

LA JUSTICIA FRENTE A LAS TEORIAS Y PRACTICAS DEL DERECHO EN AMERICA LATINA¹

GERMAN BURGOS S.
Investigador ILSA
Profesor Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Colombia

En los últimos 20 años, América Latina ha venido viviendo el surgimiento de un heterogéneo conjunto de experiencias teórico-prácticas donde lo jurídico adquiere un papel central en los procesos de lucha política y social de América Latina y donde la *sociología y la filosofía del derecho* se reinvidican como parte del pensamiento crítico de nuestras realidades. La heterogeneidad de estas prácticas incluye la asesoría jurídica y política organizada a sectores populares en lucha, al accionar de jueces comprometidos con causas populares de variado orden, pasando por las elaboraciones académicas críticas de profesores e institutos de investigación sobre la eficacia, racionalidad y sentido de nuestros "sistemas" jurídicos.

Como ya se ha planteado por varios autores, tras de esta explosión de experiencias teórico prácticas críticas desde lo jurídico, se encuentra el reconocimiento de la crisis de la izquierda tradicional y su perspectiva determinista del Derecho; el nuevo papel de la teología de *la liberación; la revaloración de la* democracia tanto como valor, como forma de ejercicio del poder político; el inicio de la cooperación internacional no gubernamental etc. Todo esto bajo el telón apremiante de las dictaduras militares abiertas o veladas que surcaron buena parte de nuestra geografía.

Desde la década del 70 con el surgimiento de estas experiencias críticas, hasta hoy, cuando el

reconocimiento de las mismas es un hecho inevitable para los gobiernos, la academia, las agencias internacionales etc, la identidad, la auto-referencia, de estas prácticas es fragmentaria, particular dentro de los varios actores que participan de estas experiencias. En el mejor de los casos, *como Brasil, la referencia común* bajo la inaprensible denominación de Derecho Alternativo, abarca solamente lo nacional.

El presente escrito tiene como objetivo ubicar el momento actual de los discursos de autoreferencia contruidos por algunas de las prácticas críticas del Derecho en América Latina. Con esto pretendo avanzar en el reconocimiento de las especificidades de aproximación al derecho y

la política presente en las tres experiencias aquí referidas. Así como rescatar sus aspectos comunes en distintos niveles. Finalmente y como correlato de lo anterior, sostendré la ausencia de una identidad común predicable a un ideal movimiento de práctica jurídica crítica en la región. El desarrollo de las anteriores afirmaciones se ubica en tres grandes etapas. Una primera donde reconocemos la heterogeneidad y ambigüedad de las experiencias críticas desde y con el Derecho, acuñando de paso un nuevo término de referencia para ellas. En un segundo paso especificaremos las particularidades de las experiencias del UAD, el DA y el Pluralismo Jurídico como los momentos más relevantes de las experiencias teórico-prácticas críticas desde lo jurídico. Por último ofreceremos líneas esquemáticas en torno a los aspectos comunes a estas tres experiencias.

La estructura y orientación del presente artículo partió de la participación en un encuentro internacional sobre el tema realizado en la Habana, Cuba, el pasado mes de abril.

I. Uso Alternativo del Derecho, Derecho Alternativo....?

Aun cuando se ha hablado de Uso Alternativo del Derecho (UAD) y de Derecho Alternativo (DA) en América Latina, transmitiendo a primera vista algo cercano a una propuesta teórico-práctica mas o menos acabada, a un nuevo derecho o al menos a un

movimiento homogéneo y unívoco en la región, la realidad, como siempre es más compleja y variada. En otras palabras antes que un referente común, encontramos un conjunto heterogéneo, variado, múltiple de experiencias jurídicas críticas que configuran un movimiento amplio antes que un cuerpo teórico común, un discurso sistemático y cerrado homogenizante de las distintas experiencias y mucho menos de un paradigma para la sociología latinoamericana.

Ahora bien, la anterior afirmación y la recurrente apelación al término prácticas o experiencias no debe entenderse como la ausencia de fundamentos teórico-político elaborados a propósito del trabajo jurídico popular de abogados, jueces, facultades de Derecho. En la mayoría de los casos, no estamos en presencia de un activismo ciego, apasionado y romántico de redención social a través del Derecho.

En suma, las múltiples expresiones con que se han conocido y generalizado la variedad de experiencias críticas desde y del Derecho (derecho alternativo, Uso Alternativo del Derecho etc.), son equívocas, parciales y carentes de una identidad común que todavía debe ser precisada y afinada, en momentos donde por lo demás el contexto de transición político económica y social de la región ha cambiado profundamente.

Así, la denominación Derecho Alternativo, UAD, son apenas expresiones de una de las varias prácticas

incluidas dentro de un movimiento amplio de experiencias críticas teórico-prácticas desde y con el derecho. Para efectos del presente escrito prefiero hacer uso de esta última expresión a fin de garantizar una comunicación menos equívoca.

II. Las varias experiencias: Especificidades y fundamentos políticos

Ahora bien, ¿de qué tipo de experiencias teórico-prácticas estamos hablando? De qué se tratan estas "prácticas"? Asumiendo los límites propios de clasificar, preliminarmente podemos ubicar tres tendencias relevantes:

- a. El uso alternativo del derecho
- b. El movimiento judicial del Derecho Alternativo.
- c. El derecho paralelo, insurgente o achado en la rua.

A. El uso alternativo del derecho

Originalmente bajo la denominación UAD, se aglutinaron las inquietudes y propuestas de algunos jueces progresistas italianos, franceses y españoles en torno a la promoción de las facultades adjudicativas de los(as) jueces. Promoviendo la toma en consideración de las circunstancias reales de desigualdad social por parte de la judicatura, se esperaba producir fallos acordes a derecho en favor o beneficio de los sectores populares.

Si el derecho postula una igualdad formal ante la ley, la magistratura debe acortar las desigualdades reales para lograr fallos más justos.

En América Latina y sin la existencia de una solución de continuidad con la experiencia europea, el UAD hace referencia al quehacer de abogados (as) organizados o no en servicios legales y comprometidos (as) con el apoyo y promoción de luchas y causas populares a través del Derecho, de manera legal o extralegal.

Desde su surgimiento a mediados de la década de los 70's y en un contexto dominante de dictaduras, los denominados servicios legales alternativos como actores centrales mas no únicos del UAD, han constituido su identidad y diferencias cualitativas en un proceso de diferenciación con las asesorías legales para pobres patrocinadas por los estados o la empresa privada. Esta identificación por comparación ha arrojado algunas caracterizaciones formales y sustanciales básicas que en referencia directa a la década de los 80's, nos permiten describir esta experiencia al menos formalmente en el siguiente sentido:

- Los SLA promueven intereses colectivos en contraposición a las asesorías tradicionales comprometidas con casos individuales. Como correlato, los SLA asocian su trabajo a organizaciones populares, antes que a colectivos anónimos o a situaciones individuales.

- Los SLA desmitifican el saber jurídico, integrando a la comunidad o sector social en el entendimiento,

“Encontramos un conjunto heterogéneo, variado, múltiple de experiencias jurídicas críticas que configuran un movimiento amplio antes que un cuerpo teórico común”

diseño y desarrollo de la estrategia jurídica. Esto por oposición a la jerarquía- tutoría abogado-cliente mediada por el manejo del derecho y propia de las asesorías populares tradicionales.

- Los SLA desarrollan una práctica multidisciplinaria del Derecho, en asociación con sociólogos, politólogos, economistas en el entendido de que el derecho es una forma no neutral y no aislada de las relaciones sociales y de que un conflicto en apariencia jurídico es un conflicto con dimensiones políticas, sociales y económicas.

- El desafío central de los SLA es la promoción de organización social y política a sectores sociales en conflicto antes que vehicular demandas jurídicas como respuesta aislada a un conflicto social, económico, sexual o político de fondo.

- En su relación con el conflicto inicialmente jurídico, los SLA son

promotores de la politización de los conflictos jurídicos antes que de el control de la litigiosidad previniendo o llevando el conflicto a sus dimensiones jurídicas.

- Por último y sin agotar las caracterizaciones formales, los servicios legales se han conformado como ONGs, asegurando así una mayor capacidad de acción, independencia y compromiso político. Muy diferente al de su adscripción a la empresa privada o al Estado.

Ahora bien, en términos de su relación con el Derecho, los servicios legales parten de una posición anti-positivista. El derecho no es necesariamente lo legal. Además, tanto la ley como el derecho, son un producto social, no neutral, y cruzado por intereses políticos, económicos etc. Desde este rompimiento con la autonomía y con la legalidad del Derecho y como una consecuencia no siempre unívoca, el derecho se convierte en un instrumento una herramienta utilizable alternativamente. En parte esta alternatividad se asocia a los varios modos de utilidad que puede tener la ley y el derecho en la promoción de causas y luchas populares del campesinado, el sector trabajador, los indígenas etc. Esta instrumentalización del Derecho se expresa en tres niveles:

a. La efectivización o realización práctica de las normas constitucionales o legales favorables a los sectores excluidos que generalmente nunca se cumplen. (Los derechos humanos y garantías básicas)

b. La interpretación de las normas en favor de los sectores excluidos y explotados.

c. La ubicación y uso de las lagunas y contradicciones del sistema jurídico.

Ahora bien, por la amplitud de su punto de partida y en razón a factores varios asociados a la dinámica de cada país el trabajo de los servicios legales permite al menos dos tendencias. Para una parte de ellos, los usos del derecho deben nutrir la construcción de un sistema jurídico más democrático y a tono con las necesidades de la mayoría de la población dentro de un Estado de Derecho. A través de un uso amplio y social del derecho, se pueden determinar sus vacíos y superarlos. Así, el derecho es nutrido por lo real y la juridización de las expectativas reales es la mejor garantía de su efectividad.

Para otros, la instrumentalización del Derecho debe permitir mostrar sus límites para fortalecer los procesos de organización social y popular autónomos y ayudar en crear las bases de un orden jurídico alternativo, no estatal al menos en el sentido moderno capitalista y representante genuino de los valores e intereses populares. En este caso, el uso del derecho está subordinado a la promoción de organización, a la acción política de mediano plazo, en suma a un proceso de transformación social profundo.

Así, el UAD encarnado en los servicios legales al romper con las pretensiones de generalidad y univer-

“Los SLA desmitifican el saber jurídico, integrando a la comunidad o sector social en el entendimiento, diseño y desarrollo de la estrategia jurídica”

sidad del derecho vía la crítica al formalismo y la autonomía del mismo hace del derecho un instrumento relativamente neutral dirigido a nutrir un derecho realmente legítimo y eficaz y que para unos casos se ubica dentro los límites del estado de Derecho y para otros casos está en contra del estado y del mismo sistema capitalista.

B. Movimiento judicial del derecho alternativo

Atinente de manera general a las varias prácticas latinoamericanas críticas dentro del poder judicial, el aquí denominado movimiento Derecho Alternativo se ubica fundamentalmente en el sureste brasilero (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, San Pablo) con la experiencia tanto de un sector de la magistratura como de una parte la joven academia crítica de algunas facultades de Derecho como la Universidad Federal de Santa Catarina en Florianópolis, Brasil.

En palabras del juez Amilton Bueno de Carvalho, uno de los más notables representantes de este movimiento, el “Direito Alternativo” es una “actitud comprometida con la búsqueda de la vida y la dignidad para todos, y que ambiciona la emancipación popular con la apertura de espacios democráticos, tornándose instrumento de defensa/liberación contra la dominación impuesta”.

De manera similar al UAD, el movimiento del Derecho Alternativo tiene como presupuesto que la solución judicial de un conflicto supone la imposición de elecciones previas tomadas en el ámbito de lo político. Por ende, la interpretación, la aplicación y todo el enjuiciamiento de casos concretos, acaba por tener implicaciones políticas. En consecuencia, la actividad del juez, debe tener en cuenta no solo la legalidad, sino la legitimidad de su accionar. Esta legitimidad se expresa en la relación fundamental entre los contextos en los que deben aplicarse las normas y los principios generales del derecho que en toda situación democrática deben primar sobre las meras subsumciones hechos-normas.

Aun contando con la primacía de los principios generales del Derecho y las necesidades populares como criterios de legitimidad por encima de la ley, esta última cumple también un papel importante en la actitud comprometida de los jueces. Así, la ley a pesar de ser expresión de intereses dominantes, tiene lagunas, es interpretable en un sentido

progresista y prevee algunas garantías conquista de la humanidad tales como los derechos humanos y los principios generales del Derecho.

El reconocimiento de elecciones políticas en la labor del juez y su asociación con la noción de legitimidad como algo al margen si no contrario a la legalidad, sienta las bases de un salto cualitativo respecto del movimiento del Derecho Alternativo, si lo comparamos con la experiencia del UAD. En efecto, este colectivo de jueces rompe con la tradicional concepción neutralista de la ley, que concibe al ordenamiento jurídico como mero mecanismo aséptico de regulación social. Frente a ello, se resaltan los ineludibles componentes ideológicos que subyacen bajo toda norma, reflexión y/o actuación con relevancia jurídica. Por ello se considera que son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los mejores elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una norma jurídica. La idea de justicia se relaciona con las demandas de reconocimiento y satisfacción de las necesidades expresadas por la mayoría de de ciudadanos sometidos a la pobreza y la marginación. Y junto a esto, es lo social, lo popular, la fuente que marca el camino de la hermeneútica jurídica. Mediante el derecho junto con otras técnicas y mecanismos político económicos, se pretende subvertir el orden social vigente por otro más justo y solidario.

Frente al monismo jurídico que ve al Estado como el único sujeto creador de derechos, se insiste en que estos son generados por la

misma sociedad, por todos los individuos, por determinados grupos humanos o sujetos colectivos naciendo en el seno del mismo conflicto social. La reivindicación del pluralismo jurídico, también denominadas "direito achado na rua", nos pone ante la evidencia, no exenta de contradicciones, de un sujeto productor de normas: la sociedad en su compleja pluralidad, y un sujeto reconocido -no otorgador- y garantizador de las mismas: El estado de Derecho.

Por ello, la idea de legitimidad, apoyada sobre el acuerdo del colectivo social y en el terreno jurídico sobre los principios generales del Derecho y los derechos humanos, prima sobre la legalidad, sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas.

El gran paso del movimiento judicial brasilero en medio de su especificidad, ha sido el de ir más allá del instrumentalismo relativo del derecho propio del UAD. No solo se trata de utilizar el derecho vigente, se trata de quebrar su lógica positiva basando su interpretación en los principios generales del derecho pero sobre todo en las necesidades reales de las mayorías marginadas de la población a quienes se asocia el concepto de justicia.

C. Derecho paralelo, derecho alterno, derecho insurgente

Profundizando algunas de las líneas anteriormente presentadas, el análisis y búsqueda del Pluralismo

Jurídico ha venido adscribiéndose a este movimiento de experiencias críticas desde el Derecho en A.L. Bajo diversas denominaciones como Derecho Paralelo, Derecho Alternativo strictu sensu, Derecho Insurgente, Derecho achado en la rua y bajo diversas inquietudes: sistemas normativas ancestrales o supranacionales, se ha abocado la preocupación general en torno a la coexistencia de dos o mas órdenes jurídicos normativos en un mismo territorio. Sistemas, que como afirma Boaventura de Souza Santos, coexisten y no operan uniformemente sobre la base de una misma racionalidad ni sobre los mismos espacios sociales. También, que esos distintos derechos no funcionan totalmente separados sino articulados y jerarquizados. El centro de esa articulación, según Santos, la constituye el derecho estatal nacional.

Si bien el tema del pluralismo jurídico trae varias connotaciones y tipologías, incluidas aquellas que lo categorizan como el derecho propio del momento posfordista e internacional del capital, por su flexibilidad, particularidad, fragmentación del poder del Estado etc. En América Latina, buena parte del esfuerzo analítico y práctico alrededor del pluralismo jurídico ha girado en torno a la búsqueda o promoción del potencial emancipador de órdenes normativos no producidos por el Estado y en cabeza de sectores populares organizados o no.

Así bajo uno de los términos utilizados, Derecho Insurgente,

Daniel Reich nos habla de “un nuevo derecho creado por los oprimidos (producto de las luchas) de acuerdo con sus intereses y necesidades e inserto o no en las leyes vigentes y rescatado a través de las formas para que sea reconocido como un derecho vigente”.

Siguiendo y profundizando una línea común de hacer el derecho una expresión real de las necesidades y complejidades de la sociedad, el pluralismo jurídico en su vertiente emancipatoria, pretende encontrar y construir nuevas categorías cualitativamente diferentes y en buen sentido contradictorias a las presentes en el sistema jurídico estatal y con vocación paradigmática para el resto de la sociedad. En este sentido hoy por hoy podemos decir que los planteamientos más desarrollados en torno al pluralismo jurídico tiene la vocación de ofrecerse como un paradigma nuevo, alternativo al monismo jurídico, abstracto, universalista, positivo, formalista.

Esta expectativa, esta vocación, ha permeado el mismo trabajo de los servicios legales. Una parte de los abogados(as) vinculados (as) al U.A.D. luego de la crisis de las dictaduras y la recuperación de la democracia formal que tampoco responde a las necesidades de la mayoría explotada de nuestros países, se han refugiado en la búsqueda de los gérmenes varios de ese derecho paralelo y alterno.

Dentro del movimiento de experiencia teórico-prácticas desde el derecho, el tópico del pluralismo

jurídico con vocación emancipadora, parece entrar a jalonar, a guiar buena parte de los esfuerzos prácticos y académicos críticos desde lo jurídico en la actualidad.

III. Los aspectos comunes

En estas dos décadas, este cuadro heterogéneo de experiencias teórico-prácticas, ha vivido a mi juicio dos grandes etapas: a. Su surgimiento y crecimiento sostenido en la lucha contra las dictaduras, atinente fundamentalmente a la explosión de grupos de derecho humanos, centros de asistencia legal en temas agrarios, laborales etc y redes incipientes de trabajo y solidaridad nacional e internacional. Un segundo momento, posterior a la estabilización de las “democracias” recuperadas, donde se produce un reacomodamiento crítico de parte de estas prácticas a propósito de su reconocimiento e institucionalización por el Estado a través de sus políticas públicas. La estabilización algunas veces ingenua de las prácticas surgidas del primer momento, estuvo acompañada de la revaloración de temáticas como el género, el medio ambiente, los intereses difusos (medio ambiente, ecología), las causas indígenas en su relación con la lucha jurídica. Esto conjuntamente con el fortalecimiento creativo de las experiencias y análisis en torno al pluralismo jurídico.

Aun en medio de estas etapas, pueden vislumbrarse aspectos sustanciales más o menos comunes en torno al entendimiento particular del

Derecho y el Estado presente en estas prácticas:

a. Para las distintas experiencias el entendimiento y práctica del derecho debe comprometerse con los sectores excluidos y oprimidos de la sociedad y con la transformación de sus condiciones globales de vida. En este sentido el derecho debe reconocer su dimensión política valorativa controvertiendo de paso la identificación del derecho con la ley o con la neutralidad.

b. El derecho no es solo una expresión social en sentido escueto. Este debe reconocer, recoger, expresar las necesidades y valores de los sectores excluidos ya sea en la labor de interpretación judicial desde el marco del sistema de justicia vigente, como desde la construcción o búsqueda de un derecho nuevo.

c. La relación fundamental entre Derecho, Sociedad y el entendimiento de ella puede generar gérmenes de una nueva racionalidad, y una nueva ética alterna, emancipadora y con vocación de ampliación y permanencia en relación con la sociedad.

d. Para estas experiencias, el conflicto previo a lo jurídico, no es la otra cara del derecho, sino la oportunidad de potenciar sus posibilidades en aportar a un proceso de transformación social.

e. La transición político económica aún presente en América Latina ha significado el relevamiento de los límites y de los nuevos retos de las experiencias jurídicas críticas. Estos se expresan fundamentalmente en:

1. la ausencia de líneas básicas en torno a ese proyecto de transformación social, el cual aparece muy etéreo y voluntarista.

2. la creciente negación de los derechos conquistados dentro de la legalidad, por la realidad social, política y económica que los niega.

3. El debilitamiento del Estado nación a quien o contra quien se habían dirigido generalmente las reivindicaciones de los actores de estas prácticas.

4. Cierta voluntarismo y crisis en el financiamiento del trabajo de los grupos de servicios legales.

5. La falta de un conocimiento más cercano del nuevo momento político económico no solo en el marco de sus límites sino también el de sus posibilidades relativas.

***“Para otros,
la
instrumentalización
del Derecho
debe permitir
mostrar sus límites
para fortalecer
los procesos
de organización
social y popular
autónomos”***

Vistas así las cosas, el trasegar de las experiencias críticas ofrece dos niveles centrales para efectos del presente escrito. Por un lado, ha constituido una propuesta novedosa más no acabada de aproximación al

derecho, cuyas líneas fundamentales podríamos afirmar que se resumen en el derecho paralelo como posible paradigma alternativo al derecho capitalista estatal. Del otro lado, los cambios estructurales y globales que afectan a América Latina, plantean grandes inquietudes a una parte de estas prácticas críticas, les cambian su piso, las incorporan al discurso dominante. Esta situación plantea igualmente desafíos frente a como entender y afrontar el nuevo contexto.