

## ¿Qué hacer?

Como lo expresó Hernán Echavarría Olózaga en el muy nutrido homenaje que se le atribuyó en Bogotá, las tres ramas del poder público están moral y materialmente aniquiladas en Colombia. Y, en efecto, sí que lo están: la ejecutiva, incapaz de gobernar, con su legitimidad perdida nacional e internacionalmente; la legislativa, contaminada por el narcotráfico más allá de lo que imaginábamos; y la jurisdiccional, empantanada y llena de vicios procedimentales y burocráticos, nos muestra un agobiante record mundial: el 93% de los delitos cometidos en el país queda impune.

A este increíble desastre administrativo del Estado debemos agregar la crisis completa de los partidos políticos tradicionales que, como responsables históricos de la hecatombe que vivimos, son señalados por el dedo acusador de la nación y, arrinconados, no aportan soluciones, no están presentes como actores políticos, no merecen credibilidad. Los muy pocos líderes que aun podrían hacerse escuchar de una nación desesperada, no son capaces de señalar el camino a sus conciudadanos. Por razón de la triste y sangrienta historia que nos han hecho vivir durante los últimos cincuenta años, ellos, los políticos y los partidos políticos, —que al fin y al cabo son los creadores de las instituciones y conductores de la vida pública—, ahora son repudiados, con furor, por cerca del 90% de la población.

Nos queda la sociedad civil y sus dirigentes que son, en realidad, los que conforman la población económicamente productiva. Y es a sus estamentos directivos —el vasto y muy capaz empresariado, los profesionales independientes, la academia, los dirigentes de sus innumerables organizaciones no gubernamentales, etcétera— a quien corresponde la tarea de reconstruir la nación, que es, óigase bien, una tarea mucho más ardua que la de construirla.

Tito Livio Caldas

## Justicia por consenso

Mario Jaramillo

**A** través de un análisis sobre el origen del acuerdo social, el autor muestra una nueva perspectiva de los factores que impulsan a la convivencia humana. La tendencia universal hacia el empleo de los sistemas alternos de solución de conflictos, como la mediación, la conciliación privada, el minijuicio o el alquiler de jueces privados, responden, si no a una franca decepción, por lo menos a una creciente desconfianza en el Estado para lograr los mínimos niveles de seguridad y justicia que requieren las sociedades para poder prosperar. Es ésta, también, una tendencia universal al concluir el siglo.

\* \* \*

TOMEMOS UNA PRECAUCIÓN ANTES DE ABORDAR EL TEMA: apretemos el sentido de las palabras. Cuando alguien afirma que la confianza en la justicia está por el suelo, ha despachado la civilización a otro mundo. Ha activado la válvula animal del hombre. Pero resulta que la frase no corresponde al inventario de realidades que todos percibimos a diario.

Los hechos, que conforman el inventario, señalan que la convivencia universal no se ha perdido. Que los hombres traban relaciones entre sí, se ponen de acuerdo en los negocios de sus vidas y resuelven,

pacíficamente, sus controversias. Que hay, en suma, justicia.

Ahora bien: la justicia estatal es lo que está por el suelo. Lo dicen, por ejemplo, los ciudadanos de los Estados Unidos, donde la insatisfacción es creciente frente al aparato judicial del Estado. El 84.9% de sus habitantes estima que los tribunales no actúan satisfactoriamente. En Latinoamérica, en promedio, sólo 3 de cada 10 personas confían en él. La percepción, pues, en ambas escalas del desarrollo, parece unánime.

Parecería que una sola palabra —justicia— se ha dividido para

abarcar dos realidades diferentes: la del ámbito de las relaciones particulares y la impartida por el Estado. En esencia, sin embargo, podríamos pensar que se trata de lo mismo.

Es más: una vez fue así. Basta con que citemos un par de ejemplos. Casi hasta el siglo XIV, la justicia se impartió por los barones en sus feudos. El rey, luego, tomó para sí el monopolio, con lo que se fortaleció en Inglaterra el *common law*. Los pretores, en Roma, a principios de

la era cristiana, fueron los encargados de administrar justicia, mediante declaraciones de principios que se empleaban en la resolución de conflictos entre los ciudadanos.

Con la aparición y fortalecimiento de los Estados nacionales, durante los siglos XV y XVI, la administración de justicia se volvió definitivamente un atributo estatal. Los parlamentos empezaron a hacer la ley, contra la tendencia romana y medieval de descubrirla.

### *El pacto por la convivencia*

La visión contractualista de la sociedad, en términos generales, percibe a los hombres puestos de acuerdo para garantizar la convivencia. En la imaginación de los contractualistas, que tomaron tal sendero para explicar la necesidad de las constituciones políticas liberales, el Estado es el garante de las relaciones pacíficas entre los hombres. Llamado por Kant *contractus originarius*, el contrato social ha buscado explicar de una manera abstracta las instituciones políticas y ha sido objeto de múltiples estudios desde el siglo XVII.

Thomas Hobbes parte de una concepción según la cual el hombre aparece en el estado de naturaleza, donde no hay derecho ni orden. Es un estado caracterizado por la anarquía. Es la guerra de todos contra todos. Para remediar la

situación e ir tras la búsqueda de la conservación y el bienestar, los hombres acuerdan limitar su libertad y se someten a una autoridad estatal absoluta.

Para John Locke, en cambio, en el estado de naturaleza ya existen los derechos naturales. Son anteriores al acuerdo de voluntades. Y el poder estatal es aquel que surge de ese acuerdo para asegurar tales derechos. Es el que garantizará la vida, la salud, la libertad, la propiedad. Es el factor de convivencia entre los hombres y, por tanto, debe estar dotado de capacidad coercitiva.

Jean Jacques Rousseau, por su parte, construye el contrato social a partir de una exigencia: con la celebración del pacto, los hombres deben desprenderse de sus bienes y derechos, con lo que el estado de naturaleza sería un estado de

igualdad, donde cada uno perseguiría intereses generales. Tras ello, a través de la voluntad general creada, los hombres encontrarían una forma de organización que defiende a las personas y fortunas de cada uno de sus miembros.

Hubo, sin embargo, quienes por entonces se apartaron de las construcciones imaginarias, por considerarlas irreales. David Hume, además de ello, las consideró contrarias a la experiencia histórica. Hume sostiene que los individuos nacen dentro de la sociedad, donde se encuentran con estructuras sociales dadas. Las desigualdades entre los hombres impiden la realización de un acuerdo equitativo y, en segundo término, no podrían vincular a generaciones futuras. Para el filósofo escocés, los hombres sienten necesidad de justicia para asegurar la paz y el orden, y sienten la necesidad de paz y orden para asegurar el mantenimiento de la sociedad. La autoridad debe, por tanto, reconocerse como esencial a la sociedad civil.

Su amigo Adam Smith también sostenía que no existe en la práctica tal contrato social. Que nadie ha dado su consentimiento a un contrato, pese a que el hombre tenga sentido de obediencia. Smith aseguraba que los hombres forman la sociedad debido a los principios de autoridad y utilidad, que expresan la obediencia y autoconservación.

Hace algo más de tres décadas

renacieron las teorías contractualistas, concebidas y desarrolladas fundamentalmente por destacados académicos norteamericanos.

Surgió así un contrato social que explica, a partir de Hobbes, cómo los hombres logran un acuerdo unánime para desarmarse mutuamente. Cada uno renuncia a una parte de sus actividades defensivas y ofensivas en la medida en que los demás proceden de manera semejante. Con ello se sale del estado anárquico original, y aparecen los primeros límites a la libertad de acción. Enseguida se establecen los derechos de propiedad, que no son naturales, encargados de determinar la participación y competencia sobre los bienes. El contrato social es aceptado porque hay una mejoría con relación al estado anterior de anarquía. Se levanta luego la necesidad de la coerción para asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones acordadas entre los participantes. Entonces se acuerda crear el Estado. Esta es la teoría expuesta por James M. Buchanan, galardonado con el premio Nobel de economía en 1986.

Desde otra perspectiva contractualista, que sigue muy de cerca a Locke, está la teoría de Robert Nozick, profesor de la Universidad de Harvard, según la cual el contrato surge, aunque sin la necesidad de actos de voluntad específicos, como resultado de los choques entre los individuos.

Influida sobre todo por

Rousseau y Kant, aparece finalmente otra notable teoría: la del también profesor de Harvard, John Rawls. Sostiene que en una situación inicial hay igualdad y libertad para todos los hombres. Bajo tales condiciones es posible realizar un acuerdo equitativo entre los participantes. En su construcción imaginaria del contrato, los hombres ignoran lo que los demás poseen y quieren, son iguales entre sí y son racionales. Sobre esa base las personas eligen aquellos

### *La función de Estado*

TANTO EN LAS TEORÍAS DE LOS CLÁSICOS —bien sean o no contractualistas— como en las de los más sobresalientes estudiosos contemporáneos del contrato social, se puede ver una particularidad que resulta común a todas: los hombres se pelean entre sí.

El supuesto teórico es, pues, infalible. Como lo es, también, la prueba histórica. Sin acuerdo de voluntades la convivencia es imposible. En ambos casos el resultado es el Estado. La causa es el conflicto. El conflicto es el producto de coexistir socialmente. La sociedad es, pues, anterior al Estado, como el individuo lo es a la sociedad. Es decir que son los hombres quienes definen la naturaleza del acuerdo —su fin está dado: la convivencia— y, en tanto que es así, el Estado es pura invención humana y, como tal, se debe a los hombres y no viceversa.

principios que les aseguren las mayores posibilidades vitales. El sentido moral que tienen los hombres es la garantía de que los principios acordados serán obligatorios y respetados. Rawls argumenta que el sistema legal es un orden coercitivo de reglas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y proveer el marco de trabajo para la cooperación social.

De regreso, entonces, tendríamos que el poder gubernamental, que es posterior a la sociedad, existe como secreción de la humana voluntad de los individuos. Surge del acuerdo entre ellos, en forma de Estado. La voluntad de convivencia, por tanto, definiría su permanencia en el tiempo. Cuando esa voluntad se tornara ausente, significaría la disolución del Estado.

El Estado, sin embargo, no desaparecería fácilmente. Porque es útil al hombre. El acuerdo sobre su existencia, por tanto, se mantendrá vigente mientras los hombres perciban los beneficios de la convivencia. El acuerdo que lo produce es un trato conveniente: actúa como incentivo a la cooperación.

Pero el Estado puede volverse en ocasiones inconveniente, en abierta oposición al acuerdo que lo

crea. Hostil, en suma, a los individuos, que son sus fundadores. Incapaz de garantizar sus relaciones pacíficas. La fidelidad, debida al pacto que lo funda, acaba por refundirse. Y sucede cuando el Estado sobrevalora o subvalora la función asignada.

La sobrevalora cuando sobrepasa el límite fijado por la libertad individual. Y la subvalora cuando falla en proteger los derechos del ser humano. Si no se mantiene dentro de este marco de acción pone en peligro la convivencia.

### *La multiplicación de las leyes*

COLOMBIA, COMO SE SABE, ES UNO DE LOS PAÍSES más violentos del mundo. Su creciente tasa de homicidios es sumamente alarmante: ha pasado, desde comienzos de la década del 50, de 20 homicidios por cada 100.000 habitantes, a 80 a mediados de la década del 90. Hoy se cometen cuatro veces más homicidios que en México y Brasil, ocho veces más que en Argentina y 12 veces más que en los Estados Unidos.

Tal condición pone en evidencia la incapacidad para proteger la vida de los ciudadanos. Incapacidad que demuestra que la convivencia —el fin mismo del acuerdo social— ha reversado a los niveles que, de ordinario, impulsan a su creación.

El paisaje contemporáneo, sin embargo, aparece poblado de leyes. Pero es evidente que no hay una correlación positiva entre la cantidad de normas que hoy se producen y los niveles de convivencia que se requieren para que la sociedad se sienta segura y en un ambiente de justicia.

Pero precisemos: son leyes en el sentido de productos fabricados por lo legisladores, conforme a intereses específicos. Leyes que se distancian de la sociedad. Legislación que se percibe ajena. Legislación que crea la sensación de que se está frente a algo que no nace de la voluntad de los individuos.

Esa especie de justicia involuntaria se traduce en la reducción de los márgenes de aceptación social de las normas: en el incumplimiento de la ley. Erosiona, por tanto, la convivencia, cuya medida está dada por el estado en que se encuentran las relaciones entre los individuos.

Se trata, pues, de una justicia sin consenso que conduce a la investidura de mayores poderes en el Estado para tornarla efectiva, bajo la presunción errada de que ello se logrará mediante la puesta en marcha de la maquinaria de la coerción. Lo que asoma en la realidad, en cambio, es una notable ausencia de estímulos que configuren la órbita de responsabilidad

de cada ser humano para que actúe en un escenario de intercambios voluntarios frente a sus semejantes

### *El derecho por delante*

EXISTEN, POR LO MENOS, TRES PARADIGMAS que simbolizan históricamente la capacidad de los hombres para solucionar, por sí mismos y pacíficamente, sus conflictos: el derecho romano, llamado *jus civile*, que estuvo por fuera del alcance de los legisladores durante la república y buena parte del imperio; el *common law*, durante la Edad Media en Inglaterra; y la *lex mercatoria* —ley mercantil—, que, desde el siglo XI hasta ahora, ha regido la actividad comercial en Occidente.

Pero ello no significa que no haya habido otras expresiones de justicia por consenso. Las ha habido en numerosas agrupaciones tribales, hace parte del derecho canónico desde el siglo VII y, sobre todo, aunque casi de manera anónima pero exitosa, existe desde la aparición del hombre sobre la tierra.

En el fondo de cada una de esas expresiones, donde el común denominador es el acuerdo entre las partes para solucionar sus diferencias, subyace el derecho, no como un cuerpo de normas impositivas hechas por los hombres, sino como un descubrimiento espontáneo de la misma sociedad. Como

y, de esta manera, resuelvan entre sí sus discrepancias.

un instrumento para asegurar las relaciones pacíficas y, en consecuencia, para garantizar la convivencia humana.

Es un derecho que ha existido siempre como requisito para la cooperación. Que ha definido los bienes y derechos de cada cual. Un derecho que existe para que ocurra el intercambio entre los hombres. Un derecho, en fin, que provee el escenario pacífico que se requiere para que el hombre actúe y elija libremente

En nuestro tiempo pueden percibirse dos fenómenos: que el hombre camina más aprisa que la ley estatal, y que la ley estatal no parece ofrecer las garantías mínimas —el mínimo orden— que exige la convivencia. Es, pues, una ley fuera de tono.

Como la ley estatal marcha detrás del hombre, el hombre se ha encargado de poner el derecho por delante. En las tres últimas décadas, que han coincidido con la crisis universal de la justicia, han emergido en la sociedad renovadas formas de derecho —en el sentido de buscar lo que es justo— que podrían producir con el tiempo uno de los más grandes cambios en la civilización contemporánea.

### *Alternatividad*

SON VARIAS LAS DENOMINACIONES QUE SE SUELEN emplear para calificar la nueva situación: alternativas privadas para la solución de conflictos, mecanismos alternativos de justicia, solución extrajudicial de conflictos, solución alternativa de disputas. Se percibe, fácilmente, cómo cada una de ellas, al usar el adjetivo alternativo, ha expresado de inmediato que se está ante un nuevo escenario.

Ese escenario es compartido entre el aparato estatal y los particulares. Y podría significar que el Estado continúa con el monopolio de la administración de justicia, pero que ha cedido algunos

espacios a la sociedad civil para que actúe en ellos y a su nombre. También podría expresar que el Estado ha admitido su condición precaria y, en consecuencia, ha empezado a desarticular su monopolio.

Para los efectos, cualquier interpretación es válida. Porque lo cierto es que la justicia ha empezado a reaparecer, aunque todavía muy tímidamente, en el ámbito que fue suyo y que le corresponde: en el ámbito del conflicto entre los individuos, con las soluciones pacíficas que ellos mismos pueden proporcionarse.

### *La señal del mercado*

UN SISTEMA EFECTIVO DE JUSTICIA ESTATAL, desde el punto de vista práctico, debería ofrecer acceso a la población, resultados predecibles y oportunos y adecuados remedios. Se trata de una serie de requisitos que, cada vez más, parecerían representar un sistema ideal de justicia estatal. Porque es evidente que ellos, por diferentes motivos, no se observan en la realidad. La expansión de las fórmulas privadas de arreglo, sobre todo en los países desarrollados, se constituye, pues, en una respuesta a esa notable debilidad que padece el sistema público de justicia.

Una justicia tardía es una justicia antieconómica. Hay un uso

desatinado de recursos. La congestión judicial es, por tanto, desestimulante para quienes acuden al sistema. Existe, por lo mismo, el incentivo para moverse hacia donde la prontitud y oportunidad actúen como características básicas.

Desde el ángulo estatal, el fenómeno no resulta fácilmente solucionable. Los recursos de la justicia son obtenidos a través de presupuestos diseñados por quienes luego los consumirán. El hecho de que la administración de justicia opere en función del presupuesto, significa que siempre habrá incentivos para hacerlo crecer. La propia congestión judicial se torna

así en un verdadero incentivo: porque sirve para justificar la necesidad de aumentar el número de jueces y despachos. Una relación positiva entre número de jueces y eficiencia judicial es de rara ocurrencia.

La localización de recursos en la empresa privada resulta sustancialmente más eficiente. Como los recursos son escasos, hay una atención directa sobre su uso. Observa estrictas relaciones de costo-beneficio. Está obligada a producir un buen servicio a un bajo costo para poder conseguir ganancias. La utilidad es su móvil. Es el incentivo. En el Estado, en cambio, no hay incentivos para menores gastos y mejor producción. El aparato de justicia se mueve en ese sentido.

En un ambiente de competencia, en donde por ejemplo varias empresas prestan el servicio de justicia, los consumidores tenderán a buscar entre ellas el mejor precio y servicio. Frente al Estado no hay elección. Puede que el consumidor vaya a una justicia gratuita, pero nadie le garantiza que sea eficiente. En el mercado privado también puede ocurrir lo mismo: que determinada empresa no se comporte eficientemente. Pero, al consumidor, siempre le quedará la posibilidad de buscar otra donde encuentre el servicio a la altura de sus pretensiones.

Los procedimientos empleados en mecanismos privados de solución de conflictos son, de ordinario, más simples y expeditos

que los que se presentan en los litigios judiciales. Hay una relación no sólo positiva sino deseable entre informalidad y velocidad. Ello supone una reducción en costos y tiempo para los consumidores. Y se traduce, para quienes ofrecen el servicio, en una exigencia: mantener la velocidad y a la vez conservar la informalidad. En un ambiente de competencia, si se actuase de manera diferente, se correría el riesgo de salir del mercado.

A diferencia de lo que ocurre frente al sistema judicial estatal, un mercado privado de justicia supone un mejor y más adecuado manejo de la información. Como el consumidor compra un servicio, buscará comparar precios y beneficios y, desde la perspectiva del oferente, ese derecho del consumidor actuará en él como un estímulo para mejorar. La información, pues, se torna en una fuente de eficiencia.

Desde el punto de vista de los procesos de crecimiento económico, enmarcados por la liberalización de las economías, deben aguardarse nuevos patrones de conducta y mayor número de transacciones entre los particulares. Con ello aumenta la posibilidad del conflicto. Los mecanismos, que se ofrecen privadamente para solucionarlo, se vuelven piezas definitivas, sobre todo en países como Colombia donde el sistema judicial estatal aparece completamente resagado.

### *El camino equivocado*

EL HOMBRE, A TRAVÉS DE LA HISTORIA, ha creado útiles y variados mecanismos pacíficos para resolver sus conflictos por fuera del Estado. Su creatividad no responde a móviles mágicos, irrealistas o desinteresados. Es, por el contrario, una respuesta a necesidades existentes, sobre las que gravitan poderosos estímulos. La mayor fuente, generadora de esos estímulos, ha sido, paradójicamente, el mismo Estado.

En las naciones desarrolladas se ha producido, en las tres últimas décadas, un crecimiento galopante del uso de sistemas alternos de solución de conflictos. Es, sin duda, una reacción natural de los ciudadanos frente a la incapacidad del Estado para brindarles solución a sus problemas. Se trata de mecanismos que, en contraste con el sistema judicial público, han resultado eficientes. Y la prueba más contundente de su eficiencia es que tales sistemas, expuestos al mercado como un servicio, son buscados cada vez más. Es, entonces, evidente la existencia de

un nivel apreciable de satisfacción.

Como instrumentos concebidos por el hombre para resolver en privado sus propios conflictos, no deja de ser repudiable que el Estado trate de definirlos, delimitarlos o alterarlos. En Colombia los escasos mecanismos existentes, como por ejemplo el arbitraje y la conciliación, han sido formulados con un sinnúmero de imprecisiones y reglamentados microscópicamente, con lo cual no sólo se arriesga su desarrollo, sino que podría representar a la larga un fracaso. Al Estado colombiano no se le debería olvidar que esos instrumentos han emergido en el mundo, precisamente, para escapar a las fallas que presenta el aparato judicial público. Como tampoco debería olvidar que, si la existencia política del Estado se debe a la necesidad de que garantice la convivencia entre los hombres, y en innumerables ocasiones parece no poder cumplirle a ellos, mal haría en imponerle barreras a unos sistemas que, justamente, pretenden asegurar esa convivencia. ☺