

Justicia democrática o uso alternativo del derecho

Democratic justice or alternative use of law

*Lays Alejandra Meza Yances**

Fecha de recepción: 21 de julio de 2019

Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2017

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la corriente denominada uso alternativo del derecho, que surge como una opción ideológica para el desligamiento total de la norma jurídica existente. El artículo fue llevado a cabo a través del método deductivo, es de tipo descriptivo, documental, observacional y no experimental, partiendo del estudio de la evolución en el tiempo de este pensamiento, que comenzó como oposición a las instituciones tradicionales del Estado para brindarles a los menos favorecidos la posibilidad de defender sus intereses, que ya se encontraban vulnerados. Luego de analizar la forma como han asumido esta postura en las diferentes regiones del mundo y especialmente la visión latinoamericana, se deja claro que este concepto se encuentra influenciado en gran medida por corrientes políticas con tendencia de izquierda, por lo que se puede apreciar cómo un precepto de carácter filosófico trasciende al terreno político modificando estructuras de Estado.

Palabras clave: uso alternativo del derecho, justicia democrática, teoría antiformalista, neomarxistas, los pobres, garantías.

ABSTRACT

This article examines the current so-called Alternative Use of Law, which emerges as an ideological option for the total disengagement of the existing legal standard. The article was carried out through the deductive method, it is of a descriptive type, documentary, observational and non-experimental, beginning with the study of the evolution in time of this thinking current that began as opposition to the State traditional institutions, in order to offer the least favoured the possibility of defending their already violated rights. After analyzing the different positions in different regions of the world and especially the Latin American vision about this concept, arises the conclusion that such ideas, more than a change in the legal structure of the States, is the leftist-political tint imprinted on it, and therefore a call to sanity and reflection is made as to become neutral, and in turn, be able to identify the shortcomings of the system without entering into ideological passions.

Keywords: Alternative use of Law, democratic justice, anti-formalist theory, neo Marxism, the poor, warranty.

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura, seccional Cartagena. Correo electrónico: lamy-213@hotmail.com - laysmezayances@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Después de haber leído acerca de tantas teorías jurídicas ideológicas e interpretativas, entre las que se destacan las tradicionales iusnaturalistas y la positivista, surgen otros supuestos que buscan explicar la esencia de la ley y la incidencia que su aplicación puede generar en la sociedad.

En Italia, España y Brasil comienza a sonar una idea, influenciada por pensamientos neomarxistas, que busca eliminar el formalismo y lo cuadriculado del derecho y su interpretación, para convertirlo en una democracia que se ajuste a las necesidades de los débiles sobre los dominantes perpetuados en el poder.

A lo anterior se le conoce como uso alternativo del derecho, existen múltiples definiciones de esta corriente naciente que ha tomado fuerza en los últimos años y que presenta, como bien lo dice su nombre, una alternativa u opción a los problemas ortodoxos del derecho positivista. Pero la pregunta que surge con esta corriente es ¿el uso alternativo del derecho es la solución a los problemas de justicia? para acercarnos a una respuesta es obligatorio conocer a ciencia cierta en qué consiste esta nueva forma de ver el derecho.

1. CONCEPTOS

Dentro de los conceptos que se subrayan se encuentra el de Paulo Coelho (citado por Rodríguez Loza, 2013) en el que ha definido al movimiento como “un proyecto de construcción jurídica y política que se desarrolla por oposición y en contradicción crítica respecto a los modelos tradicionales del derecho” (p. 7).

Por su parte, la conclusión a la que llega el profesor López Calera, luego de la interpretación realizada a la teorización alternativa de Ferrajoli y Barcellona (citados por Laso Prieto, 1978), es que “el uso alternativo del derecho no trata de hacer la revolución con el derecho, sino reconducir las interpretaciones jurídicas progresistas al desarrollo de las contradicciones sociales no para la supervivencia de las instituciones, sino para restituir a la clase obrera la capacidad creadora de la historia” (p. 108).

Se ponen de presente así algunos autores que han intentado definir esta corriente actual de la filosofía del derecho, que pretende redireccionar la forma de interpretación de las normas jurídicas y reivindicar los derechos de la clase poco favorecida de la sociedad, tocando aspectos sociales, económicos y políticos.

2. TEORÍAS

2.1. Teoría formalista o racionalista

Pero para entender este salto alternativo se debe partir del estudio de la *teoría formalista o racionalista*, que corresponde al encasillamiento normativo que ha vivido el derecho desde sus inicios. Dicho en otras palabras, es la reflexión taxativa de la norma y toda la carga puesta por parte del legislador desarrollada en un fallo por el juzgador. La relación estricta que realiza el juez entre la norma y los hechos, e intentar que estos se engranen para poder dar su veredicto, es la premisa de esta teoría, que ve la ley como el imperativo, sin atender a circunstancias exógenas sociales.

Para dar una definición un poco más elaborada, se tiene que:

[...] con respecto a la Teoría Formalista o Racionalista, se ha centrado en el análisis interno de la normatividad, considerando a las normas como presupuestos abstractos y universales expuestos por el legislador que contendrían el derecho de una manera perfectible e intemporal, por lo cual su interpretación y aplicación no podría ser más que una reconstrucción de significados plasmado en el marco de los códigos escritos independientemente de otros tópicos extrajurídicos, limitando la función del juez a un ejercicio de tipo cognitivo por medio de la deducción silogística que confronta la hipótesis normativa y los hechos concretos. (Rodríguez, 2013. p. 3)

Esta teoría, a su vez, está conformada por varias subteorías que complementan el pensamiento clásico de esta postura, tales como:

- La escuela de la exegesis: culto al texto de la ley.
- Jurisprudencia de conceptos: expresiones lingüísticas contenidas en conceptos que pueden ser deducidas.

