez de ser instrumento de aplicación de las mismas, de manera que la producción e implementación de las normas jurídicas sirve a dos propósitos particulares: en primera instancia reconstruye los problemas sociales en su estructura, adoleciendo en consecuencia de las mismas deficiencias que se supone estaría en capacidad de dirimir. En segunda instancia, dicha aproximación sirve como un escape a nivel político en la medida en que los gobiernos de dichos entornos particulares pueden obtener ventajas o incluso lograr atenuar los efectos de su propia incapacidad política. Este proceso de asimilación del derecho como instrumento es conocido en la doctrina jurídica como el uso simbólico de los discursos legales<sup>104</sup>. Un ejemplo de dicha tendencia lo constituye

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, negrillas del texto. En este punto es importante destacar la injerencia de los organismos multilaterales del orden económico mundial en la implementación de los proyectos de reforma descritos en el primer capítulo de la presente tesis, al igual que la injerencia de los actores económicos locales que propugnan por la implementación de dichos programas en aras de la consecución de sus propios intereses. En este sentido se explicita la importante influencia de dicho sector en la consecución del diseño y reforma a la institucionalidad. La siguiente cita ilustra de manera suficiente la anterior aproximación: “En la reformulación del Estado, sentando sus bases en parámetros de naturaleza neoliberal, la reformulación institucional propuesta implica garantizar la continuidad de un paradigma que se perpetúa por más de un siglo. En nombre del fortalecimiento del régimen democrático dirige sus propuestas hacia una parte específica de los sujetos de derecho y con eso se vuelve hacia un tipo específico de justicia que garantiza el desarrollo de un modelo económico determinado en la región”, en Carvalho Pacheco, *op. cit.*, pág. 142.

<sup>104</sup> Conforme a la descripción del autor, el uso simbólico del derecho se contrapone al uso instrumental del mismo. “Mientras que el primero se orienta hacia la consecución de fines específicos a través de ciertos medios, el segundo se orienta hacia la producción de representaciones en contextos en los cuales predomina la interpretación”, en García Villegas, *op. cit.*

la promulgación de leyes tendientes a la reivindicación de los derechos de comunidades marginales que no obedece a un proyecto político encauzado a través de la institucionalidad y discurso concertado, como por ejemplo la comunidad homosexual y el conflicto acerca del reconocimiento de sus derechos patrimoniales.

En este sentido, ante la manifiesta incapacidad del sistema político por establecer una comunicación fructífera con el conglomerado social, y en tanto el derecho sirve para suplir dicha legitimidad del sistema, el tratamiento político de los conflictos a través de las vías convencionales para dicho fin (entiéndase la discusión nacida de la participación política legitimada por el accionar democrático del pueblo) terminan por generar discursos legales en respuesta a las demandas sociales que abogan por la seguridad, justicia social y participación. En palabras del autor, los “...*conflictos o problemas son entonces reconstruidos y rediseñados a través de reformas jurídicas, de tal manera que su tratamiento institucional resulte políticamente viable. Esta construcción opera como un abandono del problema social como tal, por medio de saltos de escala discursivos*”.

Así entonces, y adoptando la tesis de Santos sobre el particular, podríamos afirmar que existe una estrecha relación entre la reforma legal y judicial y el Estado como sistema político y aparato administrativo. El tema de la reforma judicial, es por lo tanto, un asunto jurídico pero por sobretodo, es un tema eminentemente político<sup>105</sup>. Como ejemplos del fenómeno anterior podríamos citar los siguientes. En relación con la disposición de los funcionarios públicos en la región, es muy frecuente que los mismos apliquen el derecho en beneficio de intereses de orden político, es decir, solamente atiendan a sus postulados cuando consideran que las condiciones fácticas así lo permiten<sup>106</sup>. Así entonces, es posible identificar con cierta claridad argumentos de excepción a la aplicación de la normatividad vigente en aras de dar aplicación eminentemente política a ciertas situaciones de hecho, como es el caso de la aplicación de las normas tendientes a la protección de los recursos naturales en los cerros orientales

---

<sup>105</sup> Santos, *Derecho y democracia*.

<sup>106</sup> Ver Gutiérrez, Francisco, *La ciudad representada; política y conflicto en Bogotá*, Iepri, Tercer Mundo, Bogotá, 1998.



de la ciudad de Bogotá<sup>107</sup>. A su vez, y en cuanto a la aplicación del derecho por parte de los particulares, basta con identificar cómo el régimen de la excepcionalidad de la aplicación del derecho es común entre los participantes del conglomerado social. Así entonces, la actitud ciudadana de desobediencia y uso estratégico del derecho es visible en la aplicación de la normatividad de tránsito, el pago de los impuestos, el desarrollo de la vida familiar, entre muchos otros<sup>108</sup>.

La anterior reflexión pone de manifiesto el alcance de la implementación de proyectos de reforma como aquellos objeto del presente estudio, particularmente en cuanto a la dimensión política e instrumental otorgada al sistema legal por vía de la ineficacia del sistema como conjunto. Podríamos afirmar en este sentido, que si bien el argumento según el cual el derecho es instrumento propiciador de cambios a nivel social, el trasfondo político y económico imperante en la región es un terreno especialmente propicio para la adopción de dicha concepción instrumentalista del derecho en tanto es immanente a su naturaleza. A la luz del conglomerado, soportar un proyecto de reforma como el implementado hasta el momento basado en una concepción impulsora del derecho, oculta a su vez la dimensión política y económica detrás de la idea del derecho instrumental. Oculta entonces, una dimensión discursiva del concepto de reforma, enraizada en una situación de crisis que obedece a la aproximación eminentemente técnica del problema de la implementación del derecho en nuestro entorno. En tanto que en palabras de García Villegas, “...la práctica del reformismo jurídico en América Latina obedece, por lo menos en parte, al hecho ya mencionado de que el sistema jurídico se sobrecarga con tareas que podrían ser resueltas a través del sistema político” y que por lo tanto tales reformas se encuentren encaminadas fundamentalmente a la legitimación política del sistema, la crisis y sus

---

<sup>107</sup> En la actualidad, el problema de la reglamentación de la así llamada “Franja de Adecuación Ambiental” de los cerros orientales de Bogotá se genera en buena medida por la “omisión” en la aplicación de la normatividad vigente en relación con la prohibición de dar desarrollo a los suelos comprendidos dentro de la reserva forestal de los cerros orientales de la ciudad. En este sentido, a pesar de que desde los años setenta existía dicha prohibición, los funcionarios públicos inaplicaron tácticamente la norma, en particular los curadores urbanos, al haber otorgado licencias de construcción de carácter temporal para el desarrollo de proyectos de vivienda dentro de la zona de protección ambiental de los cerros orientales. Para mayor información ver Nino, Carlos S. “Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America”, *University of Miami Law Review* 1.

<sup>108</sup> García Villegas, *op. cit.*

consecuentes reformas develan su límite de aplicación en tanto técnicas. Y aún cuando se reconoce que no todos los proyectos de reforma son producto de las necesidades antes mencionadas, si es importante destacar la limitación de aquellas que como la reforma a la justicia, adolecen de tal aproximación práctica<sup>109</sup>.

En conclusión, la reforma implementada a nivel de los sistemas jurídicos locales es de naturaleza difusa. Por una parte, se encuentra adscrita al argumento instrumentalista del derecho según el cual el mismo es motor de cambios del sistema social. Sin embargo, y dadas las particularidades del entorno, dicho poder reestructurador se ve matizado por la dimensión política asumida dentro del rol del derecho como discurso legal. En este sentido, su dimensión real es eminentemente técnica y no tiene alcances de reforma integral del sistema, sino que por el contrario sirve a sus intereses como instrumento legitimador del accionar de la institucionalidad en tanto ineficiente y desarticulada.

## **2.5 Análisis comparativo del alcance coyuntural del concepto de crisis del sistema: la hipótesis acerca del uso estratégico del concepto de crisis en momentos históricos de reforma del sistema político y económico imperante**

Conforme a la hipótesis planteada, la noción de crisis del sistema aparece en momentos históricos en los cuales, dadas las condiciones particulares del conglomerado social y de su interacción con las tendencias y usos propios del entorno internacional, se genera la sensación de crisis del sistema en la cual el derecho toma un papel protagónico respecto de la implementación de un nuevo orden económico y social.

La anterior hipótesis se apoya en los siguientes presupuestos históricos, que a nuestro juicio, dan cabida a la interpretación antes formulada. Tal y como expone García Villegas, “*la falta de experiencia política y administrativa de las colonias hispánicas creó a principios del siglo XIX la necesidad de adoptar modelos de organización política provenientes de otras revoluciones...*”<sup>110</sup> En este sentido, si bien el momento histórico particular determinó la necesidad de la implementación de

---

<sup>109</sup> En los siguientes apartes del presente trabajo nos concentraremos en develar el carácter eminentemente técnico de la implementación de los proyectos de reforma judicial en el entorno local con base en la aproximación de las principales instancias gubernamentales y organismos internacionales que participan del proyecto de reforma a la justicia en Latinoamérica.

<sup>110</sup> García Villegas, *op. cit.*, pág. 16, negrillas del texto.

modelos foráneos a falta de uno propio, dicha situación estuvo enmarcada dentro de un proceso bastante particular y similar al contexto histórico actual como veremos enseguida. Recordemos entonces como el binomio derecho-política apareció en aquel momento histórico ante la necesidad de los próceres de la independencia de usar el derecho como una herramienta con un fin determinado, a saber, la construcción de la nación y de la ciudadanía ante la ausencia, en palabras del autor, de una participación política realmente organizada a través, por ejemplo, de partidos políticos con verdadera representación política.

Así entonces, el derecho desde sus inicios en nuestras sociedades, fue investido de la función pública de articular el conglomerado social, función que es propia por demás del poder político, el discurso jurídico y el diseño constitucional. Como hemos visto hasta el momento, dicha asimilación del derecho respecto de cargas propias del sistema político es aún una realidad en nuestros entornos.

A su vez y respecto de la recepción de dichas ideologías foráneas, el autor reseña como muchos de los mencionados personajes de la independencia latinoamericana viajaron al viejo continente en donde encontraron en las obras francesas e inglesas del siglo XVIII sustento para sus ideas de carácter revolucionario. En este sentido, vale la pena resaltar como los sucesos de la Revolución Francesa y Americana sirvieron especialmente para dicho fin. Sin embargo, y tal y como lo ponen de presente Romero y Levene respectivamente, “*Si algo es específico a las revoluciones latinoamericanas es su incapacidad para traducir contenidos ideológicos y jurídicos en cambios sociales*”<sup>111</sup>. Podemos interpretar válidamente cómo en la actualidad los modelos franceses y americanos de la revolución política han sido reemplazados parcialmente en cuanto a su contenido pero no en cuanto a su papel, por el macroproyecto de la democracia y el sistema económico neoliberal. Adicionalmente y tal y como en aquella época, tal y como lo ponen de presente Dezalay y Garth<sup>112</sup>, los operadores jurídicos de la actualidad igualmente confluyen en los centros de enseñanza del primer mundo, pretendiendo con dicho ejercicio lograr el conocimiento actualizado de la práctica y tendencia jurídica, deseable para los países de la semiperiferia mundial.

---

<sup>111</sup> Romero, José Luis, *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1972 en *Ibíd.*

<sup>112</sup> Ver Dezalay *op. cit.*

En cuanto a la recepción misma de las ideas revolucionarias que sirvieron como base para los procesos de emancipación de las naciones latinoamericanas, las mismas fueron en principio recepcionadas en los grandes centros urbanos de las colonias por grupos de criollos pensadores de la época. Conforme al autor, sin embargo, dichas ideas revolucionarias llegaron igualmente al resto de la población dada la simplicidad de sus postulados, fundamentalmente respecto de las ideas acerca de la soberanía popular y la igualdad, las cuales sirvieron en palabras del autor para responder “...bien a un malestar popular muchas veces cercano al odio y a la necesidad de satisfacer una pulsión de venganza represada durante siglos contra el poder blanco y español”<sup>113</sup>. Dicha conjunción de las élites criollas y las clases trabajadoras locales de la época en torno al proyecto emancipador, sin embargo, y tal como lo pone de presente García Villegas, era más simbólica y coyuntural que el producto de un verdadero consenso respecto de un proyecto común para instaurar un nuevo régimen político independiente. En este sentido resulta claro que los intereses de la población criolla y del resto de la población, eran por demás, disímiles. Unos y otros convergieron estratégicamente sin embargo, nutriéndose de la idea del enemigo común español con la idea de reivindicar a la postre, distintas realidades y perspectivas. Lo anterior pone de presente que si bien el proyecto emancipador como dijimos anteriormente pudo haber permeado de manera eficaz a todas las instancias sociales, el proyecto adolecía en su génesis del problema de la divergencia social, asunto que desencadenó “...acuerdo jurídicos expresados en constituciones y códigos... demasiado generales y abstractos” que no fueron suficientes para “superar las divergencias sociales y producir transformación social”<sup>114</sup>.

En tanto dichas divergencias a nivel social y político, como hemos descrito anteriormente, prevalecen en la actualidad en nuestra sociedad, es posible describir el consenso generado en la actualidad en torno a la necesidad de la reforma al sistema de justicia local como un consenso coyuntural que sin embargo nace en un momento histórico propicio para la reivindicación de ciertas tendencias y demandas particulares

---

<sup>113</sup> García Villegas, *op. cit.*

<sup>114</sup> *Ibid.*, Pág. 19. En este sentido el autor expresa lo siguiente “...Mientras más heterogéneo y jerarquizado es un conglomerado social, más general e ideológico es el contenido de un eventual contrato social o acuerdo constitucional; esto se origina en la necesidad política de abarcar –u ocultar– las diferencias sociales y políticas en un mismo discurso. Nota al pie.

de cada instancia social. Así entonces, un ejemplo que demuestra el anterior postulado lo refiere el interés de las comunidades indígenas por el reconocimiento de su independencia jurisdiccional al momento de la promulgación del nuevo texto constitucional del año 1991. Dichas comunidades impulsaron junto con otras instancias sociales la promoción de un nuevo acuerdo en torno a la aplicación de la justicia y obtuvieron como resultado el reconocimiento constitucional de su independencia jurisdiccional en razón de su particularidad cultural<sup>115</sup>.

Unos y otros, por igual aunque no en la misma medida, han sabido aprovechar el momento histórico particular y hacer uso estratégico de los contenidos de discursos emancipadores para sus intereses particulares. Dentro de dicha dinámica se enmarca el proyecto de reformas a la justicia como parte del proyecto común hacia la globalización y el desarrollo de nuestras naciones. Los intereses subyacentes serán analizados a plenitud en la segunda parte del presente escrito. Bástenos por ahora con decir que las consecuencias a nivel jurídico son entonces, como producto de la segregación social antes descrita, igualmente segregadas. El sistema ha pretendido adoptar tantas formas de adjudicación de justicia como pisos sociales a su interior, generando así instrumentos particulares para cada instancia o piso social a través de la inserción del concepto de alternatividad, del que nos ocuparemos extensamente en la siguiente parte del presente trabajo.

Retomando el planteamiento anterior, podríamos resumirlo de la siguiente manera para efectos de dar claridad al argumento esbozado. La naturaleza misma del papel y funciones del derecho en el entorno local ha propiciado que, en cuanto a la lectura estratégica de la situación de conflicto de las sociedades locales y particularmente del sistema judicial, el momento histórico en el cual es visible la crisis de la institucionalidad sea propicio para la implementación de reformas de carácter institucional. Y aún cuando pueden existir otros usos estratégicos que no necesariamente se generan en relación con una noción de crisis del sistema, son precisamente éstos los que sirven como sustento para la implementación de reformas como aquellas objeto del presente estudio en tanto atienden de manera exclusiva a la reconstitución del estado conforme a ciertos presupuestos que se consideran deseables

---

<sup>115</sup> Ver Ardila, Edgar, *Pluralismo jurídico, apuntes para el debate*, en Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial, Colección El Otro Derecho, Revista No. 26-27, ILSA, Bogotá, 2002.

en cierto momento histórico particular (como por ejemplo, la implementación del consenso liberal en las naciones de la semiperiferia mundial). Sin embargo, al profundizar en las causas reales de la situación de crisis visible, se hacen a su vez evidentes los problemas que atañen a la estructura misma de la institucionalidad como conjunto, problemas que de antaño han aquejado a la institucionalidad de los países de la región. Por ello consideramos, el concepto de crisis es atemporal en cuanto a la denuncia social subyacente. En este sentido es particularmente dicente la actitud y estrategias asumidas por los operadores y demás participantes del fenómeno jurídico para la resolución de la situación de anormalidad del sistema jurídico.

Así entonces, la noción de crisis favorece la lectura estratégica de la institucionalidad y permite desviar la discusión hacia la noción técnica del problema, desatendiendo la problemática real cual es el diseño de la institucionalidad y particularmente, de la estructura social predominante en nuestro entorno particular. Como consecuencia del proceso antes comentado, las reformas han implementado variados instrumentos técnicos para hacer frente a la situación de crisis, instrumentos que sin embargo se ocupan de la resolución de los problemas técnicos de los sistemas de administración de justicia del entorno local.

Una posible aproximación analítica adicional podría sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿cuáles entonces son las razones para que el momento histórico actual sea tan propicio para el resurgimiento de la idea o noción de crisis o colapso institucional, y particularmente, del sistema de justicia?

La respuesta se encuentra en el contexto esbozado hasta el momento, del cual podríamos extraer las siguientes posibles razones, a saber:

- a. La aparición del concepto globalización y el consenso sobre la implementación del modelo económico neoliberal como nicho común de la dinámica geopolítica de la actualidad.
- b. El argumento instrumental del derecho como corriente teórica que sirve como sustento de un proyecto de reforma., enmarcado dentro de la debilidad institucional de los estados latinoamericanos.

- c. Los hechos históricos recientes que han propiciado a nivel mundial la conciencia acerca de la univocidad del sistema neoliberal y democrático como diseño institucional y político deseable para el nuevo esquema globalizado del mundo.
- d. Las condiciones particulares de pobreza, subdesarrollo y olvido propias de las regiones semiperiféricas del mundo actual, caldo de cultivo para generar consenso a nivel de las esferas menos favorecidas de la sociedad mundial en cuanto a la necesidad de la implementación de proyectos de reforma institucional y en tanto oportunidad para la reivindicación de derechos de diversa índole.
- e. La aparente voluntad política y económica que ha congregado a diferentes instamentos, tanto gubernamentales como no gubernamentales en la implementación del mencionado proyecto, entidades que han sumado esfuerzos en torno a una misma finalidad reformista.
- f. La vocación “referencial” de los sistemas políticos latinoamericanos, en permanente proceso de asimilación de las políticas foráneas en un intento por acomodarse a las nuevas exigencias del primer mundo.
- g. Las presiones de los organismos multilaterales sobre las naciones subdesarrolladas en cuanto a la aplicación de los mencionados proyectos de reforma.
- h. Idea de adaptación o rezago definitivo de las sociedades de la periferia mundial, avalada por las regiones dominantes del mundo.

## **2.6 Conclusiones**

En el presente capítulo hemos procurado estudiar el concepto de crisis del sistema develando su alcance y proponiendo una hipótesis acerca de la visibilidad del fenómeno jurídico en relación con la crisis institucional. En este sentido, hemos estudiado la cultura jurídica del entorno particular y hemos procurado igualmente encuadrar los proyectos de reforma dentro de la noción instrumental del derecho.

A manera de conclusión podríamos afirmar entonces, que el concepto de crisis que subyace al diagnóstico técnico-instrumental de la crisis de los sistemas de justicia

en la región, es un concepto atemporal en cuanto a la realidad que denuncia, en tanto las razones que fundamentaron la situación de anormalidad sistémica<sup>116</sup> en nuestras naciones han pervivido incólumes desde el mismo nacimiento de las naciones latinoamericanas, develando así el carácter dual de nuestras sociedades (en permanente tensión entre la premodernidad y la modernidad)<sup>117</sup>. Dicha denuncia, sin embargo, en cuanto consenso a nivel social e institucional con potencial de verse instrumentalizado en proyectos de reforma florece en entornos históricos y políticos propicios como el actual, en cuyo seno se gestan planes de macro-reforma institucional. Gracias a la relevancia del fenómeno jurídico en tanto instrumento del proyecto de la democracia y del sistema económico neoliberal, es posible adoptar tendencias reformistas como aquellas de la actualidad.

En este sentido sin embargo, dicho concepto en su discurso no reconoce, no ahonda en el análisis acerca de las causas estructurales de la crisis latente, sino que por el contrario se preocupa de la implementación de un determinado modelo económico y político en el cual confluyen intereses y motivaciones de diversa índole. Para el momento particular, dicha crisis nace entonces de la voluntad respecto de la implementación del proyecto de la globalización y de la implementación del sistema económico neoliberal, cuya tensión en proceso ha tenido como resultado la corriente reformista de la actualidad.

En cuanto al papel del derecho se refiere, su vertiente instrumental cobra importancia y se reestructura en razón del discurso de crisis elaborado desde el momento histórico particular, renovando el interés por el quehacer jurídico y colocándolo en un lugar estratégico para la consecución del anhelado cambio<sup>118</sup>. Lo

---

<sup>116</sup> Para mayor información sobre las causas de la crisis subyacente, ver Sousa y García, *op. cit.*

<sup>117</sup> En este sentido puede explicarse el concepto de gobernabilidad y su crisis, común como espacio discursivo de la actualidad, el cual se relaciona directamente con la "...capacidad de un gobierno o cualquier otra estructura de poder para formular y llevar a cabo decisiones de manera oportuna y adecuada en múltiples ámbitos tales como la economía, las políticas públicas, la administración de ciertos planes, y su capacidad para ponerlos en práctica de manera eficaz con el ánimo de lidiar efectivamente con la excesiva carga de expectativas, problemas de índole institucional, divisiones políticas, conflictos sociales y demandas a nivel económico", *Op. Cit* Faria

<sup>118</sup> En opinión de Faria, "*En América Latina se desenvuelven interacciones conflictivas y convivencias contradictorias entre una concepción instrumental, formalista y normativista del orden legal, y concepciones alternativas de orden justo legítimo y pluralista, todas ellas de carácter finalístico e historicista, cohibiendo un derecho en condiciones de reconocer como*



anterior sin embargo, y como dijimos anteriormente, sólo desde una perspectiva eminentemente instrumental y técnica, cuyo resultado entonces no puede ser otro que la adecuación del sistema tradicional a las nuevas necesidades particulares del modelo de estado a implementarse. Para ello y como vimos anteriormente, conforme al diagnóstico de los sistemas de justicia de nuestro entorno, se han diseñado estrategias para implementar herramientas jurídicas tendientes a la finalidad antes descrita dentro de las cuales se encuentran los así llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Como hemos descrito dentro del primer capítulo del presente estudio, dentro de las medidas correctivas adoptadas florece el concepto de alternatividad en razón de la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Pero tal y como lo hemos denunciado a lo largo del presente capítulo, dicha inclusión de los mecanismos alternativos atiende a la necesidad técnica de hacer frente al diagnóstico de la situación de la justicia en nuestros entornos. En la segunda parte del presente escrito nos damos a la tarea de estudiar a profundidad la corriente teórica del derecho alternativo con el ánimo de contrastar el trasfondo técnico antes develado con los postulados del derecho alternativo.

---

*efectivamente iguales todos los actores sociales y la diversidad de los conflictos en juego y sus respectivas propuestas políticas. Para minimizar los efectos disfuncionales de estas interacciones conflictivas y de esas conveniencias contradictorias, el Estado ha utilizado sutiles estrategias de informatización, descentralización y desburocratización de la justicia, por un lado, demostrando “buena voluntad” al “aceptar” mayor participación de los ciudadanos en la resolución de sus propios conflictos, pero, de otro lado, valiéndose de esa aparente condescendencia para con el derecho resultante de los juzgados de conciliación y juzgamiento, con el propósito de aprisionar y domesticar el “derecho” en contrado en la calle”, en Fariá José Eduardo, *El poder judicial frente a los conflictos colectivos*, Colección El Otro Derecho, Revista N 5, ILSA, 1990.*

## **SEGUNDA PARTE**

### **DEL ALCANCE DEL CONCEPTO DE ALTERNATIVIDAD EN EL ENTORNO LOCAL: ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

## Capítulo III

### **La teoría del derecho alternativo y del uso alternativo del derecho y su relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: la pregunta acerca del alcance del concepto de la alternatividad en el entorno local.**

*“Es en este momento histórico de exclusión, opresión, injusticias e ineficacias de los tribunales de justicia del Estado, y de legislaciones positivas de actualizadas o de vinculadas de la realidad social que se coloca el tema de los servicios legales alternativos”<sup>119</sup>*

#### **3.1 Introducción**

En la primera parte del texto nos hemos concentrado en la descripción y análisis del movimiento de reforma al sistema jurídico implementado a nivel regional. En este sentido, nos hemos concentrado en develar los alcances del concepto de reforma, su transfondo histórico y la consecuente noción de crisis como subproducto de la interacción y momento histórico particular, desentrañando igualmente su alcance técnico-instrumental.

En una segunda parte del estudio nos concentraremos en el análisis teórico del concepto de alternatividad tomando como base el estudio de la corriente del derecho alternativo y del uso alternativo del derecho ( en adelante DALUSAD) en su vertiente latinoamericana, pretendiendo con dicho ejercicio develar dos cuestiones brevemente esbozadas en la primera parte del presente estudio y que se constituyen en su objetivo fundamental: en primer lugar cómo la introducción del concepto de alternatividad en el entorno local vació de todo contenido teórico-conceptual a la noción de alternatividad, implementando así un decálogo de instrumentos o herramientas jurídicas que componen los así llamados Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos desde una perspectiva eminentemente técnica. En segundo lugar, y a partir de la segregación social imperante en nuestras sociedades, y en particular en la colombiana, a partir de la introducción de dichas herramientas jurídicas, cómo el sistema ha optado por la

---

<sup>119</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, *Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia*.

formulación de herramientas de resolución de conflictos para cada instancia o piso social, generando así un sistema de adjudicación de justicia por niveles cuyos efectos no han sido identificados con claridad a la fecha. Lo anterior con el ánimo de develar la tendencia casi permanente de nuestro sistema jurídico por adoptar formas y herramientas jurídicas sin un trasfondo teórico o sustento ideológico particular<sup>120</sup>. A su vez con el ánimo de poner de presente la imperiosa necesidad de la comunidad jurídica local por atender de manera eficaz el estudio de los nuevos mecanismos de adjudicación de justicia descubriendo así las nuevas interacciones y dinámicas propias del quehacer jurídico de nuestro entorno.

Advertimos que en el presente capítulo no habremos de abordar un estudio profundo de la corriente del DALUSAD en tanto desborda el objeto del presente trabajo. Lo anterior por cuanto la referencia al DALUSAD es simplemente referencial y tiene como finalidad una comparación y constatación en términos meramente conceptuales del concepto de alternatividad y sus alcances. Enfatizamos que el presente trabajo se aproxima al análisis de concepto de alternatividad desde una perspectiva sociológico-jurídica y que por lo tanto, no aborda el problema desde la teoría o la filosofía del derecho propiamente dichas. Por ello, para efectos de la metodología de estudio aplicada al presente capítulo, una síntesis esquemática de las principales características del movimiento en cuestión resulta suficiente para la finalidad antes descrita. Igualmente destacamos que sobre el estudio de la versión latinoamericana del DALUSAD, no existen mayores referencias bibliográficas disponibles que las que referimos a continuación, razón por la cual acudimos al estudio a los textos de Souza y Wolkmer con especial atención.

---

<sup>120</sup> En palabras de Luis Pásara, “*Nuestra gestación de instituciones jurídicas ha atendido más al exterior que a la consideración atenta y cuidadosa de nuestras propias realidades. Se ha contagiado de teorías aprendidas, mal y pronto, mediante el ejercicio del turismo intelectual, al que son tan afectos respetados académicos nuestros. La imitación normativa en nuestros países ha sustituido, con efectos parecidos, a la producción de normas desde la Metrópoli. En muy distintas fases históricas, ley y realidad se han mantenido igualmente distanciadas*”, en Pásara Luis, *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, en García, Rosario, “Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina”, en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002.

### **3.2 Antiformalismo, neomarxismo y alternatividad: breve recuento de los principales presupuestos teóricos que sirven como sustento a la corriente del derecho alternativo.**

Es menester dedicar la primera parte del presente capítulo a estudiar los principales supuestos teóricos del antiformalismo y del neomarxismo en tanto los mismos se constituyen como el sustento ideológico y metodológico del movimiento del Derecho Alternativo. Advertimos sin embargo que no pretendemos con el siguiente ejercicio ahondar extensamente en el estudio de dichas corrientes del pensamiento jurídico, sino presentar de manera más bien simple cuáles son los principales postulados que sirven como sustento ideológico al movimiento del Derecho Alternativo a manera de marco teórico introductorio. Como hemos dicho anteriormente, la presentación esquemática de los principales postulados de dicha corriente del pensamiento jurídico resulta suficiente para la finalidad y enfoque del presente trabajo.

Tal y como lo pone de presente Souza<sup>121</sup>, “*En el presente siglo asistimos al acaecer de diversos movimientos en el seno del derecho, algunos de signo formalista y otros antiformalista, que tratan de establecer nuevos paradigmas comprensivos y explicativos del fenómeno jurídico, especialmente en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación del derecho. Uno de los motivos es que éstos son los sectores más complejos y conflictivos, donde se manifiestan gran parte de las aporías jurídico-científico-metodológicas*”<sup>122</sup>. Así entonces, podemos agrupar las principales tendencias interpretativas del derecho en dos grandes vertientes, a saber, las de carácter formalista o racionalista y las de carácter antiformalista o racionalista. Las primeras en las cuales se da prevalencia al significado inherente o interno de la norma, en tanto el

---

<sup>121</sup> Souza, *op. cit.*, pág. 6. En opinión de Betegón, “... la interpretación y aplicación del derecho no pueden concebirse como una actividad secundaria y marginal, sino como un problema central al que debe dar respuesta el pensamiento jurídico”, en Betegón Jerónimo *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 362

<sup>122</sup> Sobre el particular se afirma que “El Derecho se expresa a través del lenguaje y, como todo lenguaje, también el del derecho ha de ser interpretado; esto es, requiere de atribución de significado. Pero además el Derecho presenta una dimensión eminentemente práctica, en el sentido de que ese lenguaje se dirige a la regulación de la conducta de las personas, siendo una razón que se invoca en la justificación de acciones y decisiones; por eso, a diferencia de la literatura, que también es lenguaje, el Derecho no sólo es objeto de interpretación, sino también de aplicación, lo que significa que sus normas pretenden ser la premisa mayor de un razonamiento que enjuicia los comportamientos y que puede culminar en una decisión con fuerza jurídica, susceptible de imponerse coactivamente”, en *Ibid.*, pág. 361

ejercicio interpretativo reconstruye de manera eficaz dicho significado. Las segundas, en oposición, reconocen el ejercicio interpretativo en las variables externas de la norma, ejercicio en el cual los fines, intereses y valores propios del intérprete en relación con cada situación particular dan lugar a la interpretación del sentido de la norma.<sup>123</sup>

### *Antiformalismo*

Ubicado en el contexto histórico del siglo XIX y comienzos del siglo XX de Alemania y Estados Unidos, tal y como lo reseña Souza, el movimiento está conformado por varias escuelas entre las cuales se destacan el movimiento del derecho libre, la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica y el movimiento realista norteamericano<sup>124</sup>, entre otros.

En una concepción interpretativa de carácter antiformalista del derecho, se denuncia de manera vehemente el excesivo formalismo y dogmatismo propio de las corrientes formalistas del derecho<sup>125</sup>. En este sentido, y contrario a la concepción según la cual el derecho y en particular las normas jurídicas son completas en tanto prevén en sus enunciados una infinita cantidad de posibles consecuencias jurídicas aplicables a cualquier situación social, cuya aplicación se resume a un ejercicio silogístico, el antiformalismo jurídico revela cómo el sistema jurídico no es cerrado, coherente y completo. En palabras de Betegón, “*Pronto se comprobó que el Derecho no era un sistema cerrado, coherente y completo, que la riqueza de la experiencia social era muy superior a la imaginación del legislador y que, por tanto, se planteaban conflictos sociales no previstos en las normas, que el propio lenguaje jurídico adolecía de imprecisión y vaguedad en su significado*”<sup>126</sup>. Adicionalmente y en palabras de Souza, las normas en tanto producto del lenguaje, no presentan un sentido unívoco y su

---

<sup>123</sup> Ver Wroblewski, J, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.

<sup>124</sup> Ver Kantorowicz, Herman, “La lucha por la ciencia del derecho”, en: Savigny, Friedrich K. von, et al., *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949; Heck, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Granada: Comares, 1999; Pound, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, Granada: Comares, 2003.

<sup>125</sup> El antiformalismo “*dista de ser una escuela o movimiento unitario, pero en general todos sus representantes se caracterizan por (hacer) una crítica más o menos rigurosa de los dogmas del positivismo precedente, y en concreto, de los relativos a la plenitud del ordenamiento y a la interpretación lógica de las normas y construcción sistemática de los conceptos*” en Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, en op. cit Souza.

<sup>126</sup> Betegón, *op. cit.*.

interpretación está sometida a un margen de discrecionalidad significativo por parte del operador jurídico encargado de la tarea de interpretar su sentido. Se devela así un margen de discrecionalidad propio del intérprete, de carácter valorativo y que tiene consecuencias plausibles en la aplicación de la norma, dimensión que desborda la aproximación lógico-deductiva-silogística planteada desde el formalismo jurídico. Como resultado de lo anterior, el proceso de interpretación de la norma es a su vez, proceso de creación normativa o de reelaboración de su significado, proceso que atiende a las particularidades del intérprete y del entorno propio dentro del cual sucede el ejercicio de la interpretación normativa.

Así entonces, podríamos resumir los principales postulados teóricos del antiformalismo jurídico de la siguiente manera:

- El derecho no es un sistema cerrado, coherente y completo
- Como resultado, las normas de un sistema jurídico no pueden prever de manera eficaz todos y cada uno de los posibles eventos suscitados a nivel social, lo que supone un ejercicio interpretativo extra-sistémico.
- El ejercicio interpretativo de las normas no atiende exclusivamente a un proceso deductivo-silogístico de orden interno a nivel sistémico, sino que atiende a su vez a las consideraciones valorativas del intérprete y coyunturales del momento.
- En tanto momento particular, el ejercicio interpretativo es a su vez, momento de creación normativa en tanto da contenido particular a una norma, que no es unívoco sino consecuencia del ejercicio subjetivo-valorativo de la interpretación.

Estas consideraciones sirven como aproximación crítica al fenómeno del derecho y particularmente, al fenómeno jurídico del entorno latinoamericano. Recordemos como hasta el momento hemos descrito una situación de anormalidad sistémica identificada en los proyectos de reforma judicial implementados en la región. La aproximación crítica del antiformalismo sirve, junto con la teoría del neomarxismo como sustento teórico de la corriente del DALUSAD en tanto develan problemas sistémicos originarios y no derivados de la estructura misma del ordenamiento jurídico.

### *Neomarxismo*

El segundo componente de la corriente del derecho alternativo es aquel esbozado desde la teoría neomarxista. Conforme a la teoría del DALUSAD, el neomarxismo aporta igualmente herramientas de análisis pertinente para la elaboración de un argumento crítico del sistema jurídico en su conjunto. Tal y como lo expone Souza<sup>127</sup>, para poder entender a cabalidad los principales aportes de la corriente neomarxista a la corriente del DALUSAD, es necesario exponer antes cuáles son los principales supuestos teóricos del marxismo tradicional, los cuales son a juicio de la autora los siguientes:

- El sistema jurídico es subproducto, epifenómeno de la estructura económica y social, de manera que no tiene incidencia alguna sobre dicha estructura, estando plenamente condicionado por la misma. (Superestructura y Estructura)
- El derecho no puede ser explicado desde instrumentos aplicados del positivismo o el idealismo, o desde cualquier otro instrumento que parta de la independencia o posible comprensión del derecho como unidad en sí mismo. Debe por lo tanto aproximarse desde el contexto de las condiciones de la vida material, cual es el trasfondo de la relación de producción que constituye la estructura o fenómeno mayor, sin la cual no es posible entender al derecho.
- El derecho es en esencia un aparato de fuerza especial, sustraído del poder de la mayoría de la sociedad, cuya misión consiste en transformar los antagonismos sociales en pacíficas controversias jurídicas.
- El derecho, como expresión del poder estatal, es un instrumento de dominación, por lo cual deberá ser extinguido una vez se supere la división de clases.
- La interpretación del derecho positivo se concibe como una modalidad de intervención ideológica sobre la superestructura, destinada en lo fundamental a condensar los conflictos sociales que en ella se gestan.
- Los jueces tienen como función la de operar la reconducción a la matriz ideológica y de elaborar jurídicamente los conflictos, como portavoces de la

---

<sup>127</sup> Souza, *op. cit.*, pág. 18



clase dominante. Son entonces los encargados de adaptar relaciones concretas a las necesidades de la infraestructura.

La idea del derecho antes descrita es de carácter mecanicista y economicista, y es precisamente ésta concepción la que es reformulada desde los principales supuestos del neomarxismo. Así entonces, y conforme al neomarxismo, la superestructura de la cual hace parte el derecho “...*aunque condicionada por la estructura, posee una cierta autonomía, tiene una especificidad propia, y puede, en cierta medida, incidir sobre aquélla*”. Por lo tanto y conforme lo describe la autora, existe una necesaria reciprocidad entre la superestructura y la estructura que constituye un verdadero proceso dialéctico.

El derecho entonces, a pesar de ser un fenómeno superestructural como lo hemos descrito anteriormente, encuentra en el neomarxismo una forma de autonomía relativa y una eficacia específica que imprimen a su ejercicio o instrumentalización la capacidad de llevar a cabo ciertos cambios significativos a la estructura subyacente. La presente idea pone de presente como desde la corriente del neomarxismo, el derecho no es una simple manifestación de la burguesía, sino que se constituye en sí mismo como un “...*espacio de mediación y lucha entre fuerzas dotadas de intereses antagónicos y conflictivos. Por lo tanto, presenta una duplicidad de acción política, que se traduce en la posibilidad de que funcione como estimulador, inductor o protector de conquistas sociales de las clases más débiles, o, por el contrario, que funcione como usurpador de esas conquistas y como guardián y legitimador del poder dominante*”. Así entonces, los operadores jurídicos se enfrentan a dos posibles caminos de acción: o bien se constituyen en agentes reproductores del sistema dominante, o bien se convierten en activos “catalizadores” de un proceso de macroreforma a nivel estructural, tanto a nivel interno (estructural) como externo (superestructura)<sup>128</sup>.

Como veremos a continuación, la aproximación crítica del fenómeno del derecho a partir de los postulados de las corrientes del pensamiento jurídico antes descritas, sirve como antesala para el estudio del alcance del concepto de alternatividad en la medida en que definen los límites mismos del DALUSAD. En este sentido, resaltamos desde ya

---

<sup>128</sup> Ver Gramsci, A., *Introducción a la filosofía de la praxis*, Althusser, L. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Poulantzas N. *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*.

como el problema de la alternatividad se configura a partir de la aproximación crítica al fenómeno jurídico, particularmente al latinoamericano, cuya aplicación en la sociedad tiene efectos diversos sobre las diferentes esferas que la componen. Por ello el problema del concepto de la alternatividad debe ser estudiado, a nuestro juicio, desde la descripción del DALUSAD.

*Punto de encuentro: base teórica y metodológica del alternativismo*

Hemos descrito brevemente hasta el momento cuales son los principales postulados de las corrientes antiformalistas y neomarxistas respectivamente, que como dijimos, constituyen el sustrato teórico de la corriente del Derecho Alternativo. Veamos entonces cuál es específicamente el papel que juegan dentro de dicha teoría para entonces concentrarnos en la descripción del paradigma alternativo del derecho propiamente dicho.

Así entonces, los presupuestos antiformalistas antes develados componen la base de carácter crítico-constructiva de una nueva concepción del fenómeno y hermenéutica jurídicos, tanto a nivel teórico, como filosófico y científico. El derecho entendido bajo la perspectiva antiformalista es fenómeno social antes que consecuencia de la lógica meramente sistémica. Esta denuncia es particularmente importante en la medida en que devela la interrelación del fenómeno jurídico con la sociedad a la cual pretende regular, poniendo en tela de juicio su identidad o naturaleza independiente del fenómeno social. A su vez, el ejercicio de interpretación normativa, desde una perspectiva antiformalista, da pie para la interpretación del derecho que atiende, no solamente a las necesidades de la lógica formal, sino a las condiciones particulares del operador jurídico y del hecho particular sometido a aplicación normativa.

A su vez, y tal y como lo reseña la autora, los presupuestos neomarxistas ubican y relacionan al antiformalismo teórico con la práctica transformadora-emancipatoria de las realidades jurídica, política y social, lo que en conjunto permite “...*la construcción de nuevas categorías y propuestas instrumentales y operativas, tanto para la crítica y la desmitificación de la matriz científica que anima la cultura jurídica tradicional, como para la edificación de un nuevo referente epistemológico y de una nueva concepción*

*filosófico cultural*”<sup>129</sup>. El derecho es reconocido como “integrante” de la dinámica social e institucional, y en tanto participante de la misma, le es reconocida la posibilidad de propiciar y generar situaciones sociales de equidad, igualdad y desarrollo. Por lo tanto, de la aplicación del derecho con fines de reivindicación social, es posible generar a la postre efectos redistributivos beneficiosos para la consecución de una sociedad más justa e igualitaria.

### **3.3 La corriente del derecho alternativo latinoamericano<sup>130</sup>: del papel empujador del derecho y de la apuesta por la transformación de la cultura jurídica imperante.**

Primeramente habremos de decir que, como consecuencia de la mixtura entre los postulados del antiformalismo y neomarxismo, la corriente del derecho alternativo tiene como supuesto axiológico la pretensión de construir un nuevo modelo descriptivo del quehacer jurídico, el cual tiene como demanda primera la de alterar la estructura predominante de la actualidad y a futuro, reemplazarla en su totalidad. Así entonces, en palabras de Andrade, “*El derecho alternativo pretende ser... una posibilidad de un derecho libertador, una vez suplantadas las instituciones represivas y concretada una revolución epistemológica en la ciencia jurídica, objetivando la creación de otras reglas de convivencia, con nuevos parámetros, para nuevos fines, bajo otros paradigmas, superando el derecho puesto*”<sup>131</sup>.

Se trata entonces de una corriente de carácter revolucionario-reformista que, tal y como describe Souza, pretende denunciar el agotamiento del fenómeno jurídico actual basado en el paradigma positivo-formal para generar a futuro, una sociedad ideal o utópica en la cual habrá de implementarse una nueva aproximación alternativa del uso y papel del derecho como gestor y mecanismo emancipatorio a nivel social. En palabras

---

<sup>129</sup> Souza, *op. cit.*, pág. 29

<sup>130</sup> Recordemos como existe un modelo europeo de derecho alternativo surgido en la década de los años setentas en la Italia de la posguerra, cuya recepción y reformulación da origen a la vertiente del derecho alternativo latinoamericano, fundamentalmente elaborado desde la teoría jurídica brasileña. En este sentido, las dos vertientes comparten similitudes pero también diferencias notables. Ver Souza Mañá de Lourdes, en *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*, nota al pie no. 652. En igual sentido se pronuncia Cleve al afirmar que el derecho alternativo pretende constituirse como “...un saber que, al mismo tiempo que comprenda su objeto históricamente, mantenga un compromiso ético con la búsqueda de la dignidad humana, Un saber jurídico abierto a los derechos políticamente conquistados. En verdad, un pensamiento conocedor de los instituido, pero guiado por el nuevo, para el devenir fundante e instituyente”.

de Souza, dicha reconstrucción-construcción planteada como mecanismo operativo del paradigma alternativo, se constituye a su vez en su pauta metodológica.

Para lograr la implementación del modelo propuesto, los alternativistas parten de la verificación de las crisis institucionales derivadas de las crisis de los paradigmas jurídicos imperantes en las sociedades capitalistas actuales, fracaso especialmente identificable en las sociedades de la semiperiferia mundial. Por ello, afirman, existe una clara disfuncionalidad entre el modelo positivo formal imperante y la nueva realidad social de las sociedades en las cuales operan, realidad que devela una crisis tanto a nivel del modelo tradicional de la legalidad como a nivel estructural de la propia organización liberal capitalista. En este sentido, explica Souza como dicha disfuncionalidad es estudiada desde dos posibles vertientes, a saber, la visión interna y la visión externa.

En cuanto a la primera de ellas la autora describe como el paradigma alternativo retoma desde una perspectiva histórica las raíces y postulados jurídicos que conforman el paradigma positivo formal imperante para resaltar:

- Cómo a partir de la constatación de una nueva realidad imperante en las sociedades actuales, disímil de aquella que dio origen a los principales axiomas del modelo tradicional, los mismos aparecen en la actualidad como precarios y desactualizados. En palabras de Portanova, *“La dogmática tradicional elaboró sus paradigmas centrada en un pensamiento estructural común a los siglos XVIII y XIX... la crisis entonces se da por la sustitución del capitalismo monopolista, por la necesidad de institucionalización de nuevas formas organizacionales en el ámbito del Estado liberal... el aumento el poder discrecional del ejecutivo, la tecnificación del poder político, la “publicización” del derecho privado y la “administrativización” del derecho público”*<sup>132</sup>, caracteres que resaltan la diferencia notable entre el modelo para el cual fue pensado el paradigma imperante y las condiciones propias de las sociedades actuales.

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, cita no. 658

- Como consecuencia de lo anterior, y atendiendo a los formulado por Wolkmer<sup>133</sup>, la estructura normativa del moderno derecho positivo, es a la luz de la realidad imperante, a todas luces ineficaz y no atiende de manera omnicomprendiva las actuales sociedades de masa en las cuales se dan nuevas dinámicas de producción, y que se encuentran inmersas en profundas inequidades sociales e inestabilidades que son el reflejo de una crisis de legitimidad y de producción y aplicación de la justicia.
- Finalmente y como consecuencia de la falta de eficacia y el agotamiento de los axiomas del paradigma positivo formal, el mismo, consideran, ha perdido ya su estatuto epistemológico científico, de manera que debe ser reemplazado<sup>134</sup>.

Desde una perspectiva externa, caracterizada por la correlación entre el modelo positivo formal y el sistema social y político del cual hace parte, Souza describe cómo desde una aproximación alternativista, la cultura positivista/formalista imperante en la región se encuentra en capacidad de falsear la percepción sobre la realidad imperante, ocultando ciertos datos y/o desvirtuando/invirtiéndolos otros, en función de ciertos “valores” que pretenden defender y mantener<sup>135</sup>. Así entonces, los alternativistas basan su denuncia en las siguientes viñetas analíticas, a saber:

- El modelo positivo formal imperante acepta de manera acrítica sus categorías, imposibilitando y ocultando por tanto investigaciones sobre sus orígenes históricos y los intereses que subyacen a dichas categorías.
- Al presentar una falsa idea de conocimiento objetivo e ideal, el paradigma imperante es transformado en herramienta de manipulación que enmascara la realidad, al tiempo que permite generar una falsa conciencia sobre la misma.
- Al desarrollar conceptos aparentemente explicativos como los de “igualdad ante la ley”, “autonomía de la voluntad”, etc, se encubren eficazmente los valores subyacentes a dichas construcciones discursivas, de manera que se genera una falsa imagen de neutralidad e imparcialidad del derecho como sistema de reconocimiento de garantías y herramienta de resolución de conflictos sociales.

---

<sup>133</sup> Wolkmer Carlos, *Teoría crítica...* cita n. 659 en *Ibíd*

<sup>134</sup> Ver Wolkmer Carlos, *Contribuição para la ...*

<sup>135</sup> Souza, *op. cit.*, pág. 284

- Como consecuencia de lo anterior, el ocultamiento de los elementos ideológicos de la ciencia jurídica sirve como patrón de dominación del conglomerado en su conjunto.

En adición a lo anteriormente dicho, igualmente los alternativistas describen cómo de la interrelación entre lo político y lo jurídico se generan igualmente tensiones que afectan al sistema como conjunto. Así entonces, en tanto que el sistema legal interfiere en el correcto funcionamiento del Estado, a su vez, la crisis del Estado influye negativamente en el aparato judicial.<sup>136</sup>

En suma, los factores anteriormente descritos son los componentes básicos que permiten a los alternativistas abogar por la construcción de un nuevo modelo teórico, con el ánimo de generar un movimiento en capacidad de aproximarse de manera más eficiente a las nuevas tendencias y necesidades de las sociedades actuales, pero particularmente de aquellas en las que la inequidad y la desigualdad social son especialmente visibles. En palabras de Rodrigues, el derecho alternativo entonces, no pretende ser una nueva escuela jurídica o teoría crítica del derecho, sino más bien constituirse como un “...movimiento que busca, dentro de las limitaciones de esta instancia, hacer lo posible para que se pueda hacer justicia social y construir, a mediano plazo, una nueva sociedad”<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> *Ibíd.*, nota al pie No 665, Rodrigues H.W, *Enseño jurídico...* En este sentido, el paradigma del derecho alternativo puede resumirse de la siguiente manera, a saber, “el derecho alternativo como propuesta libertaria, entreabre la posibilidad de que el derecho pueda funcionar, concretamente, como “derecho de la liberación”...Abarcando la teoría y la praxis de los juristas en general, presupone los siguientes compromisos: a. pretende provocar una nueva lectura del derecho, desmitificando su manipulación por las clases dominantes, que lo presentan como “derecho-de-todos”; en cuanto lo producen y lo aplican en la defensa de sus intereses de clase; b. para esto, rechaza la supuesta neutralidad ideológico-política del derecho (ley) y de sus agentes, demostrando que, detrás de la teoría del consenso que esta seudoneutralidad presupone, está el escalonamiento de los conflictos que materializan nuestra convivencia social; c. denuncia el carácter liberal individualista del orden jurídico vigente y su compromiso con un orden económico que privilegia el capital y tiene en el principio de la plusvalía (explotación del hombre por el hombre, concentración de riqueza, socialización de la pobreza) su soporte vital; d. demuestra que el tratamiento estrictamente dogmático (fetichismo legal) es un vicio metodológico del positivismo jurídico que impide la comprensión del hecho jurídico como fenómeno social complejo, condicionado y articulado con las estructuras y las relaciones del poder dominante de la sociedad; e. desenmascara el formalismo jurídico, que ve el derecho sólo como un instrumento de regulación de conductas sociales, la vestimenta o el exterior de las relaciones intersubjetivas; f. de la misma forma, desenmascara el positivismo-sistémico que

### 3.4 El modelo teórico del derecho alternativo: pluralismo jurídico, sujetos colectivos y necesidades básicas humanas como categorías teóricas del derecho alternativo.

Nos concentraremos en el siguiente acápite en la descripción de las principales categorías teóricas de la corriente del derecho alternativo. En primera instancia, el paradigma jurídico alternativo parte de la base de la crítica, como dijimos anteriormente, del modelo positivo formal imperante en las sociedades actuales. En aras del proceso de deconstrucción de dicho modelo, reconoce en primera instancia la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en un mismo entorno determinado, lo que significa entonces que es posible identificar multiplicidad de fuentes normativas al interior de un mismo territorio. Dicha aproximación al fenómeno del pluralismo jurídico, definido como “...la multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio sociopolítico, interactuadas por conflictos y/o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”<sup>138</sup>, se constituye en una de las categorías teóricas fundamentales del derecho alternativo en tanto opera en contra del modelo jurídico monista<sup>139</sup>.

---

concede el derecho como un microsistema cerrado, apoyado en la racionalidad formal, cuyas funciones básicas se agotarían en la reducción de la complejidad social, el mantenimiento del orden vigente y la garantía de estabilidad estructural y funcional del microsistema social; g. toma conciencia del carácter y de la función política del derecho, su interdependencia y su autonomía relativa frente a la esfera económica, negándose a refrendar el intento que se hace, a nivel de discurso, en el contexto del Estado-(liberal)- de derecho, de separar (desconectar) la legalidad de la ética social, lo económico de lo político, el Estado (sociedad política) de la sociedad civil; h. entiende que el derecho, aunque sea una construcción social condicionada por los intereses de las clases dominantes, no se constituye, estrictamente, en instrumento de dominación, pudiendo y debiendo ser operacionalizado como medio de insertar, en el orden vigente, los deseos de las clases dominadas. Ante su ambivalencia, el derecho, incluso en una sociedad autoritaria... se presta a la realización de la justicia, sea cuando resume, en el aspecto de la creación legislativa, conquistas sociales y políticas de los segmentos sociales oprimidos, sea cuando, en la esfera de la aplicación, posibilita que sus incoherencias, lagunas y contradicciones, se utilicen en beneficio de la “periferia”, et cetera”, en *Ibíd.* Nota al pie No. 665, Lima M.A, *O direito...*

<sup>138</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura*, Sao Paulo, Alfa Omega, 1997

<sup>139</sup> Ver Wolkmer, Antonio Carlos, “Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002.

Recordemos entonces cómo opera el monismo jurídico. Según Ardila Amaya<sup>140</sup> existen importantes tendencias de la sociología moderna que tienen como finalidad asignar al sistema jurídico la función de integración social. En este sentido, dicha integración se cumple mediante dos dispositivos, a saber: la orientación de los comportamientos de los integrantes de la sociedad; y la resolución de conflictos que se presentan entre los mismos. Conforme al autor, desde el surgimiento del Estado moderno esa función del derecho sólo puede hacerse a través del órgano que conocemos como Estado. A partir de la función antes comentada, y a través de un sistema jerarquizado de competencias, se ha construido una estructura normativa supuestamente impar y coherente. Las normas que, regulando la vida social, estén dentro de esa estructura se considerarán jurídicas y las que queden por fuera, no se consideran normas jurídicas. La anterior descripción corresponde con el concepto de monismo jurídico. Desde la esfera de lo alternativo entonces, la aproximación monista del derecho entró igualmente en decadencia en tanto no da cuenta eficazmente de la realidad social imperante en la actualidad de sociedades multiculturales como las locales.<sup>141</sup>

Sin embargo, y tal y como lo reseña Souza, la atribución de juridicidad a ciertas producciones normativas de la sociedad opera de manera restringida. Quienes se encuentran legitimados desde el paradigma alternativo como sujetos de juridicidad son los así llamados “sujetos colectivos”. Dichos sujetos colectivos, que en opinión de Wolkmer, se constituyen en un nuevo sujeto histórico, se caracterizan por ser “... *identidades colectivas conscientes, mas o menos autónomas, provenientes de diversos estratos sociales, con capacidad de autoorganización y autodeterminación, interconectadas por formas de vida con intereses y valores comunes, compartiendo conflictos y luchas cotidianas que expresan privaciones y necesidades de derechos, legitimándose como fuerza transformadora del poder e impulsor de una sociedad democrática, descentralizada, participativa e igualitaria*”<sup>142</sup>

<sup>140</sup> Ardila Amaya, Edgar, “Pluralismo jurídico: apuntes para el debate”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial, Colección El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002.

<sup>141</sup> Wolkmer A.C, *Pluralismo jurídico...* Así entonces, el derecho alternativo pretende ser “... *una propuesta histórico-social de un pluralismo comunitario-participativo como nuevo modelo político y jurídico de validez, caracterizado por formas alternativas de producción de juridicidad y por modalidades democráticas y emancipadoras de prácticas sociales*

<sup>142</sup> *Ibíd.*



En la definición anteriormente transcrita se determinan con claridad los determinantes conceptuales de dichos sujetos que en opinión de Souza son:

- “novedad” en oposición a los sujetos tradicionales, antiguos u oficiales del sistema
- “colectivo” en oposición a la concepción individualista del sujeto.
- “compromiso con la justicia social” en tanto dichos operadores colectivos accionan en razón de su compromiso para con las clases menos favorecidas, en una lucha social que tiene como derrotero fundamental la reivindicación de sus derechos y la lucha por la manutención de aquéllos ya reconocidos al interior del sistema.

Sin embargo, y conforme al contenido y análisis de las prácticas sociales, solamente aquellas que atiendan a las carencias y necesidades humanas fundamentales, pueden ser consideradas como aptas de juridicidad. En este sentido, no todas las prácticas sociales son susceptibles de creación normativa: aquellas que atiendan a condiciones de marginalidad social como las descritas, son aquellas que el sistema puede reconocer como creadoras del derecho. En síntesis, los grupos sociales que cumplan con los requisitos mencionados (en cuanto a la calidad de los sujetos y de sus prácticas) se encuentran legitimados como productores de juridicidad.

Sin embargo, dichos actores se interrelacionan y actúan dentro de un espacio y actúan conforme a un decálogo de comportamiento igualmente definidos por el paradigma del derecho alternativo. Así entonces, y tal y como lo pone de presente Wolkmer, el así llamado “espacio público” como espacio de interacción social, reconstituye el valor de una sociedad democrática en la cual se reproduce un espacio comunitario descentralizado y participativo<sup>143</sup>. Dicho entorno se encuentra a su vez condicionado por un nuevo decálogo de valores éticos, llamados “ética de la alteridad”, la cual es definida como “...una ética antropológica de la solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica

---

<sup>143</sup> Tal y como define Campilongo, “...se perfila una gran campo, no estatal ni mercantil, de respeto a las subjetividades, a la autonomía, de combate contra la burocracia y contra las formas de exclusión social basadas en el sexo, la raza, la edad, el consumo y la clase” en op. Cit Souza, nota al pie 692, Campilongo, *Desafíos do judiciário; um enquadramento teórico*, Direitos humanos, direitos sociais e justiça, J.E Faria, -São Paulo, Minheiros, 1994.

*pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, expropiados y excluidos”<sup>144</sup>*

### **3.5 Estrategias operativas de la corriente alternativa del derecho: entre el derecho alternativo y el uso alternativo del derecho.**

Tal y como lo reseña Souza, al parecer no existe un mecanismo operativo por excelencia del derecho alternativo<sup>145</sup>. Sin embargo, es muy importante reseñar como en su implementación, el proyecto cuenta con dos vertientes, a saber:

- Derecho alternativo propiamente dicho: conforme a dicha vertiente, se propugna por la conformación de un sistema paralelo de justicia, opuesto o diferente al del ordenamiento positivo como manifestación de los fenómenos de juridicidad distintos del derecho positivo estatal vigente. Así entonces, dentro del derecho alternativo, los límites de la legalidad imperante ceden ante la interpretación más favorable a los intereses de los menos favorecidos, siendo incluso dejada de lado en la consecución de dicha finalidad. En palabras de Junqueira, el derecho alternativo es “... representado por las organizaciones de prestación de servicios para los segmentos sociales y (...) apunta la sustitución del derecho oficial (...). Al rescatar el derecho comunitario, el derecho insurgente, el derecho de los oprimidos, el derecho en las calles..., se pretende en realidad la construcción de un nuevo orden jurídico estatal más justo, que tenga como referencia los derechos humanos y las demandas de los segmentos marginales. Jugando con las palabras, la idea sería entrar ese derecho hallado en la calle al interior del palacio (de justicia)”.

---

<sup>144</sup> Arnuda Junior, E.L, “O moderno e posmoderno no direito; reflexões sobre um neocolonialismo jurídico”, en Souza, *op. cit.* nota al pie n. 696. En palabras de Souza, “...el contenido constructivo de la ética de la alteridad está conformado tanto por los recursos teóricos procedentes de las prácticas cotidianas y de las necesidades históricas reales, como por las categorías teóricas y los procesos de conocimiento encontrados en la propia cultura teológica (teología de la liberación), filosófica (teoría crítica, filosofía de la liberación, etc) y sociopolítica latinoamericana (los proyectos de liberación que fueron y están siendo elaborados por las masas populares en sus luchas contra la dependencia y la dominación”

<sup>145</sup> Wolkmer, *Pluralismo...* Sobre el particular el autor afirma que “Entre todos los mecanismos instrumentales, ha de optarse por aquél más capaz de romper con los obstáculos del viejo paradigma y lanzar las bases para un nuevo hombre, una nueva sociedad, un nuevo comportamiento y un nuevo conocimiento”

- Uso alternativo del derecho: dentro de dicha vertiente se encuadra el uso estratégico del derecho dentro de los límites de la legalidad del sistema. Por lo tanto, no supone el génesis de un derecho paralelo con fines de reemplazar el sistema en su conjunto, sino que por el contrario *“... se realiza en la exégesis dada al derecho oficial. No decidiendo contra textos legales, sino interpretándolos de forma popular, sirviendo a los intereses de las grandes masas oprimidas (...) Además la ley injusta puede ser considerada sustancialmente inconstitucional, tomándose correcta y justa la interpretación que la niega”*<sup>146</sup>
- En cuanto a las herramientas particulares por medio de las cuales se implementa la alternatividad, aquellas dependerán de la vertiente a la cual se adhiera en la consecución de los objetivos antes definidos. Así entonces, y conforme a la vertiente del uso alternativo del derecho, en tanto pretende la lucha por la afirmación de los derechos ya reconocidos al interior del sistema, los cuales sin embargo no gozan de eficacia formal o práctica, o mediante el uso de las posibilidades normativas más progresistas ofrecidas por el mismo sistema, las herramientas de implementación siguiendo la descripción de Souza serían entonces:
  - Las convenciones colectivas de trabajo,
  - El uso de la iniciativa legislativa por parte de la sociedad,
  - El ejercicio del control social
  - La participación popular en determinados ámbitos de la administración pública
  - La legitimación para interponer acciones en diversos tipos de demandas.

Dichas herramientas, se entiende, permiten al conglomerado en su conjunto la defensa y reivindicación de sus derechos a partir de las mismas herramientas del sistema, opción que genera un tipo de juridicidad compatible o derivada del modelo oficial.

---

<sup>146</sup> Andrade *op. cit.*

En contraposición, conforme a la vertiente del derecho alternativo, se pretende la instrumentalización del derecho alternativo acudiendo como dijimos, a la paraestatalidad o herramientas o prácticas alternativas que se encuentran por fuera del derecho oficial institucionalizado. Así entonces, las herramientas que dan vía libre a la instrumentalización de la corriente del derecho alternativo serían en opinión de la autora, las siguientes:

- Mecanismos de resolución de conflictos y el uso de las instancias judiciales que puedan ser utilizadas alternativamente en la resolución de conflictos,
- Mecanismos de prácticas alternativas del derecho implantadas por las organizaciones populares o comunitarias en el ejercicio eficaz de servicios legales o de asistencia jurídica de carácter informal.
- Metodologías del uso alternativo del derecho, llevadas a cabo por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Conviene resumir las ideas presentadas hasta aquí. El derecho alternativo en su vertiente latinoamericana, se constituye como la construcción de un intrincado sistema social y jurídico que, partiendo del colapso del paradigma imperante en nuestras sociedades, propugna por la construcción de un nuevo modelo aplicable a las necesidades de las sociedades de la periferia actual reconociendo en el derecho el potencial emancipatorio de las instancias sociales menos favorecidas. En este sentido, su finalidad es evidente: la reconstitución del tejido social a partir del reconocimiento de instancias jurídico-culturales apreciables como fenómeno social independiente, las cuales tienen potencial de creación e interacción normativa.

Un sistema como el propuesto parte de la asimilación de las formas avaladas y prácticas tradicionalmente excluidas del concepto normativo de legalidad, para incluir las dentro de un sistema omnicompreensivo en capacidad de reconocer sus identidades y necesidades particulares, en aras de la construcción de un cuerpo social igualitario, democrático y participativo. En dicho proceso, los actores comunitarios, organizados y en plena conciencia dispositiva y accionada de sus intereses, generan una institucionalidad ideal que engloba de manera eficaz al fenómeno de la sociedad multicultural y segregada, para convertirla en espacio de interacción entre esferas del

poder local cuyos intereses y perspectivas son reconocidas por el sistema en su conjunto.

Para ello, ya sea a partir del uso estratégico del sistema para los fines sociales antes descritos, ya se mediante la generación de un espacio de institucionalidad alternativa o paraestatal, el derecho alternativo se nutre de la experiencia social y del reconocimiento de la inequidad para dar paso a la implementación de un derecho con potencial reivindicativo y de reconstrucción de un aparato social que tiene en cuenta la diversidad y complejidad del momento social de la sociedad periférica. En ello juega un papel fundamental la disposición ético-participativa de los operadores jurídicos, cuya aplicación de la normatividad debe propugnar por la finalidad social antes descrita.

A continuación estudiaremos como proliferó la noción de alternatividad en el entorno latinoamericano, cuál es el alcance del concepto y su relación con el paradigma del Derecho Alternativo antes descrito.

### **3.6 El concepto de alternatividad del entorno latinoamericano: contexto histórico analítico.**

Para entender a cabalidad los alcances del concepto de la alternatividad y su relación con el paradigma del derecho alternativo latinoamericano, se hace necesario entonces analizar su relación y posible encuadramiento dentro de los postulados del paradigma antes descrito conforme a la descripción del entorno socio-político dentro del que surge el concepto de alternatividad a nivel local.

En opinión de Rosario García<sup>147</sup>, y en consonancia con lo descrito hasta el momento, “*La alternatividad es un concepto surgido en la judicatura y academia italiana en los años de los 70, y hace referencia a la utilización del derecho positivo vigente para fines diferentes de la consolidación de la clase dominante que lo creó*”. Sin embargo, y tal y como lo pone de presente Roberto Bergalli<sup>148</sup>, en América Latina dicha concepción tradicional de la alternatividad no se desarrolló en la misma forma que

---

<sup>147</sup> García Rosario, “Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002

<sup>148</sup> Bergalli, Roberto, “Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho?””, *Colección el Otro Derecho* 4, ILSA, Bogotá, 1992, en *Ibid.*

en Europa. Así entonces, y tal y como lo describe el autor, a mediados de los años setentas en la región dominaban los regímenes militares, razón por la cual aparecen en aquel momento una serie de servicios legales autodenominados como alternativos, como una manera de realizar acciones, tanto a nivel social como político, que no podían ser contenidas dentro de la estructura dictatorial del momento.

Aquel es el momento histórico particular en el cual el concepto de alternativa nace en el entorno local a partir de la generación de los servicios legales antes descritos, los cuales en su momento, se concibieron “... más como un derecho alternativo que como un uso alternativo del derecho. La razón de ser es su contribución a la activa participación de las comunidades en la solución de conflictos, mediante metodologías y estrategias que promuevan su organización, la difusión del derecho y el diseño de un nuevo orden legal”<sup>149</sup>. A partir de su surgimiento, dichos servicios legales han propugnado por la implementación de mecanismos de resolución paraestatales, así como por el estudio e investigación tendiente a la crítica el modelo positivista formal imperante.

Sin embargo, el contexto histórico en el cual se desarrolló la implementación de dichos servicios legales alternativos dio un cambio radical con el desarrollo de los conflictos armados en Centroamérica de los años ochentas y el retorno a los regímenes democráticos de la mayoría de los países latinoamericanos<sup>150</sup>. A su vez y a nivel

---

<sup>149</sup> García, *op. cit.*, pág. 152.

<sup>150</sup> Para el caso colombiano en particular, ver Herrera Mercado, Hernando, *El estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia*, Organización de Estados Americanos OEA, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Oficina de Derecho y Programas Interamericanos, en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti6.htm>, Vale la pena decir que en nuestro país se identificaron fundamentalmente dos razones por las cuales se empezó a hablar de la necesidad de adoptar nuevas herramientas que permitieran un efectivo acceso a la justicia. La respuesta violenta al conflicto y el fenómeno de la judicialización fueron las dos principales razones por las cuales, en la década de los 90 se comenzó en Colombia a hablar acerca de la necesidad de instaurar nuevos mecanismos de resolución de conflictos que aliviaran la tensa situación del acceso a la justicia en nuestro país. En respuesta a dichos fenómenos, en nuestro país la falta de acceso a la justicia “...obligó en su oportunidad a repensar y ampliar el espectro de resolución de conflictos, modificando el entorno legal tradicional e introduciendo nuevas instituciones jurídicas que tendieran a superar los problemas de acceso al sistema de justicia y a descongestionar los despachos judiciales”<sup>150</sup> Así entonces y con el ánimo de ampliar significativamente el espectro de herramientas tanto orgánicas como funcionales del sistema de justicia local ante la manifiesta insuficiencia de las herramientas formales ya existentes, se promulgo la ley 23 de 1991 la cual autorizo a los particulares para solucionar sus diferencias dotándolos transitoriamente de la función de administrar justicia. En

económico, tal y como lo mencionamos en la primera parte del presente estudio, el modelo económico latinoamericano dio paso a la apertura económica que tuvo como consecuencia la transformación a nivel constitucional e institucional de los sistemas locales, las cuales sin embargo, no han significado cambios sustanciales a nivel social<sup>151</sup>.

Así entonces, el origen de lo que hoy conocemos como mecanismos alternativos de resolución de conflictos tiene como presupuestos dos causas de carácter coyuntural. En primera instancia, el Estado y sus estrategias de informatización, descentralización y desburocratización de la justicia: En opinión de Faria<sup>152</sup>, en tanto la interacción entre la concepción formalista, legalista del derecho a nivel latinoamericano convive a su vez con concepciones alternativas de un Estado justo, legítimo y pluralista, el mismo ha adoptado como discurso inclusivo de las particularidades de todos los actores sociales y la diversidad de los conflictos en las sociedades de la región, estrategias de informatización, descentralización y desburocratización del fenómeno de la justicia. Lo anterior sin embargo, no solamente con un ánimo de reconocer, en opinión del autor, al diversidad del “derecho hallado en las calles”, sino también con la voluntad de “aprisionarlo” dentro de los límites de la legalidad formal del sistema imperante.

A su vez, la incorporación de dichas estrategias como parte de los proyectos de reforma judicial a nivel latinoamericano: en consonancia con el capítulo segundo del presente estudio, la inclusión de dichas estrategias a los proyectos de reforma judicial comprometen también la introducción de los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Tal y como lo pone de presente García, “*Son ambas causas, la utilización por parte del Estado de postulados de desformalización, pluralismo y participación defendidos desde tiempo atrás por los servicios legales populares, y la incorporación*

---

aquel preciso momento se les llamo a aquellos mecanismos “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” porque brindaban la posibilidad de llegar a soluciones viables dentro del marco de la institucionalidad, pero sin necesidad de acudir a la jurisdicción tradicional. A partir de ese momento histórico, en nuestro país se ha debatido acerca de su necesidad, se han promulgado multiplicidad de normas sobre el tema y se ha afianzado la implementación de dichos mecanismos.

<sup>151</sup> Ver Faria, Luis Eduardo, “El poder judicial frente a los conflictos colectivos”, *Colección El Otro Derecho* 5, ILSA, 1990

<sup>152</sup> *Ibíd.*

*de éstos a los procesos de reforma, las que han originado que hoy se hable de mecanismos alternativos de resolución de conflictos”*<sup>153</sup>

En este sentido se devela como, desde la introducción y aproximación técnica al problema de la justicia a partir de la reformulación de las demandas pluralistas y de reivindicación de los sectores marginados de las sociedades locales a través del discurso de la desinformación, participación y pluralismo estatal, el sentido y alcance del concepto de la alternatividad en entornos de globalización y neoliberalismo económico, poco o nada tiene que ver con los postulados del paradigma del derecho alternativo descrito anteriormente<sup>154</sup>.

Así entonces, recordemos como dentro del contexto histórico particular de los años ochentas y particularmente de los noventas, se empezaron a gestar e implementar los procesos de reforma judicial en la generalidad de los países de la región. Ante la aparición de los nuevos operadores económicos del mundo globalizado, las demandas tanto del sector social como de la nueva dinámica económica demandaron la implementación de los mencionados procesos de reforma al sistema jurídico en consonancia con lo expuesto en la primera parte del presente estudio.

Así entonces, Germán Palacio<sup>155</sup> atribuye la amplia implementación y el significado político en la actualidad de nuestras naciones de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a los siguientes factores, a saber:

- Los procesos de globalización
- La crisis de la justicia oficial y del Estado de derecho liberal
- La dificultad para construir una autonomía entre lo jurídico y lo político
- Los intentos de movilizar el derecho por ciertos agentes y colocarlos a su favor
- La crisis y el surgimiento de nuevos modelos jurídicos conceptuales<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, pág. 154

<sup>154</sup> Sobre el particular volveremos más adelante extensamente. Bástenos por decir por ahora, que el concepto de alternatividad, que en algún momento como hemos descrito, se asemejó a la teoría del derecho alternativo, en la actualidad aparece como manifestación de la aproximación técnica propia de la adecuación del sistema jurídico imperante a las necesidades del mundo globalizado y neoliberal.

<sup>155</sup> Palacio Germán, “Resolución alternativa de conflictos: ¿la nueva cara de la política judicial?”, en *Conflicto y contexto*, Instituto Ser de Investigaciones, Bogotá, 1996.



Como podemos observar, las razones antes aducidas se corresponden íntegramente al diagnóstico elaborado en la primera parte del presente trabajo sobre la dimensión técnica del concepto de crisis y sus consecuentes reformas como espacio propicio para la implementación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Tal y como lo pone de presente Ligia Bolívar, “...*La ausencia de estudios de contexto tiene consecuencias significativas en lo que se refiere a la ruta escogida para impulsar procesos de reforma, ya que las nuevas motivaciones iniciales para emprenderla podían estar siendo fundadas más en factores exógenos que en un interno genuino para alcanzar una justicia independiente, oportuna, equitativa, transparente y democrática, tal como lo reclama la población*”<sup>157</sup>. En este sentido, aparece clara la disociación del modelo del paradigma alternativo frente a la implementación de las reformas judiciales en el entorno local, develando así el alcance técnico-instrumental del concepto de alternatividad imperante en el contexto latinoamericano.

A continuación nos concentraremos en un análisis de los alcances del concepto de la alternatividad local, habiendo ya develado su interrelación con el paradigma del derecho alternativo.

### **3.7 El concepto de la alternatividad desde su vertiente lingüística: las posibles acepciones del vocablo alternatividad.**

Habiendo ya develado el contexto histórico dentro del cual se genera la noción de alternatividad en Latinoamérica y partiendo del análisis de su relación y diagnóstico a la luz del contexto globalizado neoliberal actual, habremos entonces de intentar develar con exactitud qué se corresponde con una visión alternativa en la actualidad. Para ello hemos decidido abordar en primera medida un estudio lingüístico del concepto de alternatividad para posteriormente, concentrarnos en la delimitación del campo de estudio del concepto en cuestión.

En relación con la definición del vocablo, “En actividades de cualquier género, especialmente culturales...” lo *alternativo* es aquello “...que se contrapone a los modelos

---

<sup>156</sup> García, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>157</sup> Bolívar Osuna Ligia, “*La reforma del sistema judicial en Venezuela*” Revista Nueva Sociedad, Caracas, 1999, en *Ibíd.*

oficiales comúnmente aceptados”<sup>158</sup>. Conforme a la definición anteriormente planteada, el concepto de alternatividad supone el desarrollo de una misma actividad de manera diferente, ya sea contraria o simplemente disímil, alejándose de formas preconcebidas para dar paso a maneras “diferentes” de llevar a cabo cierto tipo de actividades.

La definición anteriormente transcrita, por simple que parezca, resulta de mucha utilidad para analizar el concepto de alternatividad aplicado al entorno judicial, por cuanto pone de relieve su acepción *valorativa*, que es precisamente la que nos interesa develar en relación con los mecanismos de adjudicación de justicia. El sentido valorativo que detenta el vocablo alternatividad es precisamente aquel que define, dentro de un espectro más o menos amplio de herramientas de adjudicación de justicia, la diferencia que revisten aquellos mecanismos que han desarrollado maneras diferentes de aproximarse a los asuntos objeto de conflicto y que se constituyen en lo particular, en objeto de la actividad judicial.

Así entonces, los mecanismos *alternativos* de resolución de conflictos se conciben a sí mismos como otra manera de implementar justicia a través de nuevos procedimientos que escapan a la ortodoxia de las formas tradicionales. Suponen una serie de ventajas que exploran la voluntariedad de las partes dentro de procedimientos sencillos pero aparentemente muy eficaces, y por lo tanto más expeditos, atendiendo a los intereses de las partes y procurando la celebración de un acuerdo con valor agregado y más duradero en el tiempo<sup>159</sup>.

Sin embargo, resulta pertinente identificar, cuáles son los elementos innovadores o disímiles que pueden identificarse dentro de dichos mecanismos. Son estas las acepciones del concepto de alternatividad que a continuación me propongo estudiar, pretendiendo identificar puntualmente cuáles de ellas son aplicables al concepto introducido a nivel local, y cuáles no lo son. Igualmente, surgen atenuantes conceptuales de la alternatividad que se plasman en preguntas como las que a continuación formulo y de las que me ocupo en los siguientes apartes del documento:

---

<sup>158</sup> Diccionario Real Academia Española

<sup>159</sup> Mnookin, R. H., “Alternative Dispute Resolution”, *Center for Law, Economics, and Business, Harvard Law School, Discussion Paper No. 232*, 1998.

- ¿Cuáles son las posibles acepciones del concepto alternatividad a la luz de las implicaciones en la administración de justicia?
- ¿De las acepciones identificadas, puede concluirse que el concepto alternatividad efectivamente constituye una línea divisoria clara entre los mecanismos jurisdiccionales de adjudicación de justicia y los demás mecanismos que se autodenominan como *alternativos*?

Como hemos expresado a lo largo del presente estudio, uno de los principales argumentos que han servido de justificación a la implementación de los MASC se ha concentrado en la rigidez que usualmente acompaña a los procedimientos implementados en las formas de adjudicación de justicia tradicionales, en tanto que dicha rigidez obstaculiza un flujo ideal de justicia eficiente<sup>160</sup>.

La alternatividad en este sentido, puede entenderse respecto de la manera en la cual nos aproximamos al fenómeno de la adjudicación de justicia desde un enfoque diverso, desde el cual se exploran formas más sencillas para acceder a la resolución de un conflicto. Bien es sabido que una de las principales características de los sistemas de procedimientos jurídicos locales ha sido la vehemencia con la cual se han mantenido multiplicidad de especificidades técnicas – procesales - que han convertido al proceso judicial en una maraña compleja de actuaciones que efectivamente dilatan la resolución del conflicto bajo el argumento según el cual las formas del proceso aseguran el eficaz ejercicio de los derechos y constriñen al adjudicador al imperio de la ley<sup>161</sup>.

Sin embargo, este argumento aparece en la actualidad como dicotómico en tanto que aquel procedimiento que asegura el ejercicio de los derechos de las personas, terminó por mellar su eficaz consecución al traer dilación innecesaria, excesiva tramitología y complejidad a un sistema sobrecargado. Es comprensible, por lo tanto,

---

<sup>160</sup> Ver Jarquín Eduardo, Carrilo Fernando Editors, *Justice Delayed Judicial Reform in Latin América*, Inter-American Development Bank, 1998.

<sup>161</sup> Herbon, Leonard; Herbe de, y Feldstein de Cárdenas, *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998 Por ejemplo, en entornos como el argentino la doctrina se ha manifestado sobre la realidad de represamiento procesal de la siguiente manera: “*De hecho, hoy encontramos una justicia en crisis, saturada de expedientes, con normas procesales que originan desgaste a los abogados, funcionarios y partes, cara lenta. Todo ello lleva a que en ocasiones, los que tienen problemas litigiosos no puedan acudir a la justicia u opten por no hacerlo. En ambos casos el resultado es la insatisfacción de los usuarios ante la insuficiencia el sistema judicial del Estado*”.

que las nuevas formas de resolución de conflictos se hayan presentado como una alternativa viable ante las engorrosas formas procesales propias de los sistemas tradicionales de justicia.

En conclusión, en sentido procesal el concepto de alternatividad se refiere a la búsqueda de nuevos procedimientos frente a aquellos desarrollados por la jurisdicción ordinaria, mediante la inclusión de mecanismos tales como la mediación, la conciliación, o incluso el mismo arbitramento. Son estas formas que resultan “alternativas” al procedimiento tradicional, en relación con el procedimiento formal, en tanto que introducen nociones novedosas al proceso de resolución de conflictos, las cuales se basan en una escala de valores diferente que da prevalencia a la solución ágil del conflicto y a la consecución de acuerdos integrativos, frente al interés desmedido por la forma procesal.

Sin embargo, tal y como lo recuerda la doctrina, “*estas estrategias son actualmente comunes en cualquier instancia de tramitación de conflictos, incluso más allá de los juzgados y tribunales*”<sup>162</sup>. Lo anterior significa que las mismas herramientas que se implementaron como alternativa a los mecanismos tradicionales de adjudicación de justicia, en igual medida han sido adoptadas por la misma jurisdicción en un afán por dar solución a la situación difícil que se presentaba en relación con el aparato de justicia.

Así entonces, aparecen dentro de la legislación, instrumentos tales como el Art. 101 del Código de Procedimiento Civil, el cual supone la etapa de la conciliación previa como un mecanismo anterior a la consecución propia del proceso como tal, en un afán por explorar la posibilidad de solucionar la eventualidad antes de que la misma llegue al estrado judicial propiamente dicho.

Igualmente puede hablarse de alternatividad confrontando el fin que se persigue, en cuyo caso, podríamos hablar de que, mientras la jurisdicción ordinaria se encuentra “...atrapada por la lógica de la adjudicación ( se espera del juez que adjudique derechos y obligaciones), el imperio de la ley y la seguridad jurídica”<sup>163</sup> los operadores

---

<sup>162</sup> Borrero García, Camilo, y GTZ Colombia, *Justicia Alternativa- Estudio de Casos*, Centro de Investigación y Educación Popular, Bogotá, 2003.

<sup>163</sup> *Ibíd.*

de justicia informal estarían más preocupados por restituir “ *la convivencia, generar ganancias mutuas en la solución de conflictos o garantizar la equidad*”<sup>164</sup>. Sin embargo, es claro que lo que cambia no necesariamente es el objeto que tienen ciertas instituciones, sino la manera en la cual se concibe el acercamiento a las personas; pudiera interpretarse que, de una parte, los mecanismos alternativos dan prevalencia a ciertas aproximaciones al conflicto que resultan novedosas frente a la manera en la cual la jurisdicción tradicional lo ha hecho, y que históricamente la jurisdicción tradicional ha dado prevalencia a las formas procesales y ha confiado a su protección y estricto seguimiento, el ejercicio mismo de la adjudicación de la justicia.

Sin embargo, pareciera tratarse de una contradicción ficta, al menos parcialmente. Dentro de la racionalidad de los sistemas tradicionales de adjudicación de justicia, es también posible reconocer la integración y afán por la resolución eficaz y expedita de los conflictos, como lo denota la inclusión de los mecanismos antes mencionados a la práctica procesal tradicional, o las constantes reformas que se han implementado a los procedimientos propios de los procesos judiciales “comunes”. Por lo tanto, debe entenderse que en términos lógicos, ambos objetivos se complementan mutuamente y que aparecen en mayor o menor medida cumplidos a partir de la implementación más o menos intensa, de las herramientas de resolución de conflictos objeto de la discusión.

Una tercera alternativa la constituye la relación entre informalidad e institucionalidad. Mientras que podría afirmarse que la justicia ordinaria se encuentra altamente institucionalizada, los mecanismos alternativos tienden hacia la informalidad de procedimientos y solamente de manera excepcional, revisten algún tipo de formalidad, generalmente impuesta por vía de requisitos de procedimiento impuestos por vía de la legislación. Sin embargo, es claro igualmente que existen figuras alternativas altamente regladas, como el arbitramento, y otras en las cuales se hace necesaria mayor intervención y regulación, como en el caso particular de la Conciliación en Equidad.

Resulta particularmente interesante esta posible acepción de alternatividad en tanto que de manera especial aplica a la figura del arbitraje. Como veremos en los capítulos siguientes, la implementación de sistemas de adjudicación de justicia en

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*

cabeza de los particulares ha devenido en una formalización y restricción de dichos sistemas, caso en el cual, se han convertido en sistemas paralelos de administración de justicia, que aun cuando no institucionales, si revisten las formalidades de ley. Y no es de poca monta tenerlo en cuenta, por cuanto este es precisamente uno de los temas neurálgicos en cuanto al análisis de la participación del arbitraje dentro de la dinámica judicial al interior de nuestro país.

Una última posibilidad es aquella que se corresponde con la diferenciación entre Estado y Sociedad Civil; el primero como creador y administrador de la justicia ordinaria y la segunda como promotora de la alternativa. Sin embargo, es claro que dicha diferenciación colapsa cuando aceptamos nociones como la *“colaboración, construcción común o intercambio, especialmente en el terreno de la creación y mantenimiento de políticas públicas”*, en lo que se refiere a la relación entre éstas dos instituciones.

Como hemos visto anteriormente, la preocupación por la justicia no atañe de manera exclusiva al Estado: los particulares tienen un especial interés por desarrollar mecanismos de adjudicación de justicia que maximicen el intercambio económico eficaz y aseguren el goce y ejercicio de sus derechos. Por lo tanto, esta acepción parece poco acertada, al menos en cuanto a la finalidad de diferenciar de manera definitiva una y otra.

En primera instancia, deberemos reconocer que las acepciones de alternatividad, en concordancia con la definición que hemos decidido acoger en el presente estudio, denotan una tenue diferenciación entre los que podría llamarse “alternativo” y lo que no. Para ello, debemos recordar que el concepto alternatividad es de carácter referencial, y que solamente en el momento en el cual hemos identificado plenamente frente a que tipo de objeto vamos a confrontar la “novedad”, es posible determinar con mayor o menor claridad, la diferencia notada. Y dicha relación puede ser, en mayor o menor medida, identificada como problemática si se reconoce la limitación que implica la extensividad del concepto objeto de referencia, en este caso, el concepto de justicia.

Es precisamente la complejidad del argumento de la alternatividad la que no puede ser pasada por alto, sobretodo si se observa con detenimiento que, si bien hemos descrito tangencialmente algunas de las características más importantes de los

autodenominados mecanismos “alternativos”, las mismas parecen acercarse más a un plan de acción, a “... *una tendencia, una vocación, un derrotero*”<sup>165</sup>, antes que a una realidad plausible.

### **3.8 El concepto de alternatividad desde su vertiente instrumental: análisis del alcance de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en tanto alternativos.**

A continuación estudiaremos el concepto de alternatividad a partir de la delimitación de los mecanismos que la implementan, a saber, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Partiendo de la base que no existe una definición clara sobre qué es exactamente el conjunto de dichos mecanismos, los mismos podrían ser inicialmente definidos como aquella “... *serie de prácticas y técnicas destinadas a permitir la resolución de disputas legales por fuera de los estrados judiciales*”<sup>166</sup>. Sin embargo, dicha aproximación merece en primera instancia la siguiente salvedad: se refiere solamente a aquellas disputas que encuentran en el Estado un canal de resolución. En este sentido, existen otras formas tradicionales<sup>167</sup> de adjudicación de justicia que no se encuentran comprendidas en la definición anteriormente planteada. Como lo pone de presente Hoekema<sup>168</sup>, dichas formas de aproximación a la resolución de conflictos merecen un estudio mayor en tanto las mismas forman parte “... *de las reglas de conducta y control social que se pueden encontrar en la historia de las sociedades, y que no tienen ni su origen ni su legitimidad en una organización especializada como es el Estado*”. Así entonces, al interior de cualquier sociedad existen formas de adjudicación de justicia que se encuentran íntimamente ligadas a su naturaleza misma como expresión más básica de las conductas de los actores sociales que la componen. Dichas estructuras de adjudicación de justicia o formas de resolución de conflictos se encuentran, en opinión

---

<sup>165</sup> *Ibíd.*

<sup>166</sup> Mnookin, *op. cit.*

<sup>167</sup> Sin embargo, y vale la pena destacarlo, la descripción de dichas formas de adjudicación como tradicionales no aluden a las formas de adjudicación de justicia propias de comunidades con *ethos* diferenciables, a saber, indígenas y negritudes.

<sup>168</sup> Hoekema, André, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, en Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial, Colección El Otro Derecho, Revista 26-27, ILSA, Bogotá, 2002

de Ardila Amaya<sup>169</sup>, “... de forma más intensa en sociedades precapitalistas, en las primeras fases del desarrollo capitalista o en pequeñas comunidades, en las que el conflicto no estaba judicializado y su solución se efectuaba a través de instituciones sociales”.

Por lo tanto, y tal y como lo manifiesta García, estas formas de justicia tradicional no pueden entenderse en sentido estricto como mecanismos alternativos de resolución de conflictos en tanto los mismos no hacen parte del sistema institucional de adjudicación de justicia estatal.

A su vez, y haciendo referencia ahora sí a los instrumentos de adjudicación de justicia propios de comunidades étnicas particulares, aquellos sistemas encuentran su estudio y reivindicación, como lo hemos visto, a través de los postulados del pluralismo jurídico, cuyo reconocimiento en la región ha sido más o menos exitoso<sup>170</sup>. Sin embargo, y en opinión de García<sup>171</sup>, “... tampoco deberíamos integrarlos dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Tienen un origen histórico específico, nacidos en el seno de la propia comunidad en la que se aplican. La manera específica de impartir justicia es una manifestación más de una concreta organización social y de una manera de entender el mundo, de su propia cosmogonía”.

Un tercer grupo de justicias particulares o particulares a ciertas estructuras sociales lo constituyen los arbitrajes derivados de negocios jurídicos, los cuales son producto de la interacción fundamentalmente económica de los actores de la sociedad, quienes ante la demora de los sistemas tradicionales de justicia, y en tanto sus disputas revisten un carácter eminentemente específico-técnico, han desarrollado un sistema de resolución de disputas que atiende a la racionalidad y principios de la economía. Sin embargo, y siguiendo a García en su planteamiento, “Este tipo de mecanismos, que se encuentran ampliamente consagrados en todas las legislaciones nacionales de los

---

<sup>169</sup> Ardila Amaya, Edgar, *Justicia Comunitaria. Participación en la construcción de la paz*, en García, *op. cit.*

<sup>170</sup> Ver Valencia, María del Pilar, “Justicia embera, identidad y cambio cultural”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá, 2002; Hoekema André. 2002. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA: Bogotá; Ardila, “Pluralismo jurídico...”

<sup>171</sup> García, *op. cit.*, pág. 157.



*países de la región, también quedarán por fuera de nuestra categoría de mecanismos alternativos por entender que, si bien se encuentran totalmente generalizados, responden a razones derivadas de la economía globalizada y no tienen como finalidad resolver conflictos sociales”<sup>172</sup>.*

Así entonces, subyace la siguiente pregunta: ¿cuales serian entonces los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y en particular, cual es el alcance del concepto de alternatividad instrumental que develan?. En opinión de García, el concepto de alternatividad debe entonces enmarcarse dentro de la siguiente perspectiva: la consecución de formas alternativas a la justicia ordinaria, las cuales sin embargo surgen como mecanismos tendientes a la resolución de conflictos a nivel social.

### **3.9 Conclusiones**

Con el presente capítulo hemos pretendido introducir al lector a la complejidad del concepto de alternatividad. Dicha complejidad se manifiesta, por ejemplo, en su elaboración teórico-política-jurídica, como en el caso del DALUSAD o en la complejidad misma del lenguaje que supone variadas interpretaciones del concepto. Así entonces, el concepto de alternatividad en el entorno latinoamericano de la globalización y el modelo económico neoliberal puede ser definido desde las siguientes categorías. En cuanto a su alcance, como vimos es eminentemente técnico, como resultado de la implementación de reformas a nivel judicial que atienden a un concepto de crisis de dicho carácter. Por ello no se corresponden con el trasfondo teórico planteado desde la corriente del derecho alternativo.

En este sentido resaltamos que desde la concepción del DALUSAD, el derecho tiene una clara tendencia emancipatoria, y bajo dicho supuesto, es herramienta de construcción de una sociedad mas igualitaria y con sentido social. Sin embargo, conforme a la definición del concepto que hemos elaborado, a pesar de que como dijimos anteriormente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son aplicados a la resolución de conflictos a nivel social, el enfoque adoptado para su resolución no tiene capacidad emancipatoria en tanto el mecanismo tiene serias restricciones en cuanto a la relevancia de los conflictos que pueden ser sometidos bajo

---

<sup>172</sup> *Ibíd.*

su examen. Adicionalmente es claro que en tanto que no pueden resolver los conflictos que se generan entre las clases sociales, se encuentran solamente destinados a la resolución de aquellos conflictos que se generan al interior de cada piso social determinado. Recordemos entonces como los MASC, al tener que resolver los problemas derivados de las desigualdades sociales de las sociedades en las cuales nacen, adolecen en sí mismos de la limitación que les da su origen<sup>173</sup>.

De ahí que el resultado sea la generación de un sistema de justicia de clases. Podríamos caracterizar el panorama de adjudicación de justicia colombiano de la siguiente manera: existe una justicia de primer nivel que por sus costos y características atiende de manera exclusiva la resolución de conflictos de los grandes conglomerados y actores económicos (arbitraje). En segunda instancia podríamos ubicar tentativamente a la justicia ordinaria. Y en tercer lugar, ubicaríamos a los mecanismos alternativos de tercera clase, fundamentalmente las casas de justicia y mecanismos como la mediación o la conciliación extrajudiciales.

El sistema entonces, y tal y como lo reconoce la doctrina, reproduce las desigualdades sociales existentes en la medida en que genera espacios de resolución de conflictos que atienden igualmente a la segregación social imperante en la sociedad. En este sentido *“Una excesiva descentralización puede ocasionar que en sociedades fragmentadas o en procesos no concluidos de construcción nacional como en el caso colombiano se constituyan en un factor de disolución de lo público, de lo colectivo”*<sup>174</sup>. En relación con su contenido, el mismo es de carácter dual: por una parte hacen parte de un esquema de la institucionalidad destinado a la resolución de conflictos a nivel social, y por otra se entienden alternativos en el sentido procesal antes estudiado, como formas de adjudicación de justicia ajenas al aparato de adjudicación de justicia institucional.

---

<sup>173</sup> Párasa, Luis, *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, en Jarquin, *op. cit.*

<sup>174</sup> *Ibíd.*

**TERCERA PARTE**

**BREVE COMENTARIO A MANERA DE EPÍLOGO**

Hemos recorrido hasta el momento un camino más o menos complejo en nuestro afán por estudiar el fenómeno de la alternatividad en el entorno latinoamericano y especialmente, en el entorno colombiano. Así entonces, hemos estudiado el trasfondo, dinámicas y programas que componen el abanico de las reformas a los sistemas de justicia en la región. A su vez, hemos estudiado el alcance y particularidades de los entornos de crisis dentro de los cuales se encuentran enmarcados los proyectos reformistas del sistema jurídico. Finalmente, y en un ejercicio comparativo, hemos develado la relación entre la corriente del derecho alternativo y el concepto de alternatividad en el entorno local para intentar dotar de contenido al concepto alternatividad.

Como hemos visto anteriormente hemos procurado elaborar y analizar de la mejor manera posible el fenómeno jurídico que denominamos como alternativo, el cual podemos afirmar, aparece como consecuencia del hibridismo particular de la creación normativa local. El fenómeno de la alternatividad colombiano aparece asociado a entornos de crisis de la administración del sistema de justicia, crisis que aboga por el reconocimiento e implementación de nuevos mecanismos no jurisdiccionales tendientes a la resolución de conflictos. Son estos los instrumentos que se consideran alternativos, es decir, no jurisdiccionales y que en principio, sirven a los intereses de la comunidad en relación con sus demandas de administración de justicia.

Sin embargo, existen varias consideraciones adicionales sobre el tema. El primer lugar es necesario reconocer cómo la implementación de reformas institucionales en América Latina es parte de un intrincado proceso político que hemos descrito más o menos claramente. Este proceso, iniciado durante los años sesenta y que tuvo particular alcance desde los años noventa ha involucrado la injerencia de múltiples actores, quienes han determinado las directrices de la aplicación de dichos proyectos en la región. Su aplicación tiene un impacto directo en las instituciones jurídicas y políticas de la actualidad, en tanto el diseño y aproximación institucional a las formas de resolución de conflictos ha cambiado significativamente en un periodo de tiempo más o menos corto. Por ello elaborar un diagnóstico que permita analizar las consecuencias de la aplicación de estos nuevos mecanismos de adjudicación de justicia es aún prematuro,

sobretudo si recordamos como algunos de dichos instrumentos se encuentran incluso pendientes de regulación legal, como el caso de la jurisdicción indígena en Colombia.

En segundo lugar, queremos resaltar que el esfuerzo por parte de la institucionalidad para adaptarse a las nuevas condiciones de las dinámicas globalizadas es visible en cuanto a las transformaciones al sistema de adjudicación de justicia que hemos estudiado. Sin embargo, el proceso mismo de implementación, desarrollo y puesta en marcha de dichos mecanismos aparece más como un ejercicio de trasplante de instituciones jurídicas foráneas, que como el resultado de un esfuerzo y estudio local particular tendiente a la transformación del sistema judicial en virtud de las necesidades particulares del conglomerado. Aun cuando no es de antaño dicha preocupación en la academia jurídica, si es pertinente volver sobre este punto en tanto que dicho fenómeno, como hemos pretendido manifestar, es particularmente notorio en la administración de justicia de nuestro país.

Los efectos reales de la implementación de dichas herramientas como resultado de la imposición política hegemónica de las sociedades del Primer Mundo, en particular de los Estados Unidos, como dijimos anteriormente, aun se encuentran pendientes de verificación empírica suficiente. Sin embargo, si es posible afirmar con cierto grado de certeza que en razón de la tendencia globalizada, el derecho en su vertiente instrumental tiene en las reformas judiciales del entorno latinoamericano, y muy especialmente en el caso colombiano, un ejemplo de la política hegemónica.

Aquel concepto de alternatividad que supone un papel del derecho en relación con su dimensión social, democrática y participativa, no es compatible con la noción técnico-instrumental de los mecanismos de adjudicación de justicia que se autodenominan alternativos. Cuán deseable sería entonces, que ésta fuera la acepción o el alcance de dicha alternatividad, sobre todo si se tienen en cuenta las condiciones particulares de desagregación e inequidad sociales propias de nuestra sociedad. Sin embargo, como lo hemos puesto de presente, aquella alternatividad supuestamente social, no aparece sino como la alternatividad del sistema para el sistema, y no del sistema en función del ciudadano común. Por lo tanto, el derecho aparece hoy más que nunca, en función de la institucionalidad puesta y su papel dentro de la dinámica del

cambio social aparece seriamente comprometida en razón de su politización y papel instrumental antes denunciados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Althusser, L. 1970. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Buenos Aires: Nueva Visión.
- Álvarez, Gladys Stella. 1995. "Alternative Dispute Resolution Mechanisms: Lessons of the Argentine Experience", en Malcom Rowat, Waleed H. Malik y Maria Dakolias, (eds.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, DC: The World Bank
- Ardila, Amaya Edgar. 2002. "Pluralismo jurídico, apuntes para el debate", en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial, Colección El Otro Derecho* 26-27, Bogotá: ILSA.
- \_\_\_\_\_. 2002. "Justicia Comunitaria. Participación en la construcción de la paz", en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial, Colección El Otro Derecho* 26-27, Bogotá: ILSA.
- Arenas, Luís Carlos, y Gabriel Ignacio Gómez. 2000. "En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela", en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, Publicaciones ILSA.
- Arruda Junior, E.L, "O moderno e posmoderno no direito; reflexoes sobre um neocolonialismo jurisdicista", en Souza, Maria de Lourdes, *"El uso alternativo del derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil"*, Colección Teoría y Justicia, Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Editorial Unibiblos.
- Benetti Salgar, Julio. 2001. *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A.
- Bergalli, Roberto. 1992. "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión "uso alternativo del derecho?"", *Colección el Otro Derecho* 4, Bogotá: ILSA.

- Betegón, Jerónimo, *et al.* 1997. *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid: McGraw Hill.
- Blair, Harry, y Gary Hansen. 1994. “Weighing in on the Scales of Justice”, *Usaid Program and Operations Assesment Report* N. 7.
- Bolívar Osuna, Ligia. 1999. “La reforma del sistema judicial en Venezuela”, *Revista Nueva Sociedad*, Caracas.
- Borrero García, Camilo, y GTZ Colombia. 2003. *Justicia alternativa- Estudio de casos*, Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular.
- Buscaglia, Edgardo, Maria Dakolias y William Ratliff. 1995. *Judicial Reform in Latin America: A Framework for National Development*. Stanford: Universidad de Stanford.
- Campilongo. 1994. “Desafíos do judiciario; um enquadramento teórico”, en Faria, Jose E., *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Sao Paulo: Minheiros.
- Cao, Lan. 1992. “Law and Economic Development: A New Beginning?”, *Texas International Law Journal* 32 (3): 545–59.
- Carvajal Jorge. 1999. *Los préstamos de la banca multilateral para la reforma a la justicia en América Latina y el Caribe*, Bogotá, ILSA.
- Carvalho Pacheco Cristina. 2000. “Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina”, en *Nuevos numos de la administración de justicia*, Colección *El Otro Derecho* 25, ILSA, Bogotá.
- Chibundu, Maxwell O. 1997. “Law in Development: On Tapping, Gourding and Servin gPalm-Wine”, *Case Western Reserve Journal of International Law*.
- Dakolias Maria. 1996. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*, Washington: The World Bank.
- Defensoría del Pueblo, República de Colombia - Gustavo Adolfo Robayo Castillo. 2003. *Mecanismos de resolución de conflictos*, Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Dezalay Yves, y Bryant Garth. 2002. *La internacionalización de las luchas por el poder*, Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.



- Faria, José Eduardo. 2000. "Law and Economics at the Crossroads of Two Eras", *Revista Mas Allá del Derecho ( Beyond Law) 7 (22)*, ILSA.
- \_\_\_\_\_ 1990. "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", *Colección El Otro Derecho 5*, Bogotá: ILSA.
- FES-AID. 1996. "Programa para la modernización de la justicia", *PMAJ, Informe final 1992-1995*, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ 1992. "1986-1991- Informe de actividades al 31 de diciembre de 1991", Bogotá: Fundación para la Educación Superior (FES).
- Fonseca, M. d. S. R. 2002. "*La conciliación extrajudicial - Derecho de familia*". Bogotá: Aguilar Impresores.
- García, Rosario. 2002. "Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina", en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial, Colección El Otro Derecho 26-27*, ILSA: Bogotá.
- García Villegas Mauricio. 2002. "Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina", en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial, Colección El Otro Derecho 26-27*, ILSA: Bogotá.
- Gardner, James A. 1982. *Legal Imperialism*, Madison: University of Wisconsin Press.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. 2002. *Nuevo régimen de arbitraje: manual práctico*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.
- Giraldo, Jaime, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo. 1987. *Reforma a la justicia en Colombia*, Bogotá: Instituto SER de Investigaciones.
- Gramsci, Antonio. 1972. *Introducción a la filosofía de la praxis*, Barcelona: Península.
- Gutiérrez Francisco. 1998. *La ciudad representada; política y conflicto en Bogotá*, Bogotá: Iepri, Tercer Mundo.
- Hammergren, Linn A. "Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where are We and Why We Haven't Made More Progress" <http://darkwing.uoregon.edu/%7Ecaguirre/hamergreen.htm>

- Harvey, David 2002. “*Globalization in Question*”, en Harvey, David, *Spaces of Hope*, Berkeley, University of California Press.
- Heck, Philipp. 1999. *El problema de la creación del derecho*, Granada: Comares.
- Herbon, M. Leonardo, y Herbe Feldstein de Cárdenas. 1998. *El arbitraje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- Herrera Mercado, Hernando, “*El estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia*”, Organización de Estados Americanos OEA, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Oficina de Derecho y Programas Interamericanos, en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti6.htm>
- Hoekema André. 2002. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo Jurídico y alternabilidad judicial*, Colección *El Otro Derecho* 26-27, ILSA: Bogotá.
- Hommel Rudolf. 1998. “*Institutional Reliability and Development*”, en Jarquín, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank.
- Jarquín, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank.
- Kantorowicz, Herman. 1949. “La lucha por la ciencia del derecho”, en: Savigny, Friedrich K. von, et al., *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, Hans. 1995. *Teoría Pura del Derecho*, México: Editorial Porrúa.
- Lechuga Pino, Ernesto. 1998. “Reforma y modernización de la administración de justicia en la región andina”, Lima, en <http://www.cajpe.org.pe/ELPI.HTM>.
- Martínez, Néstor Humberto. 1998. “*Rule of Law and Economic Efficiency*”, en Jarquín, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank.
- Mnookin, R. H. 1998. “Alternative Dispute Resolution”, *Center for Law, Economics, and Business, Harvard Law School, Discussion Paper No. 232*.
- Myers, David G. 2004. *Exploring Social Psychology*, Nueva York: McGraw Hill.

- Nino, Carlos S “Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin América”, *University of Miami Law Review* 1.
- O’Donnell, Guillermo, Juan Mendez y Paulo Pinheiro. 1999. *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Palacio Germán. 1996. “Resolución alternativa de conflictos: ¿la nueva cara de la política judicial?”, en *Conflicto y contexto*, Bogotá: Instituto Ser de Investigaciones.
- Palacio, Germán. 1990. “Administración de justicia, jueces y la crisis institucional en Colombia: contradicciones y dilemas”, *Jurisprudencias* 1, Bogotá: ILSA.
- Pásara, Luis. 2002. “La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial”, en García, Rosario (ed.), *Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina, Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial, Colección El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá.
- \_\_\_\_\_. 1998. “La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial”, en Jarquin, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank.
- Peña Castrillon, Gilberto. 2003. “La función de los árbitros en el arbitraje colombiano”, *Revista de Derecho Publico* 17, Universidad de los Andes, Bogotá, Junio de
- Poulantzas, Nicos. 1969. *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*. Buenos Aires: P y P.
- Prieto Sanchís. 1987. *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 2001. C. P. *Modernización de la Justicia para la Convivencia*. Bogotá: Talleres del Milenio.
- Rodríguez, César. 2000. “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho: El regreso de los programas de derecho y desarrollo”, en *Nuevos Rumbos de la Administración de Justicia, Colección El Otro Derecho* 25, Publicaciones ILSA.

- Romero, José Luis. 1972. *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Pound, Roscoe. 2003. *Introducción a la filosofía del derecho*, Granada: Comares.
- Sáez García, Felipe. 1999. "The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations", *American University International Law Review* 13.
- Santos, Boaventura de Souza y Mauricio García Villegas (eds.). 2001. "*El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*", Tomo I, Capítulo III, Bogotá: Ediciones Unian des, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- \_\_\_\_\_. 2001. "*Derecho y democracia: la reforma global a la justicia*", en Santos, Boaventura de Souza y Mauricio García Villegas (eds.). 2001. "*El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*", Tomo I, Capítulo III, Bogotá: Ediciones Unian des, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- \_\_\_\_\_. 2000. "Law and Democracy (Mistrusting the Global Reform of Courts)", en Jhonson, Jane, y Boaventura de Sousa Santos (eds.) *Globalizing Institutions: Case Studies in Social Regulation and Innovation*, Adershot, Ashgate.
- \_\_\_\_\_. 1998. *Toward New Common Sense Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York: Rutledge.
- \_\_\_\_\_. 1995. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- Sherwood Robert. 1998. "*Judicial Systems and Nacional Economic Performance*", en Jarquin, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Washington: Inter-American Development Bank.
- Shihata, Ibrahim F.J. 1995. "*Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and judicial Reform*", en Malcom Rowat, Waleed H. Malik y

- Maria Dakolias, (eds.), *Judicial Reform in Latin American and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, DC: The World Bank.
- Silva García, Germán. 2001. *El mundo real de los abogados y de la justicia. La Administración de Justicia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Souza, Maria de Lourdes. 2001. *El uso alternativo del derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Editorial Unibiblos.
- Thome, Joseph. 2000. “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, Ponencia presentada en *Latin American Studies Association Meeting*, Miami.
- Trubek, David, y Mark Galanter. 1974. “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, 1974 *Wisconsin Law Review* 1062-1102.
- Trubek, David 1996. “Law and Development; Then and Now”, *ASIL, Proceedings of the 90<sup>th</sup> Annual Meeting*, Washington DC.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. 2001 “*Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia*”, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*, Ediciones Uniandes, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Tomo I, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ “*Administración de justicia, sistema político y democracia; algunas reflexiones sobre el caso colombiano*”, en *Justicia y sistema político*, Bogotá: Iepri-Fescol,
- Valencia, María del Pilar. 2002. “Justicia embera, identidad y cambio cultural”, en *Pluralismo Jurídico y alternatividad judicial, Colección El Otro Derecho* 26-27, ILSA, Bogotá.

- Vargas Velásquez, Alejo. 2003. "Contexto sociopolítico en que opera la justicia en Colombia", en *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2002. "Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia", en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*, Colección El Otro Derecho, Revista No. 26-27, ILSA, Bogotá.
- Wroblewski, J. 1985. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas.