

## CAPÍTULO 9

# Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil

## Notas para un balance\*

Luciano Oliveira\*\*

### INTRODUCCIÓN

En el texto programático que aparece publicado como capítulo 1 del presente libro y que sirve de base a este artículo se propone la “consolidación de los estudios jurídicos críticos” en América Latina. Para ello, García y Rodríguez desarrollan la cuestión del pluralismo jurídico<sup>1</sup> como uno de los temas centrales de la bibliografía sociojurídica en la región. Respondiendo a su llamado, este es el principal tema que aquí voy a abordar. Después, subsidiariamente, me ocuparé del tema del derecho alternativo. Ambos han tenido en los últimos veinte años –el primero a partir de inicios de los años ochenta; el segundo, a partir de inicios de los años noventa– una notable presencia en los medios jurídicos brasileños, gracias a un amplio trabajo de divulgación y de militancia llevado a cabo por juristas que adoptaron aquello que Rodríguez y García denominan la “perspectiva crítica”, es decir, como lo manifiestan en el capítulo 1, un “esfuerzo consciente por cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico”. Aunque tal perspectiva no es exclusiva de ninguna manera al Brasil, las reflexiones que hago a continuación tienen a dicho país como principal referencia, por la razón obvia de que, siendo brasileño, conozco mejor lo que sucede en la realidad de mi país que en la realidad de los países latinoamericanos de lengua española, aunque crea que tales re-

---

\* Traducido del portugués al español por Libardo Ariza.

\*\* Doctor en Sociología de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales (París); profesor de la maestría en Ciencia Política y del posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil).

<sup>1</sup> Término que los autores, por razones que no viene al caso discutir por el momento, prefieren reemplazar por “pluralidad jurídica” (véase el capítulo 1).

flexiones también puedan, con las debidas adaptaciones<sup>2</sup>, ser aplicadas a esos países.

Como lo indica la propia expresión, la perspectiva crítica está fuertemente influenciada por el pensamiento de izquierda. Con lo anterior me refiero a un amplio espectro de tendencias que van desde el pensamiento marxista *stricto sensu* hasta la “teoría crítica” de la Escuela de Frankfurt, y la teología da liberación, etc. Además, también incluyo algunas corrientes de pensamiento no necesariamente de izquierda, más comprometidas con la “cuestión social”, como la doctrina de los derechos humanos. El movimiento está formado por profesores y estudiantes de derecho, abogados de los llamados “nuevos movimientos sociales” (como los de los habitantes de las favelas, o los campesinos sin tierra, etc.) y también por algunos jueces. Todos compartían más o menos una visión crítica respecto del derecho oficial, es decir, lo concebían como el garante de un orden social y económico injusto y explotador. La perspectiva crítica se muestra comprometida con el proyecto de construir una sociedad libre, justa e igualitaria, en una sola palabra, aunque este término figure cada vez menos, socialista.

Después de más de veinte años de presencia activa del movimiento, creo que es momento de hacer un balance, no sólo por el hecho de que hayan transcurrido dos décadas sino también –y tal vez principalmente– porque parece existir, a partir de la mitad de los años noventa, un cierto “reflujo” del movimiento, como lo anota uno de sus representantes (Andrade 1998, 25), refiriéndose específicamente al derecho alternativo, evaluación que es matizada por la observación hecha inmediatamente de que se trata de algo “muy positivo, permitiendo a sus miembros una especie de pausa para reflexionar” (idem). Mencionando una serie de iniciativas editoriales y docentes surgidas a partir de esa fecha, lo que indicaría que el movimiento está pasando por una fase más reflexiva, el juicio de Andrade sobre el “fin de un inicio eufórico” parece estar basado en el desgaste inevitable que sufre todo acontecimiento –intelectual o no– que en algún momento llega a estar de moda. Un buen ejemplo de lo anterior es la pérdida progresiva de público que sufrieron los Encuentros Internacionales de Derecho Alternativo realizados en la ciudad de Florianópolis, en el sur del Brasil, a partir de 1991, y que tuvo su cuarta y hasta ahora última edición en 1998<sup>3</sup>. Después volveremos a ese asunto. Mientras tanto, nuestra atención se centrará en los dos temas anunciados en el título.

<sup>2</sup> Es necesario observar, por ejemplo, que la expresión “derecho alternativo” es utilizada sobre todo en Brasil, siendo menos frecuente en los demás países latinoamericanos, aunque la temática que designa también esté allí presente. Resulta significativo, por ejemplo, que ésta apenas aparezca en el texto de García y Rodríguez, y que en el libro del colombiano Germán Palacio (1993), *Pluralismo jurídico*, sea mencionada apenas en dos páginas (131 y 132).

<sup>3</sup> Los cuatro Encuentros, siempre en la ciudad de Florianópolis, fueron realizados en 1991, 1993, 1996 y 1998. Según informa Andrade, “los últimos encuentros y congresos tuvieron un

Para comenzar, debemos aclarar lo que es exactamente el derecho alternativo –pues, como veremos, no es un concepto exento de algunas confusiones– y sus relaciones con el pluralismo jurídico. De manera simplificada, podríamos decir que entre los dos conceptos existe una relación análoga, la misma que hay entre género y especie. El pluralismo jurídico sería un fenómeno más vasto, que contiene varias modalidades, de las cuales el derecho alternativo sería una. Sin embargo, en lugar de establecer una definición para ambos (porque ninguno de los dos es un concepto unívoco), considero más conveniente recorrer, aunque de forma un tanto sumaria, la trayectoria de los dos conceptos tal y como aparecieron en el Brasil, observando las peripecias al igual que los deslizamientos de sentido por los que pasaron. Por razones cronológicas, y también lógicas, dado su carácter más genérico, comenzaré con el pluralismo jurídico.

## EL PLURALISMO JURÍDICO: ¿UNA IDEA FUERA DE LUGAR?

Este concepto se puso en boga en Brasil a partir de inicios de los años ochenta, como lo dije, y su aparición tiene como origen un pionero trabajo de campo del sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos realizado diez años antes, a comienzos de los años setenta, sobre las prácticas jurídicas no oficiales utilizadas en el interior de una favela de Río de Janeiro a la que él dio el nombre ficticio de “Pasárgada”. Allí, los habitantes de la favela, sin título de propiedad del lugar donde habitaban y por lo tanto sin la protección del derecho oficial que ellos mismos llamaban el “derecho del asfalto”, desarrollaron informalmente un conjunto de prácticas procesales que, aplicadas por la asociación de habitantes de la favela, tenían por finalidad resolver los conflictos de naturaleza territorial surgidos entre los habitantes. El trabajo tuvo como producto la tesis de doctorado en sociología defendida en la Universidad de Yale, en los Estados Unidos, y los textos resultantes que fueron publicados en los años setenta, en lengua inglesa (Santos 1974, 1977), permanecieron prácticamente desconocidos en el Brasil durante esa década. Posteriormente, en 1980, un pequeño resumen de esa investigación (Santos 1980) fue publicado en una colección de textos de sociología jurídica organizada por dos de los más eminentes nombres del área en el Brasil, los profesores Cláudio Souto y Joaquim Falcão, lo que ayudó a hacer que el nombre de Boaventura Santos fuera ampliamente conocido por los sociólogos del derecho brasileños y popularizó, entre ellos, sus reflexiones sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos<sup>4</sup>.

---

número de participantes bastante menor” (1998, 25).

<sup>4</sup> En términos de la América española, tomando como patrón una publicación de prestigio como la revista *El Otro Derecho*, de ILSA, la conceptualización de “derechos paralelos”, “informales”, etc. como fenómenos de pluralismo jurídico se producen más tarde. Salvo error, apenas en un texto de Eduardo Rodríguez, publicado en el sexto número de la publicación, esa expresión

Con lo anterior no estoy insinuando que la enorme repercusión del trabajo de Boaventura Santos en esa época se deba a la simple publicación de ese texto. Creo, en verdad, que eso ocurrió sobre todo porque había un terreno cultural propicio para esa recepción, justamente la “perspectiva crítica” ya mencionada. Estábamos viviendo, entre fines de los años setenta e inicios de los ochenta, el ocaso del régimen militar y, como ocurrió en las áreas más diversas de la actividad cultural y académica, hubo también en el terreno jurídico (en este caso de manera sorprendente, dado el tradicional conservadurismo del área) una diseminación del pensamiento de izquierda, marxista principalmente, que fue sometido durante la dictadura a la persecución por parte de las fuerzas represivas. En esa época, e independientemente de la influencia del trabajo de Boaventura Santos, florecieron varios movimientos críticos<sup>5</sup>, entre los cuales destacaremos aquellos que resultaron más conocidos e influyentes.

Tal es el caso del movimiento Crítica del Derecho, de origen francés, que apareció en el Brasil a través del posgrado en Derecho de la Universidad de Santa Catarina, y que después se extendió a otros centros. Es también el caso de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña, del jurista Roberto Lyra Filho, profesor de la Universidad de Brasilia, dotado de una personalidad carismática y francamente iconoclasta<sup>6</sup>, quien llegó a ser un nombre conocido y muy controvertido, detestado por buena parte de los juristas y, obviamente, idolatrado por buena parte de los estudiantes. Es necesario mencionar también al Derecho Insurgente, del abogado Miguel Pressburger, principal teórico de una institución llamada Apoyo Jurídico Popular (AJUP) radicada en Río de Janeiro.

Unos y otros, aunque con algunas diferencias importantes que no viene al caso mencionar en este momento, adoptan una perspectiva materialista y consideran el derecho como la cristalización, en cada etapa histórica, de los intereses de las clases dominantes, contra los que las clases dominadas, a través de sus luchas, van cristalizando valores y principios propios, que algún día constituirán el nuevo derecho. Ahora bien, dentro de tal perspectiva, el pueblo, las clases dominadas, los grupos oprimidos tienen la capacidad de generar un nuevo derecho a través de sus luchas, postura que

---

aparece por primera vez (Rodríguez 1990, 57). En el número siguiente, en 1991, un artículo del brasileño Antônio Carlos Wolkmer era explícitamente dedicado a ese tema (Wolkmer 1991). Enseguida, ILSA, institución responsable de la revista, organizaba un concurso de ensayos sobre el tema, que fue ganado, significativamente, por dos brasileños con un trabajo sobre posesiones agrarias en la Amazonia (Benatti y Maues 1994).

<sup>5</sup> Sobre este tema véase, entre otros, el libro de Eliane Botelho Junqueira (1993), principalmente el capítulo “Años Rebeldes”.

<sup>6</sup> El propio autor de esas líneas tuvo la oportunidad, en 1982, en el curso de una mesa redonda donde Roberto Lyra Filho estaba presente, de oírlo hacer un juego de palabras de gusto dudoso con la teoría pura del derecho, de Hans Kelsen, llamándola la “teoría *puta* del derecho”.

estuvo más presente en los trabajos de Lyra Filho (1982a) y de Miguel Pressburger (1987, 1988) que en la Crítica del Derecho francesa, que trabajaba más en el terreno de la epistemología y era menos propositiva. Como quiera que sea, dichos movimientos eran básicamente teóricos, animados por juristas que, aunque preocupados por lo “concreto”, no realizaban investigaciones empíricas. Ahí es cuando aparece el trabajo de Boaventura Santos, un trabajo de campo realizado por un sociólogo que reveló la existencia del “derecho de Pasárgada”, es decir, una ilustración concreta de que los grupos dominados eran, en efecto, capaces de producir un nuevo derecho. Creo que allí reside la explicación de la extraordinaria recepción de su trabajo y de sus ideas sobre el pluralismo jurídico.

El concepto de pluralismo jurídico, no obstante, es bastante antiguo. Definido generalmente como la existencia de más de un orden jurídico en el mismo espacio geopolítico, el pluralismo jurídico ya fue objeto de estudio por parte de varios juristas que adoptaron en su análisis un enfoque sociológico<sup>7</sup>, como el caso de Gurvitch y su concepción sobre la pluralidad de centros generadores de derecho, tanto supraestatales (como las organizaciones internacionales) como infraestatales (como los sindicatos, las cooperativas, etc.). De manera general, por eso el enfoque pluralista de los juristas muestra, en el fondo, un falso pluralismo pues, como lo recuerda Carbonnier, los fenómenos que se considera constituyen otra forma de derecho son tomados en cuenta por el sistema jurídico global y, por lo tanto, “de cierto modo, son integrados en él, y la unidad es restaurada” (1979, 220). Para encontrar un enfoque verdaderamente pluralista, debemos mirar en la antropología y la sociología jurídicas. Y es a esas dos áreas del conocimiento, además, a donde se dirige Boaventura Santos, observando que se trata de un concepto aplicable, y ya aplicado, a las situaciones más diversas, de las cuales algunas llegarán a ser clásicas.

La más conocida es la situación del colonialismo del siglo XIX, donde se presentaba necesariamente la coexistencia, en un mismo espacio arbitrariamente unificado como colonia, del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales. Además del contexto colonial clásico, la literatura socioantropológica ha identificado generalmente otras tres situaciones de pluralismo jurídico. Tal es la situación de los países con tradiciones culturales dominantes no europeas, que adoptaron el derecho europeo como instrumento de modernización. Es el caso, entre otros, de Turquía y Tailandia. En estos casos, la situación de pluralismo jurídico resultó del hecho de que el derecho tradicional no fue eliminado en el plano sociológico por el nuevo derecho oficial, y continuó siendo utilizado por amplios sectores de la población. Una segunda situación tiene lugar cuando, en

<sup>7</sup> Sobre el tema, véase Jean Carbonnier (1979, 213-24).

virtud de una revolución, el derecho tradicional entra en conflicto con la nueva legalidad, sin dejar de tener vigencia, en términos sociológicos, durante mucho tiempo. El caso más conocido es el de las repúblicas de Asia Central, de tradición jurídica islámica, en el seno de la URSS después de la revolución soviética. Por último, Boaventura Santos considera los casos de los pueblos autóctonos, “nativos” o “indígenas”, que cuando no fueron totalmente exterminados en el curso de la expansión marítima europea, fueron sometidos al derecho del conquistador con la autorización, expresa o implícita, de que en ciertos campos siguieran ejerciendo su derecho tradicional. Es el caso de los pueblos indígenas de los países de América del Norte y de América Latina, y de los pueblos autóctonos de Nueva Zelanda y Australia (Santos 1988).

El mismo Santos hace una observación que me parece interesante mencionar: “Todos esos casos de pluralismo jurídico [...] constituyen situaciones socialmente consolidadas y de duración prolongada [...]. Tienen lugar en sociedades que, por eso, han sido designadas como ‘heterogéneas’”. Enseguida, Santos propone:

... ampliar el concepto de pluralismo jurídico, de modo que cubra situaciones susceptibles de presentarse en sociedades cuya homogeneidad es siempre precaria porque es definida en términos clasistas; esto es, en las sociedades capitalistas. En estas sociedades, la “homogeneidad” es, en cada momento histórico, el producto concreto de las luchas de clases y esconde, por eso, contradicciones [...]. Esas contradicciones pueden asumir diferentes expresiones jurídicas [...]. Una de esas expresiones [...] es precisamente la situación de pluralismo jurídico y tiene lugar siempre que las contradicciones se condensan en la creación de espacios sociales, *más o menos segregados*, en el seno de los cuales se generan litigios o disputas que son procesados con base en recursos normativos e institucionales internos. (Santos 1988)

Tal es, para Santos, el caso de “Pasárgada”. Pero, como él mismo lo reconoce, tales casos, “en general, tienden a dar lugar a situaciones menos consolidadas (y a veces de corta duración) en comparación con las que componen los contextos de pluralismo jurídico anteriormente mencionados”. Ahora, una pregunta que merece ser planteada es: ¿hasta qué punto será igualmente válido caracterizar esas “situaciones menos consolidadas” –a veces de “corta duración”–, como casos de pluralismo jurídico? Surgen algunas dudas. Si tenemos en cuenta, por ejemplo, las situaciones históricas a partir de las cuales nace el concepto, ¿no estaremos, *ipso facto*, incurriendo también en un cierto error al aplicar el concepto no sólo al contexto de la realidad brasileña, sino también a buena parte de la realidad latinoamericana de nuestros días?<sup>8</sup> En otras palabras, en la medida en que

<sup>8</sup> Para una duda similar a la mía remito al texto de Marcelo Neves, para quien esa aplicación

los fenómenos jurídicos plurales emergentes en esa realidad configuran enclaves cercados por un orden dominante y sus valores, ¿no estarían debidamente “contaminados” por esos mismos valores? En ese caso, ¿no carecerían de la originalidad cultural que está en la base de los fenómenos de pluralismo jurídico en su concepción clásica?

Estas preguntas pueden aclararse mejor si comparamos las situaciones clásicas de pluralismo jurídico con las situaciones emergentes. Bien sea en el caso del colonialismo del siglo XIX, de la adopción del derecho europeo como instrumento de modernización, de las situaciones revolucionarias en las estepas asiáticas, o de la supervivencia de las culturas “indígenas” a la expansión marítima europea del siglo XVI, las situaciones clásicas de pluralismo jurídico enfrentan, por decirlo así, dos órdenes extraños uno a otro, cada uno dotado de una lógica y de unos valores originales. Este no es el caso, evidentemente, de fenómenos como el de “Pasárgada”, que no es propio de una situación anterior a la implantación del orden industrial capitalista moderno, sino, por el contrario, de mecanismos puestos en marcha por ese mismo orden, del cual “Pasárgada” no sería sino un subproducto.

La hipótesis de la “contaminación” por la ideología dominante que afectaría dichos fenómenos jurídicos plurales<sup>9</sup> es confirmada por nadie menos que el propio Boaventura Santos, quien al referirse al orden jurídico de “Pasárgada”, dice:

... las normas que rigen la propiedad en el derecho del asfalto pueden ser selectivamente incorporadas en el derecho de Pasárgada y aplicadas en la comunidad. De este modo no sorprende, por ejemplo, que el principio de la propiedad privada (y las consecuencias legales de allí derivadas) sea, en general, acatado en el derecho de Pasárgada del mismo modo que lo es en el derecho estatal brasileño. (Santos 1988, 14)

Estrictamente, en términos de América Latina, el concepto de pluralismo jurídico, por lo menos en su definición clásica, comprendería apenas aquellas situaciones en las que los derechos indígenas continúen sobreviviendo a pesar de la implantación del orden capitalista<sup>10</sup>. Y la propia litera-

---

“parece un grave error de valoración” (1994, 73).

<sup>9</sup> Esa percepción también es compartida por Antonio Azuela, quien, al reflexionar sobre los análisis hechos por la sociología jurídica acerca del fenómeno de la urbanización en América Latina y sobre las distintas “gramáticas culturales” que las comunidades segregadas pueden generar, observa que “... en los barrios populares de las ciudades de América Latina, esa gramática no puede mantenerse al margen de la lógica del orden jurídico estatal.” Y añade: “No es extraño, entonces, que muchos elementos del orden jurídico estatal se introduzcan al conjunto de representaciones vigentes a nivel local (o sea a la gramática cultural) y, de ese modo, pasen a formar parte del marco normativo que orienta la acción” (Azuela, s/d, 22).

<sup>10</sup> Azuela, en la misma medida en que considera poco probable la existencia de tales fenómenos en los centros urbanos, admite la posibilidad de que “... en las comunidades indígenas lejanas e incomunicadas de los centros urbanos sea más fácil que una cultura tradicional se mantenga y reproduzca” (idem).



tura sobre el tema que se produjo después del trabajo de Santos parece ser consciente de dicha particularidad, en la medida en que establece una clasificación de esos fenómenos en la que se distingue el pluralismo jurídico “cultural” del pluralismo jurídico “sociológico”. En palabras de Mauricio García y César Rodríguez en el capítulo 1 de este volumen, mientras el primero se refiere a la “presencia de diferentes campos jurídicos correspondientes a diferentes culturas que conviven en un mismo espacio y tiempo (v. gr., la coexistencia del sistema jurídico estatal con los sistemas jurídicos indígenas)”, el segundo, a fenómenos variados que van desde la “coexistencia de regímenes jurídicos formales e informales de propiedad”, hasta la “coexistencia violenta de campos jurídicos estatales y paraestatales en zonas de violencia”. El derecho de “Pasárgada”, por cierto, pertenece a ese segundo tipo de pluralismo, y es a éste al que me refiero aquí específicamente.

Eso no quiere decir que fenómenos jurídicos plurales de tipo cultural, que involucran a comunidades indígenas, no puedan ser encontrados en Brasil. Son, no obstante, menos visibles<sup>11</sup>, por el hecho de que en dicho país el exterminio de los indígenas o su “asimilación” (salvo aquellos que permanecen en el área amazónica) fue casi total, y las pocas comunidades indígenas que sobrevivieron no están lo suficientemente “alejadas” del cerco capitalista para mantener sus valores originales. En el Brasil, los indígenas pasaron, y pasan actualmente, por aquello que un autor denomina como “acampesinamiento” (Almeida 1991, 112), es decir, su progresiva reducción a la condición de campesinos pobres, cuyas raíces culturales se van reduciendo paulatinamente a episodios residuales en su dura lucha por sobrevivir. Como quiera que sea, independientemente del factor visibilidad, creo que es claro, para los propósitos de mi argumento, que los pluralismos jurídicos “cultural” y “sociológico” son cosas distintas, y, en ese caso, tomo la opción metodológica de referirme sólo al pluralismo jurídico sociológico. De este modo, es sólo en relación con este último que estoy poniendo en duda –o, tal vez sea más prudente decir, entre paréntesis– su aplicabilidad a la situación brasileña.

Entendámonos bien: no se trata, con las anteriores observaciones, de negar que exista –o, más exactamente, que haya existido– en “Pasárgada” un fenómeno de pluralismo jurídico, entendido éste como una forma no estatal de resolución de conflictos. Tampoco se trata de rechazar la explicación marxista de la existencia de dicho derecho, ocasionado básicamente

<sup>11</sup> Un síntoma de esta falta de visibilidad se encuentra en el texto de García y Rodríguez que sirve de base a este artículo. Los autores, al referirse al “protagonismo de los movimientos indígenas en la última década y la articulación de sus demandas en términos del reconocimiento del derecho constitucional a la diversidad (incluyendo el derecho a administrar justicia de acuerdo con los usos y costumbres de cada pueblo)”, mencionan, como ejemplos, los casos de Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia y México, y no hacen alusión a Brasil.



por la segregación a la que la estructura social capitalista condena a grupos sociales internos. El cuestionamiento es realizado respecto de ciertas lecturas de dichos fenómenos, influenciadas por la “perspectiva crítica” típica de la época, en las cuales son presentados como si tuvieran un potencial anticapitalista y emancipatorio<sup>12</sup> que, empíricamente hablando, difícilmente tienen. A partir de la extraordinaria recepción del trabajo de Boaventura Santos por parte de la “perspectiva crítica” entonces en furor, se instala en los medios críticos brasileños una verdadera onda pluralista en busca de órdenes jurídicos existentes en favelas y en barrios miserables de la periferia de la ciudad, supuestamente dotados de una mayor legitimidad por su origen comunitario. Miguel Pressburger, principal teórico del derecho insurgente, sostiene: “los desheredados de la sociedad, los que fueron lanzados a la periferia o a los que nunca se les permitió ingresar en la modernidad modelada por el sistema, construyen y desarrollan culturas paralelas, para ellos revestidas de todas las prerrogativas legales” (1987, 5). Daniel Rech, del mismo movimiento, añade:

las comunidades urbanas y rurales al margen del Estado de derecho, han creado en su interior normas de conducta que tienen vigencia y eficacia, tal como el derecho estatal normatizado. Esas reglas de conducta, verdaderas normas consensuales ya que no están escritas, han demostrado ser adecuadas y eficientes, llevando mejor cuenta de las relaciones sociales vigentes. (Rech 1990, 4)

Una de las grandes preguntas que esas reflexiones suscitan se refiere al criterio de legitimidad que los autores aparentemente eligen, el cual parece ser el de mayor eficiencia y adecuación de las prácticas jurídicas plurales a las relaciones sociales vigentes en el seno de las comunidades populares. Se trata, de cierta forma –lo mismo que a partir de un análisis de izquierda–, de una actualización de la antigua y la mayoría de las veces conservadora perspectiva sociologista sobre el derecho (que abarca movimientos doctrinarios como la Escuela Histórica de Savigny, el Derecho Libre de Kantorowicz, el Derecho Vivo de Ehrlich, etc.), la cual, en general, se caracteriza por situar “en las profundidades de la vida social la única fuente del derecho” (Carbonnier 1979, 28). Es necesario recordar que la perspectiva sociologista ya ha sido objeto de numerosas críticas<sup>13</sup>, las que, para no prolongar la discusión, pueden ser resumidas en la cándida observación, realizada con acierto, de que la visión sociologista corre el riesgo de, en lugar de promover el “verdadero” derecho, legitimar de hecho la injusticia.

<sup>12</sup> Como observa Fernando Rojas, “... los nuevos servicios legales latinoamericanos y los abogados críticos ordinariamente asumen que los grupos explotados, o de cualquier manera discriminados, guardan en sí mismos el potencial para un orden social no explotador” (Rojas 1989, 51).

<sup>13</sup> Véase, a propósito, Elías Díaz (1974, 156).

Puede ser así. Dichos derechos locales, en muchas de sus manifestaciones, lejos de significar una praxis liberadora, cristalizan por el contrario prácticas de dominación tan antiguas como el mundo<sup>14</sup>. Un buen ejemplo de lo anterior llega hasta nosotros a través del propio Miguel Pressburger, quien, promoviendo el “derecho insurgente” en una favela de Río de Janeiro, permite que un trabajador nos diga: “... allá donde nosotros vivimos [...], existen también reglas del vivir bien, de la convivencia, que son nuestras leyes, si no, sería cada uno para sí y Dios para nadie. [...] ¿Quiere ver sólo una? Puede hasta parecer violento, pero hace parte de la vida de las personas. El marido que pilla a la mujer con otro, puede agarrarla a golpes y nadie se mete” (Pressburger 1989, 98).

En resumen, las pruebas empíricas no demuestran que esas formas populares y comunitarias de justicia contengan principios y valores más liberadores que aquellos existentes en el derecho oficial. De la misma forma, no existe evidencia de que dichas comunidades marginalizadas sean portadoras de valores anticapitalistas. Como ya lo señalé a propósito de la “contaminación” a la que esos fenómenos estarían sometidos, es más plausible la hipótesis de que las comunidades no anteriores al capitalismo, sino producidas en su interior, difícilmente presenten un perfil colectivista de acuerdo con la visión frecuentemente idealizada expuesta en la literatura pluralista.

Tal es el caso de aglomerados urbanos como las “invasiones” y las “favelas” –que, en verdad, no son sino “invasiones” consolidadas–, que son fruto de una labor conjunta que responde más a una necesidad dictada por la carencia que a un proyecto político conscientemente colectivo. Sobre lo anterior, veamos lo que dicen algunos investigadores que, en los inicios de los años ochenta, se concentraron en el fenómeno de las invasiones en una de las metrópolis brasileñas donde más tienen lugar: la ciudad de Recife, en el nordeste de Brasil. La acción colectiva, cierto, es la regla. Es, por así decirlo, la condición *sine qua non* para que el movimiento tenga alguna posibilidad de éxito. Como observa Joaquim Falcão en un trabajo pionero que se convirtió en referencia para los que le siguieron, “... los invasores [...] sabían que el éxito en la defensa de sus derechos sería proporcional a la capacidad de permanecer unidos. La fuerza del eventual derecho descansaba en el carácter colectivo de las reivindicaciones, y en el carácter unitario de las soluciones” (Falcão 1984, 88). No obstante, ahí finaliza la pretensión de fundar un derecho radicalmente diferente: “... la mayor pretensión de

<sup>14</sup> Para una visión crítica de esas posiciones, remito a los comentarios de Cláudio Souto, quien nos recuerda que los doctrinantes de esos fenómenos jurídicos plurales han rechazado la “legislación estatal en nombre de una justicia que se define por una mayoría grupal”, pero que, siendo así, convierten “el derecho alternativo en un usual prisionero de una perspectiva tan formal como la estatista” (Souto 1997, 98).

aquellos que orientan sus conductas por esas manifestaciones normativas no estatales es justamente transformarlas posteriormente en derecho estatal” (ibíd., 83). Y añade: “Los invasores quieren ser propietarios. Justifican la invasión [...] porque sobre el derecho de usar y disponer según la libre voluntad del propietario, debe prevalecer el derecho a la vivienda de todos” (ibíd., 95). Pero, una vez es edificada la miserable vivienda, “... la pretensión de todo invasor no es permanecer como un derecho ‘informal’ o paralegal. Su objetivo en una segunda etapa es hacer que la posesión mantenida y reconocida sea ‘legalizada’ por el derecho estatal” (ibíd., 98)<sup>15</sup>.

El acceso a la propiedad, en buena y debida forma, es la gran pretensión. Un buen ejemplo de lo anterior fue el descontento de los invasores con un instrumento jurídico que el poder público, incluso en Recife, elaboró para regularizar la posesión por ellos arduamente obtenida: la Concesión del Derecho Real de Uso (CDRU). Como lo explica Salvador Soler Lostão, antiguo abogado de la Comisión Justicia y Paz local, “... la CDRU permite al poder público ceder [...] la tierra para el uso específico señalado en el contrato. La CDRU se resuelve, esto es, se extingue, en el caso de que ocurra una desviación en la finalidad de su uso” (Lostão 1991, 106). El descontento se produjo por el hecho de que la Concesión, a pesar de asegurar la posesión, no transmitía la propiedad. Su adopción por el poder público fue inspirada por la mejor de las intenciones: impedir la “expulsión forzosa” de los propios invasores, los cuales, como consecuencia de la fragilidad económica que les es peculiar, difícilmente tienen los medios para resistir la tentación de vender el inmueble cuando la ocasión se presente o sus necesidades así lo dicten. Por eso Lostão, con muchos años de experiencia como abogado de los movimientos populares, dice con cierta melancolía: “En el movimiento popular no parece haber un proyecto socialista o capitalista. Los movimientos populares, como un todo, tienen proyectos de corto plazo. En la mejora de la calidad de vida encuentran su denominador común” (Lostão 1991, 49). De la misma forma, para él, las asociaciones de vecinos no parecen estar listas para ser transformadas en soviets: “Para los habitantes de tierras ocupadas irregularmente, la mayor de las victorias es la posesión de la tierra. Es sobre esta expectativa que los consejos de habitantes se afirman frente a la población de los barrios” (ibíd., 101).

Volvamos, de esta forma, a nuestra hipótesis sobre el carácter de esos fenómenos jurídicos plurales: producidos en el interior del sistema capitalista, y por lo tanto sometidos a la ideología allí dominante, ellos no confi-

<sup>15</sup> En el mismo sentido, advierte Azuela: “Al menos en México, es excepcional que quienes controlan el acceso al suelo se presenten ante los demás enarbolando ‘su’ propia legalidad como substituta de la legalidad estatal; al contrario, tratan de presentarse a sí mismos como titulares de un derecho, o como capaces de ‘legalizar’ la situación en un futuro no muy lejano” (Azuela, s/d, 21).

gurarían la afirmación de un nuevo derecho, fundado en bases colectivistas, sino, por el contrario, la reivindicación para integrarse al sistema dominante<sup>16</sup>. Lo que ellos pretenden no es vivir una cultura, valores y normas autóctonos, sin la interferencia del Estado, sino que éste, a través de diversas políticas públicas –inclusive una política de regularización de sus propias “invasiones”– intervenga en su favor<sup>17</sup>. Esa también es la opinión de Eliane Junqueira, quien, al regresar veinte años después a la misma favela que Boaventura Santos denominó “Pasárgada” y constatar la sustitución de la asociación de vecinos por el crimen organizado como “*locus* de resolución de conflictos”, considera que “... el derecho sólo es producido de forma alternativa, paralela, debido al profundo vacío de poder derivado de la ausencia de un Estado reglamentador que [...] nunca se preocupó en hacerse presente en las áreas socialmente marginalizadas, a no ser a través de la policía, o sea, de su brazo represor” (Junqueira 2001, 29). Y concluye: “En este sentido, la alternativa detectada por Boaventura Santos en relación con las favelas cariocas apenas revela un esfuerzo desesperado de creación de alguna forma de juridicidad para regir las relaciones sociales de una ‘localidad’ abandonada a su propia suerte” (idem)<sup>18</sup>.

Lo más curioso es que esa perspectiva del pluralismo jurídico sociológico como un subproducto de la ausencia del poder público –en otras palabras, no como afirmación de una *positividad*, sino como consecuencia de una *negatividad*– ya se encuentra presente en nadie menos que el propio Boaventura Santos, quien observa, en un pasaje menos leído de lo que tal vez se debería, que “la intervención de la asociación de vecinos en ese dominio [la resolución de conflictos] intenta constituir algo como un *ersatz* de la protección jurídica oficial de la que carecen”... (Santos 1988, 14). He-

<sup>16</sup> En tiempos más recientes que los autores citados, Lédio Rosa de Andrade es incluso más enfático en este tema: “El movimiento de los Sin Tierra, el más citado por los pluralistas, no proporciona la garantía para la construcción de un derecho solidario y social; [...] Investigaciones recientes realizadas por el periódico ‘Folha de São Paulo’ demuestran que la lucha es por la propiedad privada, para poder entrar en la esfera del derecho instituido. Una vez conseguido el título de la tierra, se pasa de poseedor invasor a propietario defensor de la propiedad. Por lo tanto, son discutibles, también a nivel teórico, todos los presupuestos de solidaridad, de justicia, de bien común y de ética dados, gratuitamente, a esas normas paralelas” (Andrade 1998, 58-9).

<sup>17</sup> En el capítulo 1, García y Rodríguez llaman la atención acertadamente sobre el hecho de que “... la intervención del Estado en la sociedad no es la única causa de buena parte de la exclusión y la jerarquización sociales. Esto también sucede cuando el Estado no interviene. Esta segunda perspectiva es con frecuencia subestimada en la literatura sociojurídica latinoamericana debido a la prevalencia de una concepción reificada de la sociedad civil como espacio en donde la dominación está excluida”.

<sup>18</sup> Véase, en el mismo sentido, Marcelo Neves, para quien “el hecho indiscutible de que en la modernidad periférica latinoamericana muchas ‘unidades sociales’ disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos, no implica, en rigor, alternativas plurales en relación con el funcionamiento legal del derecho estatal; antes bien, mecanismos inestables y difusos de reacción a la ausencia de legalidad” (Neves 1994, 83).

chas estas aclaraciones sobre el pluralismo jurídico, ahora nos ocuparemos del problema del derecho alternativo. Como fue hecho en relación con el tema anterior, también aquí haré, en lugar de establecer una definición inicial, un recorrido por los caminos que llevan desde la aparición del concepto hasta su situación actual.

## EL DERECHO ALTERNATIVO: ALGUNAS CONFUSIONES CONCEPTUALES

Como ya fue señalado, este es un término que surge a principios de los años noventa. Para ser más preciso, por ahora, digamos que a partir de esa época es cuando llega a ser conocido, dado que el concepto, en verdad, ya había sido formulado –e igualmente teorizado– antes de esa fecha. Hasta donde estoy informado, dicha expresión surge por primera vez en un libro publicado en 1984 por el jurista crítico Carlos Artur Paulon, *Direito Alternativo do Trabalho*, el cual comienza con una “Nota” que dice lo siguiente: “Aquí están compilados algunos trabajos que tienen en común la perspectiva de investigación *crítica* de la ley laboral brasileña” (Paulon 1984, 13; cursiva fuera del texto). Y termina con una proclamación: “Es mi deseo que la publicación sirva para abogados, jueces y estudiantes. No como lecciones de derecho, sino como una *alternativa de uso de este derecho* aunque tan distante de la verdad democrática” (idem, cursiva fuera del texto).

Resaltan aquí dos referencias importantes: la primera, es la “perspectiva crítica” entonces en evidencia; la segunda, el derecho alternativo, aunque con los términos invertidos y sin referencia explícita al movimiento del “uso alternativo del derecho”, de origen italiano, sobre el que hablaremos más adelante. La referencia a ese movimiento vuelve a ser hecha posteriormente, cuando Paulon propugna por la utilización de las “contradicciones del ordenamiento jurídico estatal” al servicio de los trabajadores y, entonces utilizando la expresión con todas las letras, dice:

Una legislación del trabajo que nunca trata la cuestión del modo de producción, jamás avanza en el sentido de democratizar la propiedad de la empresa, es decir, jamás se constituye en instrumento de sustitución de la propiedad privada por la propiedad social. Todavía, el *uso alternativo* del derecho laboral, el mismo que ha sido instituido con el propósito de mantener la ideología capitalista, acaba por, al menos, demostrar hasta dónde el orden jurídico burgués puede absorber las conquistas elevadas a la categoría de ley. (Ibid., 19-20; cursiva dentro del texto)

Como se puede observar, el autor no parece estar muy entusiasmado con la perspectiva que adopta, pues es consciente de que no es a través de ella que se conseguirá la “sustitución de la propiedad privada por la propiedad social”, aunque, siendo así, recomienda su utilización:

Cuando sea posible a los abogados, jueces y demás trabajadores del derecho realizar sus actividades con una perspectiva de compromiso con la lucha por la liberación del proletariado, esos profesionales deberán hacerlo en el sentido de, igualmente dentro de las instituciones de las clases dominantes, presionar este orden jurídico que expresa la dominación. Presionar con nuevas interpretaciones, *creando las alternativas* de un derecho legislado y generando la jurisprudencia y otros instrumentos normativos que tengan como objetivo una verdadera justicia social. (Ibíd., 20; la cursiva es del texto)

Como se puede observar, la más clásica perspectiva del “uso alternativo del derecho” está allí presente. Las referencias a éste, no obstante, son apenas sugeridas. La única indicación bibliográfica de dicha filiación aparece, de forma indirecta, por la referencia a un trabajo de Roberto Lyra Filho –como vimos, el principal teórico e impulsor de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña–, *Direito do Trabalho e Direito do Capital*, de 1982, en el cual se hace referencia explícita a la corriente alternativista italiana liderada por Pietro Barcellona, en los siguientes términos:

En la hipocresía de hacer lo contrario de lo que dicen (esto es, decir que van a realizar la justicia en las normas, al mismo tiempo que resguardan sus privilegios), los dominadores se contradicen, dejan “huecos” en sus leyes, costumbres y doctrina, por donde los juristas más hábiles de vanguardia pueden enfilarse la avalancha del progreso. A lo anterior llamarían Barcellona y su grupo “uso alternativo del derecho”. (Lyra Filho 1982b, 40)

A pesar de dicha filiación, Paulon da a su perspectiva una designación propia: derecho alternativo, aunque ciertamente pensando en términos de un uso alternativo del derecho. ¿Habrá alguna diferencia? En mi opinión, sí existe dicha diferencia, en la medida en que la expresión escogida por Paulon, por lo menos ateniéndose al sentido literal de la palabra, no remitiría al derecho estatal –como sí lo hace el uso alternativo del derecho– sino, para usar una expresión consagrada en el título de la prestigiosa revista de ILSA en Colombia, a “*otro derecho*”, o sea, un derecho alternativo al estatal. Esa es la perspectiva que, años después, va a ser adoptada por Jesús Antonio Muñoz Gómez en un texto publicado en el primer número de la revista *El Otro Derecho*, en el que el autor realiza algunas consideraciones sobre el movimiento de origen italiano y sobre lo que él considera el error de su aplicación en el contexto de la realidad latinoamericana.

Muñoz Gómez empieza por hacer una revisión de los principios hermenéuticos del positivismo, con sus postulados de coherencia y completud del ordenamiento jurídico, y la contrapone a la visión, adoptada por el movimiento del Uso Alternativo del Derecho, que

... ve el ordenamiento jurídico como algo incompleto, abierto, con verdaderas lagunas, en donde se reflejan y reproducen las contradicciones que se presentan en el ámbito de lo económico, lo político y lo

social. [...] Tales contradicciones, lagunas, fisuras, grietas inherentes al sistema jurídico son justamente las características que hacen viable un uso alternativo del derecho. Sería entonces posible tomar las normas más progresistas del sistema jurídico y con base en ellas sustentar una interpretación y aplicación del derecho en beneficio de los sectores sociales más necesitados. Esta nueva forma de interpretar y aplicar el derecho tendría la misma legitimidad que la tradicional, puesto que se levantaría también sobre una base normativa. (Muñoz Gómez 1988, 48-49)

Como se sabe, el Uso Alternativo del Derecho surgió entre finales de los años sesenta e inicios de los años setenta en Italia, a través del movimiento Magistratura Democrática. Los integrantes de esa corriente se basaban en los dispositivos de la Constitución italiana vigente que, proclamada en 1948 al término de la Segunda Guerra Mundial, en un contexto político marcado por la fuerte presencia del movimiento proletario industrial reconstituido después de la caída del fascismo (Bergalli 1992, 25), abrigaba preocupaciones sociales bastante próximas a un programa socialista. Muñoz Gómez recuerda esa circunstancia, al transcribir el artículo 3º de la mencionada Constitución, que dice: “Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (ibíd., 1988, 49).

A partir de ahí se trataba de establecer una nueva dirección en la interpretación de la ley, haciendo que la legislación ordinaria, tradicionalmente presa de los cánones liberales de la codificación civilista típica del siglo XIX, fuese aplicada a la luz de los nuevos principios sociales consagrados en la Constitución de 1948, llevando el derecho, alternativamente, a operar en beneficio de los sectores sociales más necesitados. Ahora bien, para Muñoz Gómez, dicho uso alternativo del derecho no sería posible en Colombia, pues, según él (escribe en 1988<sup>19</sup>), “no tenemos una norma como el artículo 3º de la Constitución italiana, que le permita al jurista una práctica judicial alternativa” (ibíd., 54). Más adelante, generalizando tal vez un tanto apresuradamente, decía:

En América Latina, en los últimos años ha surgido una concepción diferente de la europea del uso alternativo del derecho. Creemos que la versión que comienza a desarrollarse en América Latina está más sobre la base de un derecho alternativo que de un uso alternativo del derecho. Además sería conveniente darle esa denominación –derecho alternativo– para distinguirla de la europea, ya que ciertamente tienen sus puntos de diferencia. (Ibíd., 58)

<sup>19</sup> Es importante la reserva porque en 1991 Colombia adoptó una nueva Constitución, sobre la cual no tengo mayor información y, por tanto, no quiero aventurar una opinión al respecto.



El punto de diferencia fundamental, anunciado por la propia expresión, sería el hecho de que, para usar los propios términos del autor,

Las dos corrientes parten de prácticas diferentes: la una de la práctica judicial y la otra de las luchas de la comunidad por sus derechos [...] En la concepción latinoamericana no se piensa en la reivindicación del juez como verdadero protagonista de la justicia, a quien se le mira como un personaje distante, sino en la comunidad. Se pretende que sea la comunidad misma, los usuarios directos del derecho, quienes adopten mecanismos para la defensa de sus propios intereses, estén o no reconocidos y protegidos adecuadamente por el derecho. (Ibíd., 59)

En resumen, en el caso del uso alternativo del derecho de origen europeo, se habla del derecho estatal, mientras que en el caso del derecho alternativo surgido en América Latina, se trataría de un nuevo derecho gestado por las propias comunidades cuyos intereses no serían cubiertos por el sistema jurídico. Como se puede observar, es precisamente el pluralismo jurídico de Boaventura Santos. Cuando la designación aparece por primera vez en el Brasil, en el trabajo de Carlos Artur Paulon, sus destinatarios serían “abogados, jueces y demás trabajadores del derecho”, convocados a crear una “jurisprudencia y otros instrumentos normativos que tengan como objetivo una verdadera justicia social”. Es decir, algo más próximo a la corriente europea que a la corriente latinoamericana.

El libro de Paulon es de 1984; y el artículo de Muñoz Gómez, de 1988. Al año siguiente, en 1989, el juez brasileño Amilton Bueno de Carvalho<sup>20</sup>, del estado de Río Grande del Sur, abre un curso en la Escuela de la Magistratura de su estado con el nombre, justamente, de Derecho Alternativo, inspirado, según se recuerda<sup>21</sup>, por el título del libro de Carlos Artur Paulon. Aunque es posible imaginar que su curso, por el solo hecho de ser dado en una escuela de la magistratura, dirigido a jueces, fue, si pensáramos en la diferencia establecida por Muñoz Gómez, propiamente hablando, del Uso Alternativo del Derecho<sup>22</sup>. Y eso era posible porque, a diferencia de lo que sostiene el autor colombiano al respecto de la inadecuación de tal término en su país, el ordenamiento jurídico brasileño en 1989 presentaba –y presenta todavía– una situación más próxima a la del ordenamiento italiano de los años setenta que a la situación colombiana anterior a la Constitu-

<sup>20</sup> Un nombre que se convertiría, junto al de Edmundo Lima de Arruda Junior, profesor de la Universidad de Santa Catarina, en la principal referencia del movimiento en el Brasil.

<sup>21</sup> En una correspondencia dirigida al autor de este trabajo, como respuesta a una consulta sobre el origen del término.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, Oscar Correas, quien reflexionando sobre si esos fenómenos protagonizados por los jueces deberían ser catalogados como derecho alternativo, opina en sentido negativo, en la medida en que “... la conducta de esos jueces no está prohibida por el orden hegemónico”, y que “la ‘resemantización’ y producción de sentencias sobre una base tal [...] está dentro de sus facultades” (Correas 1994, 73).

ción de 1991 a la que se refería Muñoz Gómez, en la medida en que la Constitución brasileña de 1988 –promulgada por tanto un poco antes del curso de Carvalho–, entre otros dispositivos igualmente progresistas<sup>23</sup>, establecía en su artículo 3º el siguiente principio: “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I) Construir una sociedad libre, justa y solidaria; [...] III) erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales [...]”. Dentro del mismo espíritu, el inciso XXIII del artículo 5º establecía: “La propiedad responderá a su función social”. Pero, independientemente de lo equivocado o acertado de su aplicación, el término escogido por el juez Amilton Bueno de Carvalho fue el que permaneció. Y su popularización en el Brasil se dio a partir de un episodio mediático que involucró al grupo de jueces alternativistas liderado por él. El 25 de octubre de 1990, un periódico del estado de São Paulo, el *Jornal da Tarde*, publicó un reportaje sobre el grupo con un título provocador: “Los jueces ponen el derecho por encima de la ley”<sup>24</sup>. En el reportaje, el periodista, aparentemente aprovechando el nombre del curso dado en la Escuela de la Magistratura por Carvalho, denominó el movimiento como Derecho Alternativo. El reportaje tuvo una gran repercusión, dentro y fuera de la Judicatura, generando grandes discusiones y fuertes acusaciones por parte de los jueces más tradicionales. Fue en la secuencia de ese “tiroteo” que el grupo de jueces alternativistas, junto con Edmundo Lima de Arruda Junior, profesor de la Universidad de Santa Catarina, resolvieron, “como una especie de respuesta” (Andrade 1998, 20), organizar el Primer Encuentro Internacional de Derecho Alternativo para el año siguiente. El resultado, en términos de repercusión y participación, fue mucho más de lo esperado<sup>25</sup>, y el movimiento se hizo conocido en todo Brasil –e incluso más allá de sus fronteras–, pasando, de ahí en adelante, a convertirse prácticamente en sinónimo de toda la “perspectiva crítica” que le antecedió en el país. Pero, con el transcurso del tiempo, el “inicio eufórico” del movimiento fue perdiendo velocidad, con lo que regresamos a nuestro punto de partida.

El balance de Lédio Rosa de Andrade concluye anunciando que el derecho alternativo estaría delante de dos perspectivas: o se afirma como una corriente crítica del derecho, “consolidando una *praxis* jurídica alternativa

<sup>23</sup> Como fue señalado, el ordenamiento jurídico brasileño ya tenía consagrado en su legislación ordinaria principios dotados de ese mismo tenor “social”. En 1942, por ejemplo, fue promulgada una Ley de Introducción al Código Civil cuyo artículo 5º decía: “En la aplicación de la ley, tendrá en cuenta los fines sociales a los que ella se dirige y a las exigencias del bien común”. Esta es una de las disposiciones más citadas por los doctrinantes del derecho alternativo.

<sup>24</sup> Informaciones tomadas de Andrade (1998).

<sup>25</sup> Los organizadores preveían la presencia de unas 400 personas; sin embargo las inscripciones, al alcanzar el número sorprendente de 1.200 personas, fueron suspendidas por falta de espacio físico para acomodar más gente (Andrade 1998, 21).

y el inicio de una nueva teoría del derecho”, o fracasa al permanecer “en la historia como una moda, una revuelta momentánea que vino y pasó” (1998, 26). No estoy de acuerdo con él, en lo que respecta a la primera hipótesis, y simplemente no creo en la segunda. Como se suele decir, “ni tanto al mar, ni tanto a la tierra”. Entre las dos posiciones extremas –la gloria de un lado, la efemeridad de otro–, creo que es más prudente considerar una tercera hipótesis: la de que el derecho alternativo se está convirtiendo, debido a las discusiones que suscitó y a la incorporación de muchas de sus preocupaciones a la práctica de varios operadores, en un movimiento renovador de nuestra cultura jurídica, incluso del poder judicial, tradicionalmente preso en un dogmatismo abstracto indiferente a las consecuencias sociales de sus decisiones.

Parece, es verdad, haber pasado la época de las escaramuzas iniciales, época en que un jurista conservador, presidente del Instituto Brasileño de Derecho Constitucional, se refería en la prensa a los jueces que iniciaron el movimiento del Derecho Alternativo como una “magistratura rebelde”, aduciendo que debía “ser procesada” (Junqueira 2001, 27, nota 26). Al mismo tiempo, esa menor visibilidad mediática corre paralelamente a una menos ruidosa –y tal vez más fructífera– penetración del movimiento en los espacios docentes de las facultades de derecho, así como en espacios antes impensables como las escuelas de la magistratura<sup>26</sup>, lo que indica posiblemente que se estaría produciendo una especie de “normalización” del movimiento. Y aquí podríamos extender ese juicio para sugerir que, más allá del derecho alternativo –incluyéndolo, en verdad–, estaríamos frente a una normalización de la propia “perspectiva crítica” del derecho. Un buen ejemplo de eso sería su asimilación en cierta medida por los cursos jurídicos a través de la disciplina de la sociología jurídica, un fenómeno que se presenta en ese momento.

En virtud de una Resolución del Ministerio de Educación (nº 1.886/94) que empezó a regir en 1997, actualmente en el Brasil la sociología jurídica es materia obligatoria en el currículum de los programas de derecho. Y no se trata de cualquier sociología jurídica, sino, como se aprecia en las discusiones que antecedieron a su edición<sup>27</sup>, de una sociología que puede “recuperar una visión humanista, introducir una *dimensión crítica*” en los cursos (Junqueira 2000, 19). Esa intención, en buena medida, es igualmente com-

<sup>26</sup> El propio autor de este texto, en el año 2001, dirigió un curso de derecho alternativo en la Escuela Superior de la Magistratura de Pernambuco (uno de los estados de la federación brasileña) para más de un centenar de jueces.

<sup>27</sup> Se debe observar también que la Comisión de Especialistas del Ministerio de Educación para la enseñanza del derecho, responsable de la preparación de la resolución, fue compuesta, entre otros, por José Geraldo de Souza Junior, profesor de la Universidad de Brasilia y uno de los principales colaboradores y después continuadores del trabajo de Roberto Lyra Filho, el fundador de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña.

partida por los profesores de la disciplina. Según los datos de una investigación realizada entre los mismos, dentro de los objetivos de la disciplina figura, mayoritariamente, el de “desarrollar una visión crítica”<sup>28</sup>. Aunque el derecho alternativo explícitamente poco aparezca en los programas de los profesores, se debe tener en cuenta que, a pesar de todo, aparece, y uno de sus principales animadores es el profesor Edmundo Lima de Arruda Junior, quien figura entre los diez autores más citados en las bibliografías adoptadas por los profesores (ibíd., 42 y 44)<sup>29</sup>. No es poca cosa. No obstante, su presencia es un tanto menor de lo que imaginaban algunos de sus doctrinantes en el momento de su iniciación, bastante influenciados por la visión de un pluralismo jurídico anunciador de una nueva sociedad libre, justa e igualitaria, muy dentro del espíritu de la “perspectiva crítica” al que nos referimos al principio.

Unamos las puntas de las dos vertientes que estamos desarrollando. Sostuvimos que el derecho alternativo sería una especie del género ‘pluralismo jurídico’. En este caso, estamos hablando del derecho alternativo en el sentido que Muñoz Gómez otorga al término, esto es, aquel derecho que no proviene del Estado, sino que es creado por los grupos sociales desfavorecidos a partir de sus intereses y necesidades. El “derecho de Pasárgada” sería un buen ejemplo de eso. El “derecho a la vivienda” que surge de las invasiones del Movimiento de los Sin Tierra también lo sería. En este caso, lo que los distingue del ‘uso alternativo del derecho’ sería el hecho de que éstos se desarrollan bien sea en el ámbito interno de una comunidad y frente a la indiferencia del derecho estatal, como en el caso del primer ejemplo, o bien sea infringiendo disposiciones de ese mismo derecho, como en el caso del segundo ejemplo, donde se da una infracción de los dispositivos que rigen la propiedad en Brasil.

Con relación a este último ejemplo, es necesario recordar que muchas veces los conflictos que surgen de esas ocupaciones llegan a la rama judicial, bajo la forma de acciones promovidas por el propietario del terreno invadido, quien exige la expulsión de los invasores. En la mayoría de los casos, los jueces ordenan el desalojo. En algunos casos –cuyo número requeriría una investigación específica– hay jueces que, influenciados por el movimiento alternativista o simplemente sensibles a la cuestión social involucrada en los conflictos, se valen de los dispositivos constitucionales ya mencionados respecto de la construcción de una sociedad justa y de la función social de la propiedad, relacionándolos con los principios de Intro-

<sup>28</sup> Así señalado por el 36,2% de los encuestados, ese fue el objetivo que más adhesiones recibió (Junqueira 2000, 48).

<sup>29</sup> Aparece en sexto lugar, sintomáticamente al lado de otro nombre muy importante dentro de la “perspectiva crítica” del derecho en el Brasil, el profesor Roberto Aguiar, de la Universidad de Brasilia (Junqueira, ibíd., 44).

ducción al Código Civil que ordenan al juez aplicar la ley teniendo en cuenta sus “fines sociales” (ver nota 23), ¡y niegan la solicitud de desalojo de los invasores! En este caso, el derecho alternativo se transforma en un uso alternativo del derecho.

Fue a partir de la existencia de esas distintas situaciones y de la imprecisión conceptual de allí resultante que el propio Amilton Bueno de Carvalho, ya en 1993, en un texto ampliado en 1997, sugirió la adopción de una tipología que esclareciese y, al mismo tiempo, abarcase todas las vertientes de lo que ahora denomina ‘derecho alternativo *lato sensu*’, que sería una especie de género que contiene las siguientes especies: a) ‘uso alternativo del derecho’ que, como vimos, sería una “actuación dentro del sistema positivo”, mediante una reinterpretación de sus dispositivos; b) ‘positividad combativa’<sup>30</sup>, que sería la “efectiva concretización [de] conquistas democráticas que ya fueron elevadas a la condición de ley”, pero que muchas veces permanecen sin ser aplicadas; y, finalmente, c) el ‘derecho alternativo en sentido estricto’, que, éste sí, sería aquel que Muñoz Gómez denominó como derecho alternativo *tout court*, el que, como dice Amilton Bueno de Carvalho confirmando nuestra hipótesis sobre su filiación, “emerge del pluralismo jurídico”, pero que, como concluye el mismo autor, “merece efectivación” (Carvalho 1997).

Me gustaría hacer dos observaciones respecto de esa tipología y de las realidades que abarca. La primera es que, al final de cuentas, el derecho alternativo *stricto sensu* termina siendo un fenómeno residual frente a las otras manifestaciones cobijadas por la designación genérica de derecho alternativo. La segunda, no menos importante, en lo que se refiere a sus manifestaciones colindantes con el derecho estatal, pero que tienen como “horizonte la utopía de una vida digna en abundancia para todos” –el caso de las ocupaciones de tierras–, posee, según su principal impulsor, ¡la vocación de convertirse en derecho estatal!<sup>31</sup>

Eso refuerza, según mi entender, la hipótesis sobre la “normalización” del movimiento alternativista en Brasil. Un buen ejemplo de eso es proporcionado por el propio concurso de ensayos promovido por la revista *El Otro Derecho* sobre ‘pluralismo jurídico’ (ver nota de pie 4), ganado por dos

<sup>30</sup> Concepto que, en la versión original de 1993, aparecía con la designación de “positivismo de combate”, abandonada por el autor en virtud de los presupuestos de neutralidad y de imparcialidad implicados en el término “positivismo” (Carvalho 1997, 134).

<sup>31</sup> Esa misma perspectiva parece ser la de Edmundo Lima de Arruda Junior que, análogamente a la tipología propuesta por Amilton Bueno de Carvalho, propone tres vertientes que guardan el mismo tipo de propuesta de este último: el uso alternativo del derecho sería lo que él denomina como “relectura instituida”; la positividad combativa, el “instituido retenido”; y el derecho alternativo *stricto sensu*, o “instituyente negado”, pero, como lo indica la forma propositiva de la palabra “instituyente”, con la vocación de llegar a ser, algún día, instituido (Arruda Junior 1993, 184-185).

brasileños que hicieron un trabajo sobre conflictos en las posesiones agrarias en la Amazonia. Se trata de un tipo de conflicto clásico en esas zonas de frontera, oponiendo, de un lado, a propietarios de grandes extensiones de tierra con bases capitalistas y, de otro, poseedores que mantienen una actividad extractiva en esa misma tierra con bases comunales, en una “forma colectiva de apropiación de los recursos” (Benatti y Maués 1994, 17). Surgen conflictos inevitables “entre esas modalidades [de derecho] y el derecho estatal, caracterizando situaciones de pluralismo jurídico” (ibid., 16). La tensión entre las dos modalidades jurídicas, en este caso, se resuelve mediante la intervención del propio Estado, a través de la promulgación de un Decreto Federal (nº 98.987/90) que establece “la creación de reservas extractivas”, es decir, instituyendo en cierto sentido derechos de colecta para los “caucheros”. Comentan los autores: “En el caso analizado, *la búsqueda de reconocimiento por el Estado condiciona aún más la eficacia del derecho alternativo*” (ibid., 29).

## CONCLUSIÓN

Resumiendo y concluyendo estas anotaciones –que figuran aquí más como una hipótesis de trabajo en respuesta al diálogo abierto por Rodríguez y García que como algo cabalmente demostrado–, me parece que hoy, en Brasil, las luchas sociales que se desarrollan en torno de la idea del derecho se asemejan más a un reconocimiento e integración al sistema jurídico<sup>32</sup> que a una “alternatividad” o a un “pluralismo” que se termina manifestando más como un subproducto de la segregación y del abandono que como un proyecto libremente acordado entre hombres libres y autónomos. En la medida en que situaciones como la de “Pasárgada” o las de las “invasiones” sean producidas por mecanismos de exclusión –es el propio Boaventura Santos, cabe recordar, quien habla de “espacios segregados”–, ¿no sería más razonable ver en ellas tentativas de superación de esa misma exclusión? Una analogía para aclarar: igual a lo que acontece en las luchas contra la discriminación racial en sociedades que afirman teóricamente el igual valor de todos los seres humanos, ¿esas situaciones no configurarían, preferentemente, una lucha por la integración?

En los últimos años, el propio sistema jurídico brasileño, como comenté con algunos ejemplos –no exhaustivos, sino formulados a grandes rasgos– extraídos de la Constitución vigente, ha reconocido e integrado, al menos en el nivel normativo, al igual que en el ámbito jurisprudencial, varios principios que inspiran esas y otras luchas colectivas con base en la

<sup>32</sup> Eliane Junqueira, con quien estoy de acuerdo, dirá que “... el desafío para la sociedad brasileña consiste no en crear espacios autónomos en la órbita de lo privado, sino en introducirse en la máquina estatal, formalizando y positivando sus demandas y sus intereses” (2001, 24).

noción de derechos. En un país como Brasil, con una fuerte tradición de autoritarismo y de desconocimiento de los derechos de los más débiles, ¿no sería esa la verdadera alternativa?

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, Alfredo Wagner Berno de (1991). "Tierras de negro, tierras de santo, tierras de indio. Uso común y conflicto", *El Otro Derecho*, 7.
- Andrade, Lédio Rosa de (1998). *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica Editora.
- Arruda Junior, Edmundo Lima de (1993). *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- Azuela, Antonio (s/d). *La sociología jurídica frente a la urbanización en América Latina*. México: Instituto de Investigaciones Sociales, UAM.
- Benatti, José Heder y Antonio Gomes Moreira Maues (1994). "El pluralismo jurídico y las posesiones agrarias en la Amazonia", *El Otro Derecho*, 16.
- Bergalli, Roberto (1992). "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión 'uso alternativo del derecho'?", *Revista de Direito Alternativo*, 1.
- Carbonnier, Jean (1979). *Sociologia jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Carvalho, Amilton Bueno de (1997). "Direito Alternativo: uma revisita conceitual", *Justiça e Democracia*, 3.
- Correas, Oscar (1994). "La teoría general del derecho y el derecho alternativo", *El Otro Derecho*, 15.
- Días, Elías (1974). *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus.
- Falcão, Joaquim de Arruda (1984). "Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife", Falcão, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de Direito de Propriedade - Invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense.
- Junqueira, Eliane Botelho (1993). *A Sociologia do Direito no Brasil - Introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lemen Juris.
- (2000). "Geléia Geral: a sociologia jurídica nas faculdades de direito", *Cadernos do IDES. Série Pesquisa* (8). Rio de Janeiro: IDES.
- (2001). "O Alternativo regado a Vinho e a Cachaça", *Através do Espelho. Ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: IDES/Letra Capital.
- Lostão, Salvador Soler (1991). *O Prezeis: Um Processo de Participação Popular na Formação da Cidade*, Dissertação do Mestrado em Desenvolvimento Urbano (MDU). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.
- Lyra Filho, Roberto (1982a). "A Nova Escola Jurídica Brasileira", *Direito e Avesso*, 1. Brasília: Editora Nair.
- (1982b). *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Muñoz Gómez, Jesús Antonio (1988). "Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho", *El Otro Derecho*, 1.
- Neves, Marcelo (1994). "Del pluralismo jurídico a la miscelánea social", *El Otro Derecho*, 16.



- Palacio, Germán (1993). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Paulon, Carlos Artur (1984). *Direito Alternativo do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr.
- Pressburger, Miguel (1987). *Direito Insurgente – Anais de fundação do Instituto Apoio Jurídico Popular*. Rio de Janeiro: AJUP.
- (entrevistador) (1989). “Habla un trabajador: El derecho, la justicia y la ley”, *El Otro Derecho*, 2.
- Rech, Daniel (1990). “Derecho insurgente – El derecho de los oprimidos”, *El Otro Derecho*, 6.
- Rodríguez, Eduardo (1990). “La producción social del derecho”, *El Otro Derecho*, 6.
- Rojas, Fernando (1988). “Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina – Primera Parte”, *El Otro Derecho*, 1.
- Santos, Boaventura de Sousa (1974). *Law against Law*. México: Centro Intercultural de Documentación, 87.
- (1977). “The Law of the Oppressed,” *Law & Society Review*, 1(12).
- (1980). “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada”, Souto, Cláudio y Falcão, Joaquim (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira.
- (1988). *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Souto, Cláudio (1997). *Tempo do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Wolkmer, Antonio Carlos (1991). “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, *El Otro Derecho*, 7.