2.2. Teoría antiformalista o realista

En contraposición a la acostumbrada forma de entender el derecho aparece la *teoría antiformalista o realista*, definida por María Lourdes Souza (2001) como:

Una reacción doctrinal al exceso de formalismo y dogmatismo imperantes en la ciencia jurídica. Uno de los rasgos típicos de este movimiento es la negación de que las normas jurídicas posibiliten una previsión finita de las

consecuencias jurídicas o aun que agoten o abarquen, en sí mismas, todo el universo jurídico. (p. 11)

Para los defensores de esta teoría, no es posible concebir que la norma cubra la totalidad de conductas desviadas por parte de la sociedad, estando apartada de la particularidad de cada una de las culturas, y de la opinión y pensamiento de cada miembro de ellas. En últimas, lo que resulta de esta falta de atención al proletariado, al ciudadano del común, es la primacía del poder actuando a su discrecionalidad (entiéndase por poder el Estado y sus instituciones públicas).

Sin intentar confundir o desviar la temática tratada, se debe mencionar otro tópico que resulta importante a la hora de comprender el uso alternativo del derecho: el pluralismo jurídico o, como inicialmente fue conocido, *movimiento del derecho libre*. Uno de los movimientos de la corriente antiformalista da vía libre a que emerjan fuentes de derechos diferentes y hasta contrapuestas al derecho impartido por el Estado: “En el movimiento del derecho libre sobresale la tesis de que el derecho no se reduce a las leyes positivas, ni es creación única del poder estatal, sino que existen otras reglas que brotan espontáneamente de la sociedad y conforman lo que denominan ‘derecho libre’” (Souza, 2001, p. 11).

Relacionando la anterior definición con el concepto más o menos moderno del *pluralismo jurídico*, saltan a la vista similitudes, como si se entendiera que el primero es el antecedente inmediato del segundo. Unas de las definiciones más claras (citada por Tim Hidalgo, 2011), señala que: “El fenómeno del pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del derecho [...]. Implica la idea de que, junto al derecho estatal, existen otros derechos u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras en conflicto” (p. 11).

Al coexistir otros derechos diferentes al planteado por el Estado a través del poder legislativo, lo que pretende el uso alternativo es que se eche mano de los otros derechos poco usados en el contexto social y que estos sean asimilados por el juzgador, entendiéndolos como derechos independientes que merecen ser aplicados con igual rigor, como si se tratase del legislativo.

Y debido a esa pluralidad de derechos, cada uno tiene sus propios intereses, motivaciones y principios que lo caracterizan y con los que aquellos que congenian con esas ideas se identifican. Lo anterior es conocido como *jurisprudencia de intereses*. A esto hay que agregar que su interpretación en el medio jurídico resulta difícil por lo cambiante de tales intereses, pues estos pueden ser modificados o renovados.

Otra subteoría que apoya la emancipación del derecho es la llamada *jurisprudencia sociológica*, que se relaciona con un concepto más romántico en que se muestra al derecho como el héroe que vela por el desarrollo social, por el bienestar general, que establece valores que vendrían siendo algo así como el arma letal contra el juez, quien tendrá que tener en cuenta la ponderación de tales valores en el análisis de los hechos concretos del caso y la norma aplicable.

Y la última subteoría mencionada es el *movimiento de realismo jurídico norteamericano*. En ella se ve reflejada la frase “cada caso es un caso”, pues es tratado como tal, de forma independiente, atendiendo a las circunstancias que se presentan y a los intervinientes en él, haciéndolo único. Aunque sienten un precedente, los casos tendrán un grado de particularidad que los hace ser vistos siempre de forma distinta y, por ende, también lo es manera de llevarlos.

3. INFLUENCIA MARXISTA Y NEOMARXISTA EN LA TEORÍA ANTIFORMALISTA

Se debe partir de los primeros vestigios de las ideas marxistas aplicables al derecho para llegar a lo que se conoce como uso alternativo, con un cambio paradigmático de esta influencia: el neomarxismo.

Existen en el *marxismo* unos presupuestos base claves para comprender de lo que se compone el uso alternativo del derecho. Estos son:

- a. Sistema jurídico reducido a la estructura social.
- b. El derecho no puede ser entendido de forma aislada, sino siempre integrada por el contexto social de producción.
- c. La esencia del derecho en el dominio mayoritario.
- d. El derecho como herramienta de dominación por parte del Estado.
- e. Los jueces, títeres de los que ostentan el poder.

De tales presupuestos se entretejen conceptos que fundamentan la teoría, su *estructura* y su *superestructura*. Para la ideología marxista, la estructura es el pilar de la superestructura; analizándose separadamente, vendría a ser la segunda el reflejo de producción de la primera, en otras palabras, la imposición de reglas y procedimientos por parte de la clase dominante. Por lo tanto, el derecho ya está contaminado por el poder y no puede ser aplicado a la clase débil, en razón a que no beneficia sus intereses.

Pero el *neomarxismo* reconoce algunos rasgos que es necesario tener en cuenta para generar el cambio soñado por los idealistas. Esta subcorriente moderna plantea lo siguiente:

En este contexto, el Derecho como parte de la superestructura, considerado dentro del “bloque histórico”, y no simplemente reflejo de las relaciones imperantes, tiene un espacio político que es necesario hacer valer dentro de la lucha política por el cambio cualitativo de las mismas relaciones de producción de la sociedad. (Torre Rangel, 2006, p. 102)

Integradas estructura y superestructura, y no como instancias separadas, se le da cabida a la política, que, a su vez, le da paso al derecho, pero ya no como reflejo de lo que la clase dominante quiere que sea, sino como la clase social lo permita. Se establece de esta manera la relación constante entre derecho y política como fuente de cambio y única posibilidad de que los menos favorecidos puedan alcanzar los beneficios anhelados.

Así las cosas:

[...] lo que defiende el marxismo es que el derecho tiene en sí gérmenes tanto conservadores como revolucionarios, de tal forma que sus operadores pueden actuar de acuerdo con una de las disyuntivas: ser meros agentes reproductores del sistema dominante, o bien activos catalizadores de un proceso estructural transformador, tanto a nivel interno (del derecho y del aparato judicial) como a nivel externo (político, económico y social). (Souza, 2001, p. 20)

Para reforzar el auge del *neomarxismo* sobresalen tres exponentes que marcan el camino seguido por esta subcorriente. El primero, y el que es considerado como el precursor del *neomarxismo*, es Antonio Gramsci, que recoge los postulados de la izquierda, pero llevados a sistemas estables capitalistas.

Su principal teoría radica en la articulación entre sociedad civil y sociedad política. Brevemente se expondría que la primera se traduce en hegemonía, donde la clase dominada obtiene el dominio, y la segunda se asimila a las normas implantadas. Pero el camino no es fácil para llegar a la hegemonía. Además de la ideología, se requiere de la fuerza para alcanzar los fines propuestos. Por lo tanto, la revolución se configura como la única forma de que la clase social logre la hegemonía. Esta puede ser consensual (medios estratégicos) o de forma armada.

Aquellos próceres que se encargarán de la epopeya, de la toma de la hegemonía, son para Gramsci los intelectuales. Estos buscarán guiar a la clase social por medio de pensamientos y actuaciones revolucionarias para conseguir que se

cambie lo ya establecido. En resumen, se trata de la *revolución del derecho*, que entra a mejorar, junto con el fenómeno ideológico, la estructura dada por el Estado, y que ayudará a la permanencia de los cambios impartidos por la revolución.

Otro gran pensador y seguidor del neomarxismo es Luis Althusser, que plantea la *metáfora del edificio*, en la que los cimientos son la estructura económica y los pisos, que, aunque parten de las bases económicas, gozan de cierta independencia, son el contexto jurídico, político e ideológico.

Althusser (citado por Souza, 2001) explica sobre el Estado que “está constituido por aparatos represivos y aparatos ideológicos. Los primeros tienen como función impulsar al cumplimiento de las órdenes por medio de la fuerza. Los segundos tienen como función lograr el consenso social y la hegemonía” (p. 24). Pero no es absoluto, pues se requiere de la combinación de ambas para convencer a las masas y luego proceder con la ejecución de las reglas que se imparten. De esta manera, pretende la clase dominada obtener la hegemonía, imprimiéndole además el toque de coacción característica fundamental en la teoría marxista.

El derecho entra como mediador, ya que en la teoría althusseriana se piensa que si sirve para mejorar las condiciones de la clase dominante, así mismo servirá para atender las necesidades, utilizado por la clase dominada, que cambiará las bases de la estructura económica impuesta por el poder estatal.

Por último, en la lista de los defensores neomarxistas, encontramos a Nicos Poulantzas. Para este autor, el derecho no es igual ni en tiempo ni en espacio, es decir, cumple una función detallada para cada momento, por lo que dependerá su cambio de las medidas que se tomen para modificarlo. El poder que ostenta el Estado es producto de los aparatos tratados ya por Althusser, y estos pueden ser relevados por la clase dominada, partiendo del hecho de que el poder no puede permanecer bajo el mismo régimen. Así que la práctica de ese derecho dependerá de las personas que en ese tiempo se encuentren aptas para ejercerlo y de la forma de hacerlo, en aras de que sea aplicado a favor de los débiles, reestructurando el aparato estatal. En síntesis: “Se trata [...] no de utilizar las mismas fórmulas burguesas introduciéndolas en un contexto nuevo, sino de revolucionar las formas mismas con modelos propios de la clase obrera” (Souza, 2001, p. 26).

Como la llama el propio Poulantzas, la *positivación política de la praxis obrera* intenta darle la libertad y la justicia a la clase trabajadora, brindándole mayor participación en las actuaciones políticas, legislativas y judiciales. Ello se puede lograr a través de medios pacíficos y de diálogo, teniendo la revolución como última alternativa.

En cuanto al derecho: “Poulantzas considera que el nivel jurídico tiene una especificidad, una autonomía relativa y una función de mediación que puede ofrecer posibilidades tácticas reales en la praxis revolucionaria” (Souza, 2001, p. 28).

El derecho, para Poulantzas, juega en el bando del momento, por decirlo de alguna manera, porque se ajusta a los requerimientos del poder instituido y entra a asegurarse de que todo marche bien para el dominante. El autor considera que así mismo ofrecerá sus funciones al servicio de la revolución y sus obreros.

4. ANTIFORMALISMO EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

Revisando los antecedentes de la teoría antiformalista, específicamente los primeros pensamientos que propiciaron la aparición del llamado uso alternativo del derecho, se encuentra que en Italia brota esta teoría producto de los cambios que por la década de 1970 se generaban.

La Magistratura Democrática, como el primer grupo formal preocupado por algo más que las leyes y los códigos, quiere cumplir una función social. Jueces de la Italia capitalista y con problemas económicos simpatizan con los renacientes grupos sociales dispuestos a reorganizar el país con miras a la sociedad, al pueblo, a los que no son vistos ni escuchados.

Este grupo encuentra su antecedente en 1972, en el convenio entre juristas de izquierda desarrollado en Catania, siendo referentes Pietro Barcellona y Luigi Ferrajoli. El tema central era el uso alternativo del derecho y la jurisprudencia alternativa, ideas tuvieron eco en otras partes de Europa, especialmente en España, Francia y Alemania.

4.1. España

Llamándola Justicia Democrática, esta asociación surge como resistencia a la dictadura franquista. Más que un aporte al derecho, su intención era manifestarse en contra de la situación de opresión en el país, restándole poder al Estado regido por el autoritarismo de ese entonces, con un tinte más político que jurídico.

El congreso de Justicia Democrática era la renovación, los nuevos aires. En palabras de Timm Hidalgo (2011): “Esta, ya bajo el alero de la constitución, identificó como principal objetivo abrir el Derecho legal a los nuevos contenidos

constitucionales y en sus objetivos se asimilaría de manera bastante más clara al movimiento que trabajó por el uso alternativo del derecho en Italia” (p. 21).

Siguiendo la línea de Luigi Ferrajoli con su *derecho y razón*, actualmente existen pensadores que presentan un uso alternativo del derecho razonable: “un uso alternativo que no se enfrenta a un sistema capitalista opresor de las clases trabajadoras, sino que se centra en ampliar los espacios de libertad e igualdad frente a los grandes poderes” (citado por Timm Hidalgo, 2011, p. 21).

Sus principales exponentes son: Perfecto Andrés Ibáñez, Nicolás López Calera, David Sánchez Rubio y Modesto Saavedra.

4.2. Francia

El uso alternativo del derecho se materializa en Francia con la Escuela Científica, impulsada por François Geny, que centra su postura en el rechazo de la parcialidad del juez o *voluntarismo judicial*, y aspira a que el juzgador elimine de sus fallos y de su mente la subjetividad, que, a su juicio, ha causado tanto mal en el derecho aplicado y en la sociedad y lo invita a indagar por medio de la investigación.

Para ello es ineludible que el juez tenga presentes algunos aspectos:

En este contexto se encuentran algunos elementos claves y complejos de su pensamiento: La naturaleza de las cosas, que el juez debe indagar recurriendo a una gran cantidad de datos que proporcionan las ciencias sociales, teniendo especial preocupación por percibir la utilidad social y la justicia de la decisión. (Timm Hidalgo, 2011, p. 39)

Ahora bien, como parte de su iniciativa en la búsqueda de una verdadera justicia, pone sobre la mesa el método idóneo para llegar a ella: *la libre investigación científica*. El juez debe echar mano de todos los datos, como los históricos, sociales, económicos y culturales, y, en general, de todo lo que pueda nutrirse para la construcción de datos sólidos que respalden una buena decisión.

Como valor agregado dentro de su afán de libertad jurídica en cuanto a práctica judicial, se resalta el respeto por las instituciones, por la norma. La legalidad, para el pensamiento francés, viene con un peso histórico, que aun los nuevos precursores de nuevas teorías no pueden desligar.

4.3. Alemania

El movimiento del derecho libre, del cual ya se hizo mención, nace en Alemania, y en él sobresalen varios autores que realizaron críticas principalmente a la jurisprudencia de conceptos, entre ellos: Rudolf von Jhering y Eugen Ehrlich, entre otros. Pero aquel que fue considerado exponente principal de este movimiento fue el conocido Gnaeus Flavius (su nombre real, Hermann Kantorowicz).

Flavius centra su posición en críticas acérrimas al Estado y al derecho que impone a la sociedad, pues considera que no van acorde con la concepción que esta reconoce. Dicho por él mismo (citado por Timm Hidalgo, 2011), se trata de *un derecho independiente del poder estatal*, de dejar que la sociedad por sí misma aprehenda el derecho que reconoce, porque es una construcción cultural que obedece a un tiempo y a un espacio; no debe ser impuesto y atornillado a un presente inmodificable.

Lo anterior es aplicable a las prácticas judiciales, porque ya no se limita la mente ni la voluntad del fallador a la legislación, a las técnicas de interpretación y silogismos para llegar a dirimir el conflicto, sino que se adapta a las condiciones sociales que en ese momento predominan para llegar al resultado esperado: “El rol creador del derecho que el movimiento reconoce al juez, conlleva que el protagonismo de su pensamiento está en él y no en el poder legislativo” (Timm Hidalgo, 2011, p. 46).

Implica entonces una rebeldía judicial, donde el juez se revela contra la norma instituida y aplica el criterio favorecedor en los términos que él disponga, sin miramiento a las consecuencias de la desaplicación de la ley vigente. En últimas es una desobediencia al sistema estatal y las normas por las cuales se rige.

4.4. Estados Unidos

Aquí prevalece el estudio del realismo jurídico. Partiendo de la distinción de derecho y moral, su precursor, el juez Holmes, proyecta un derecho encaminado a los jueces con mentalidad social; dicho de otro modo, sensibilización. Las normas, fuente primordial del derecho, son dirigidas al ámbito social.

El realismo jurídico cuenta con varios autores que aunque han aportado elementos claves a la consolidación de este movimiento, aún tienen carencias en materia de conceptualización de su teoría. Estos son: K. LLwellyn, J. Franky y el ya enunciado Holmes. Se podría pensar que su falta de definiciones claras para su movimiento se debe a su oposición rotunda a los mecanismos de conceptualización y definición del derecho. Lo cierto es que van en contra de encasillar

al derecho en meros conceptos que le aportan poco o nada a la verdadera vida jurídica y social.

Una aproximación a la definición del movimiento (citada por Timm Hidalgo, 2011) plantea que:

El realismo como su propia definición sugiere está animado por un afán de anclar el estudio del fenómeno jurídico en realidades tangibles, empíricamente constatables, y, en este sentido, su atención se centrará en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados los componentes esenciales del concepto de derecho. (p. 53)

Como parte de la autonomía, el realismo jurídico rechaza cualquier concepto que, de alguna manera, limite la práctica judicial, y, por el contrario, busca que no exista un criterio único y válido, sino que se le dé cabida a otras visiones dependiendo de la situación jurídica planteada.

Se hace un alto para exponer concretamente el movimiento característico de las teorías críticas del derecho y de los estudios que rondan en Estados Unidos, y que, además de eso, le aportan ampliamente a la aplicación de ese derecho. David Trubeck y Duncan Kennedy le dan vida al movimiento de los Critical Legal Studies (CLS), teniendo como eje central el derecho y la sociedad: “Su labor se centró en investigar y describir cómo opera el derecho con una función legitimadora y paralizante y criticar la falsa necesidad de las estructuras o creencias de carácter más liberal” (Timm Hidalgo, 2011, p. 57).

Partiendo de la base de que el realismo jurídico surge como una manifestación contra las estructuras tradicionales del Estado para volcar el derecho más hacia las masas, los seguidores de este movimiento sustentan sus ideas en la llamada indeterminación del derecho, que es la protesta de la estructura y el surgimiento de diferentes criterios, ideas y concepciones del derecho.

5. VISIÓN LATINOAMERICANA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

En Latinoamérica, la perspectiva innovadora del uso alternativo del derecho se agudiza un poco más que en otros sectores del mundo, y la razón se sujeta a las condiciones económicas, de productividad, y al manejo de los recursos públicos por parte del Estado.

Para el europeo, se encuentra presente el acatamiento a la ley, un poco más flexible, un poco más accesible, pero existe la obediencia. En Latinoamérica el

pensamiento es otro. Se hace necesario que *el pobre* tenga los medios suficientes para defenderse de la clase dominante, y para ello se crean *los principios generales del derecho del pobre*, que van mucho más allá de lo establecido y podrían ser la solución a los problemas jurídico-sociales del sistema.

Claramente lo explica Amilton Bueno Carvalho (citado por Torre Rangel, 2006), al afirmar que:

En nuestra realidad, tengo que, en determinados casos, hay que romper los límites de la legalidad. Aquí todo es tan cruel y agresivamente contradictorio que, en la lucha trabada en lo jurídico, no se permite aceptación de tales límites. El derecho que allá es tenido como alternativo ante las conquistas de la clase trabajadora ya erigidas a condiciones de ley, aquí asume el papel de uso del propio derecho en la búsqueda de las mínimas condiciones de vida con dignidad del pueblo. Y en esa búsqueda, si la legalidad es obstáculo, debe ser superada con la utilización de principios generales del derecho del pobre, los cuales están por encima del derecho positivado. (p. 105)

Por esta razón, se introduce en nuestro territorio la distinción entre uso alternativo del derecho y el uso del derecho, siendo el primero mucho más desarrollado, abarcando todos los campos jurídicos incluyendo hasta los académicos, mientras que el segundo tiene el limitante de la legalidad y el respeto por la norma, situación que, en criterio de los impulsores latinoamericanos, sigue perjudicando al pobre.

5.1. El derecho alternativo usado por los pobres

Retrotrayéndonos a la historia, donde tal vez se encuentran las respuestas que se necesitan en el presente, es prudente aludir a la labor de independencia que propició la burguesía en los tiempos del feudalismo. Los comerciantes sufrieron un proceso de cambio, bueno, más bien la sociedad de esa época soportó los cambios, ya que en últimas terminaron por imponer sus costumbres y su manera de manejar los negocios y las obligaciones que de ello devenían.

Jesús Antonio de la Torre Rangel habla de las facetas evolutivas de la burguesía. La primera etapa, que se podría llamar *inconformismo*, está constituida por las primeras molestias que siente la burguesía en el ejercicio de su actividad comercial, razón por la cual cree en la necesidad de aunar esfuerzos para mejorar su situación. Como segunda etapa, luego de su reconocimiento como clase, viene su ratificación dentro de la sociedad, y empieza a instaurar sus propias

instituciones, que, de inmediato, chocan con el sistema feudal. En la tercera y última fase, que se llamaría *desligamiento*, ya que no hay manera de encajar en las exigencias feudales, se crea un sistema válido y reconocido por la burguesía que solucione los problemas propios de su actividad (Torre Rangel, 2006).

Así mismo debería hacer el pobre para cambiar el estado de las cosas. Una batalla por el reconocimiento y por mejorar su realidad social y sobre todo jurídica, debe hacer que tome fuerza su iniciativa y logre al fin alcanzar su autonomía normativa. Aunque ya se vean rasgos legislativos que favorecen a la clase obrera en materia laboral, esta no se puede considerar como una emancipación total del pobre frente al estado.

En Latinoamérica ya se evidencia un intento por desviar el sendero del poder estatal con miras a los pobres, al desprotegido. Brasil, por sus cambios políticos y el periodo de transición al que se ha visto sometido, se manifiesta de forma diferente y reacciona ante la necesidad de la sociedad de ser tenida en cuenta en los procesos gubernativos.

5.2. Brasil

Acompañado de la teología, Brasil se alimenta de espiritualidad para cambiar desde ese punto el contexto social. Timm Hidalgo (2011) explica que “se trata de un movimiento que en lo substancial, plantea que la liberación espiritual de la persona debe alcanzar la estructura social y el sistema opresor” (p. 22). La presión que ejercieron estos grupos religiosos derivó en una sacudida normativa, pues las leyes que a partir de entonces empezaron a promulgarse daban fe de un cambio muy esperado por los sectores subalternos.

Otro grupo que se hace notar en la potencia latinoamericana son los conocidos como *servicios legales alternativos*. Se trata de una generación de abogados que, más allá de los dividendos que les generen sus servicios profesionales, persigue un objetivo social que se traduce en ayuda a la comunidad para superar la ignorancia jurídica y defender los intereses de los menos favorecidos.

Pero sin duda el grupo más representativo de Brasil enfocado en el uso alternativo del derecho y su empleo de la mano del pobre es el llamado *grupo de magistrados gauchos*, que se preocupa por la difusión de la información y la enseñanza a jueces y sociedad para comprender la dimensión de un derecho alternativo basado en el bienestar social.

6. CRISIS DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO Y SU TRANSFORMACIÓN AL GARANTISMO

La ideología alternativista, dispuesta a todo por un vuelco de corte jurídico-político, de influencia socialista neomarxista, y que enfila sus esfuerzos a los pobres, clase dominada o marginados, ha caído en crisis. Defensores de esta postura radicalista entran en un estado de crisis existencial donde se entra a revisar todo lo que se dijo y todo lo que se habló, por razones que se conocerán más adelante, pero que marcan la entrada de otra posición que, aunque aparentemente contrapuesta, nace de las cenizas alternativas del derecho.

El epicentro de la discusión y posterior separación del camino revolucionario del derecho es señalado por Souza: “El punto central de las discusiones y desavenencias se dan entre aquellos que continúan defendiendo la necesidad de una actuación o mediación política en clave socialista por parte del grupo y aquellos que defendían una actuación desvinculada y autónoma del mismo” (Souza, s.f., p. 235).

Inclusive se vuelve a la reminiscencia de la ley, que es desenterrada para solucionar los altercados jurisdiccionales y que el alternativismo no supo manejar:

De hecho los que defendían una retracción del vínculo político con las fuerzas políticas y sociales que actuaban en el área de la izquierda, sostenían la necesidad de una actuación jurisprudencial más rigurosa y prudente, incluso incitando a una cierta recuperación de algunos valores tradicionales de la cultura jurídica, como, por ejemplo, los caracteres del Estado de derecho o ciertos valores de garantía jurisdiccional como la vinculación de juez a la ley (aunque entendida en su dimensión eminentemente constitucional). (Souza, s.f., p. 236)

Así, la crisis del derecho alternativo se acrecienta por motivos ajenos a su mismo pensamiento, circunstancia externa que influye de manera innegable al interior de este movimiento, haciéndolo tambalear en su posición arraigada desde los años setenta. A manera enunciativa, estos motivos son:

La consolidación efectiva del proceso democrático, la ya referida crisis de la izquierda, nuevos fenómenos de violencia y delincuencia tanto institucional (corrupción, clandestinidad e ilegalidad político-económica, uso abusivo de las legislaciones de emergencia, etc.) como ciudadana (especialmente la criminalidad organizada-terrorista y mafiosa). (Souza, s.f., p. 236)

Debido a lo acontecido se replantean todos los postulados, llegando al *garantismo* como una elevación de los derechos fundamentales al rango de protectores

indivisibles de la sociedad, reivindicando la constitucionalidad de las leyes. Como principal premisa defendida por los seguidores de esta corriente, según María Lourdes Souza en su ensayo *Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica*, se precisa, a la hora de definir este resurgir del derecho alternativo, entender que:

[...] La estructura de legalidad del derecho moderno contiene substratos no solo formales sino también sustanciales. De acuerdo con esto, hay un doble nivel de legalidad que no solo programa las formas de producción del derecho mismo, a través de las normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones, sino que también programa sus contenidos, vinculándolos a un plano superior de juridicidad donde están ubicados los derechos y principios básicos del sistema. Este plano superior no es otro que el de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. (2001, p. 244)

El garantismo reivindica los derechos fundamentales y les da protagonismo a la democracia política y a la democracia social. Así, Estado y sociedad conviven armónicamente, protegiendo los intereses del otro y equilibrando las cargas económicas. Principios estos que recogió del capitalismo burgués, cambio abismal entre lo que era el antiformalismo neomarxista a proteccionismo capitalista.

Pero aunque a simple vista alternativismo y garantismo parecen irreconciliables, tienen puntos en donde ambos convergen de una manera particular. El garantismo engrandece el papel protector de la constitución y de sus mecanismos de defensa de los ciudadanos, labor que siempre han resaltado los alternativistas, viendo en la constitución el patrón por el cual se debe regir cualquier proceso de cambio y por medio del cual se debe interpretar toda norma jurídica. Pero vuelven a distanciarse en cuanto al medio en el cual se desenvuelven, puesto que el uso alternativo se mueve en un contexto socialista donde desatiende cualquier norma que se encuentre por debajo de la constitución, mientras que los garantistas, amparados por la democracia, pretenden revivir el valor de la legalidad trayendo a la sociedad normas que mejoren la situación de los ciudadanos.

En términos generales, aun cuando se trate de ambientes políticos distintos, ambicionan una calidad de vida mejorada para aquel que no tiene los medios para proporcionársela. Garantismo y alternativismo realizan las mismas actividades de examinar y escudriñar la ley y el ejercicio de esta en el ámbito jurisdiccional, visualizar las fisuras, tratar con sus ideas de enmendar lo que para ellos se encuentra en deterioro y, por último, proporcionar las herramientas pertinentes para que los ciudadanos puedan garantizarse una estabilidad dentro de la sociedad.

7. CRÍTICAS AL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Ya se expuso *grosso modo* el aporte que desde sus inicios realizaron los pensadores alternativistas a la aplicación del derecho orientado al pobre y las implicaciones que conllevaba si se hacía de la mano del carácter político, como todos los procesos de reestructuración del tejido social. Surgen así, en la mente de la que escribe, ciertas apreciaciones que merecen ser compartidas con los lectores.

7.1. El término *pobre*

La primera de ellas es el término *pobre*. Como se percibe en el escrito, de forma repetitiva se manifiesta este término, que, desde un punto de vista objetivo, no es despectivo sino que corresponde a una realidad social estratificada según la adquisición de riquezas que pueda ostentar. Si no posee ninguna a la vista de sus iguales, será llamado como pobre.

Adentrándonos al tema debatido, que es el uso alternativo del derecho, América Latina tiene una visión un poco más deprimente en relación con el beneficiado (pobre). Considera Jesús Antonio de la Torre Rangel, en su escrito *El derecho como arma liberadora de América Latina* (2006), que opta “por el término pobre o pobres como categoría sociológica, y no por otro como podría ser proletariado, clases subalternas, clases dominadas, pueblo u otros, en virtud de que creemos que es la que más se acerca a la caracterización de estos nuevos sujetos de derecho”. Además, hace ciertas citas que dan fe del hecho de que llamar a los beneficiados pobres abarca ampliamente el cambio que el uso liberador del derecho está dispuesto a emprender.

Desde un punto de vista crítico, el hecho de llamar al proletariado pobre no genera el cambio anhelado que esperan estos héroes del derecho. El *pobre* está siendo utilizado para generar lástima social, para victimizar al ciudadano común y levantar a los rebeldes en contra del poder estatal y así lograr los fines socialistas que se han trazado. Bien han dicho los alternativistas inicialistas, como Gramsci o Althusser, que por los medios armados, a través de la revolución activa ideológica y de coacción, se logra una superestructura diferente: remover sentimientos denigrantes, de opresión y represión, es la manera más audaz para que el ciudadano común despierte su dignidad herida y salga a la calle a luchar por lo que le han arrebatado.

Por lo anterior, pareciera que se acude a las pasiones a través del empleo de este término, con el fin de levantar a las masas para que busquen la liberación por

medio de la lucha armada y tomar el poder, generando evidentes cambios en la estructura jurídica conocida.

7.2. El uso alternativo del derecho como fuente de caos

La base de esta teoría básicamente es que el derecho actual no sirve porque emana del Estado, manejado por la clase dominante, por tanto, los pobres deben realizar su propia emancipación del derecho impartido que los aprisiona y los coarta, para luego crear sus propias leyes a través del logro de la hegemonía, en otras palabras, alcanzar el poder.

Esas subcorrientes adornan el uso alternativo como el derecho libre que pregona la coexistencia de normas estatales y aquellas que se originan naturalmente en la sociedad y que por consiguiente son superiores a aquellas en razón de las mayorías. Que el juzgador debe aplicar lo que ve, y no lo que está en la norma consagrada —porque esas son normas privilegiadas—, no es más que obligar al sistema a doblegarse frente a las ideas socialistas, que simplemente quieren ostentar el poder.

La jurisprudencia sociológica, que se escucha melódica en los oídos de los ciudadanos, con los principios de justicia y bienestar social, presenta el uso alternativo como la solución a los problemas de desigualdad. Si el derecho, más allá de las ideologías o corrientes políticas, fue creado para dirimir conflictos y brindarles a sus asociados mejores oportunidades y calidad de vida, ¿Qué protección y qué garantías jurídicas podrían brindarse en una sociedad donde se arremolinan varios sistemas jurídicos, el de las clases dominadas, el de las dominantes, para los grupos culturales y para todo aquel que se le ocurra que no le apetece obedecer ese derecho, sino que plantea otra opción que se acople a sus intenciones? La respuesta es: el caos.

7.3. La cara revolucionaria y la cara burguesa

La pantomima que se defendió por tantos años, con rasgos marxistas, con la consigna *por y para el pueblo*, de repente se da cuenta de que el radicalismo no conduce a nada, y se reinventa y se transforma en un garantismo con rasgos democráticos, abierto al derecho, a su organización y la revitalización de la legalidad.

La pregunta que surge es: ¿Por qué no mantenerse en su postura contra viento y marea? Cuando se tiene una idea, que además se encuentra fundamentada por investigaciones y posiciones doctrinales, ¿por qué no defenderla a capa y

espada?, sin que importe el predominio de la camada política del momento, sin que importen las circunstancias que apremian... Si de verdad se encuentra convencido de ello, se lucha intelectualmente hasta las últimas consecuencias.

Se puede evidenciar el cambio de posiciones en varios de sus principales defensores. Tal es el caso de Pietro Barcellona, precursor, junto con Ferrajoli, del uso alternativo del derecho e ideas izquierdistas. En las últimas reuniones de Magistratura Democrática, Barcellona ha sostenido (citado por Laso Prieto, s.f.):

El uso alternativo del derecho, en cuanto a fungibilidad y manipulabilidad del texto normativo, es ahora ya un concepto superado, presentando dos límites: uno de carácter teórico, porque el mismo permanecerá siempre en el álveo de la interpretación; y uno de carácter práctico, en cuanto aseguraría a los magistrados el papel defensivo y reductivo en función suplente. (p. 123)

Así mismo, siguió manifestando que:

La jurisprudencia alternativa ligada a una visión de la ciencia jurídica que se identificaba con la “interpretación” de la norma, tuvo su razón de ser en una fase de actitud defensiva del movimiento obrero y democrático italiano. En esta situación un sector de la magistratura se vio en la necesidad de asumir, en apoyo al orden democrático, la defensa de las opciones políticas y movimientos en las áreas institucionales correspondientes. Sin embargo, esta función “suplente” deja de ser necesaria ahora, cuando se asiste a “una dilatada hegemonía de la clase obrera” que se traduce en la modificación de los aparatos institucionales y creación de nuevos instrumentos capaces de expresar esa hegemonía. (p. 124)

Perfecto Andrés Ibáñez (citado por Laso Prieto, s.f.) también ha sido enfático. Forzado o no, lo cierto es que el giro que ha dado el derecho alternativo es total. El autor expresa:

Al anterior punto de vista cabe objetar que si es cierto que nunca se ha pensado por los juristas alternativos sustituir con su práctica la lucha política, lo que sería ciertamente ridículo, también lo es que el uso “alternativo” expresa un planteamiento del Derecho lo suficientemente radical como para que no pueda ser desplazado por una modificación de la coyuntura que, si es importante por lo que conlleva de afianzamiento y progreso de las fuerzas tradicionales de izquierda, está aún muy lejos de traducirse en un efectivo control institucional y un cambio cualitativo del marco jurídico. (p. 124)

En resumen, la mutación de una idea a otra atiende a momentos histórico-políticos, que son los que marcan la ruta del pensamiento jurídico y de los pensadores que viven esos momentos.

Así, cuando esa realidad era desigual, injusta y opresora, la lucha era por su desmantelamiento y supresión. Pero cuando era más igualitaria, democrática y justa la estrategia es de defensa, mantenimiento y preservación. De ahí que la táctica del uso alternativo se dé en clave antiformalista o progresista mientras que la del garantismo en sentido formalista o de conservadurismo (en sentido de conservación). (Souza, s.f., p. 255)

En otras palabras, el cambio que se da en una teoría es en realidad una adaptación que acarrea una sociedad con objetivos diferentes, con una economía acelerada y la necesidad política de ir al ritmo que esta marca.

En este contexto, el deslizamiento de los presupuestos alternativistas hacia el garantismo no constituye, en sí mismo, una gran ruptura con relación a las líneas defendidas en el pasado, sino que se trata simplemente de una alteración requerida por la mutación del cuadro histórico y frente a los nuevos y graves problemas del presente. (Souza, s.f., p. 234)

CONCLUSIÓN

Se debe dejar muy en claro que con este reproche no se intenta tapar el sol con un dedo. Los grandes abismos en la distribución del erario público son profundos y la presencia de las desigualdades es innegable, pero la solución a los problemas socioeconómicos no está sujeta a una pluralidad de normas o a una preponderancia del pobre, porque esto —privilegiar a una clase o a otra— lo que hace es ensanchar la brecha de la desigualdad y la inequidad.

Ser extremista radical, ir al bando del rico o del pobre, no contribuye en nada a una sociedad justa. El derecho entra a resolver lo que los hombres por nuestra propia voluntad y capacidad de raciocinio no somos capaces. Se requiere, por ende, algo más allá de nosotros, que se encuentre por encima de nuestras propias creencias de lo que es correcto o conveniente, algo que imparta autoridad y cuya decisión sea respetada, para acabar las controversias que en la sociedad se suscitan.

Que el aparato jurisdiccional debe ser imparcial, es cierto; que los jueces deben estar dotados hasta el cuello de razón y objetividad, verdadero; y se entiende el afán de estas corrientes de inventarse miles de técnicas de interpretación para lograrlo, pero no se puede dejar de lado que esos que se sientan frente a las partes

con una toga y un martillo son hombres, ilustrados, estudiados, preparados, pero al fin y al cabo hombres que se equivocan, que fallan.

Todos, como asociados a un Estado, debemos hacer uso de los mecanismos que la misma ley nos proporciona en defensa de nuestros intereses. Las herramientas existen, tal vez se promueva un cambio legislativo que haga una modificación para mal, es factible, y ya se pronunciarán los afectados, pero al punto que se quiere llegar es que existan unas instituciones que cumplan una función principalmente organizadora.

Ahora bien, los cambios bien planeados son los más convenientes para obtener un beneficio general, y se aplaude la hazaña individual o grupal que logre transformar su entorno y hacerlo un poco más llevadero, por lo menos. Pero generar cambios que solo traen desorden, desigualdad y más desestabilidad social de la que ya existe, es una zancada en retroceso. Lucha armada, desaparición del Estado y libre albedrío son posiciones que no corresponden a una realidad que va en ascenso.

Despertar sentires pasionales de esclavitud nubla la razón y, aunque muchos se rehúsen a aceptarlo, lo único que genera son sentimientos de compasión y misericordia por desvalidos sin nadie que vele por ellos, sensiblería que no aporta al cambio pero que sí ocasiona odios y rencores que inhabilitan la posibilidad de que esas mismas personas que no tienen los medios para superarse —eso sí es real— salgan del abismo y avancen hacia una vida mejor.

REFERENCIAS

Ferrajoli, L. (s.f.). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24861.pdf>

Ibáñez, P. A. (2006). *¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del “uso alternativo del derecho”*. Recuperado de http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/318370/mod_resource/content/2/%C2%BFDesmemoria%20o%20impostura%3F%20un%20torpe%20uso%20del%20uso%20alternativo%20del%20derecho.pdf

Laso, J. M. (1978). Sobre el uso alternativo del derecho. *El Basilisco*, (2). Recuperado de <http://fgbueno.es/bas/pdf/bas10216.pdf>

Laso, J. M. (s.f.). *Fundamento constitucional del uso alternativo del derecho*. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico-1978-1-13060/PDF>

- Rodríguez, L. L. (s.f.). El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución. *Revista Amicus Curiae*, 2(1). Recuperado de http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/vol2_num1/Uso_Alternativo_del_Derecho.pdf
- Souza, M. de L. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/161c5c82-c1af-4baa-9745-546e7c207bd1/Souza,+M.+L.+El+Uso+Alternativo+del+derecho.+G%C3%A9nesis+y.pdf?MOD=AJPERES>
- Souza, M. de L. (s.f.). *Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica*. Recuperado de Dialnet-DelUsoAlternativoDelDerechoAlGarantismo-14238.pdf
- Timm, A. K. (2011). *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico*. Recuperado de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18742/TFM_MEADH_Ana_Timm_2011.pdf?sequence=1
- Torre, J. A. de la (2006). *El derecho como arma de liberación de América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf>