EL DERECHO COMO ARMA DE LIBERACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Sociología jurídica y uso alternativo del derecho

Jesús Antonio de la Torre Rangel

EL DERECHO COMO ARMA DE LIBERACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Sociología jurídica y uso alternativo del derecho

Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez
Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí

Primera edición (Centro de Estudios Ecuménicos), 1984
Segunda edición (Instituto Cultural de Aguascalientes), 1997

Tercera edición, 2006

© Derechos reservados por
Jesús Antonio de la Torre Rangel

© Comisión Estatal de Derechos Humanos
Mariano Otero #685, Tequisquiapan, San Luis Potosí, S.L.P.

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Álvaro Obregón #68, Centro, San Luis Potosí, S.L.P.

© Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez
Colón #443, Barrio de Triana, Aguascalientes, Ags.

ISBN 968-9065-00-9

Edición a cargo del
Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho

A Chela, mi esposa. Compañera inseparable en la búsqueda del Reino de Justicia.

A Jesús Antonio, Oscar Arnulfo, Juan Diego, José Arturo y José Francisco, mis hijos. Novedad histórica, portadores de la esperanza del advenimiento de una "Nueva Tierra".

ÍNDICE

Prólogo **11**
Presentación **17**
Objetivo **19**

Capítulo I
Cuestiones preliminares

Introducción. 23
1. Hipótesis de trabajo: preliminar de las cuestiones preliminares. 29
2. La Analogía y el ser del Derecho. 29
3. Filosofía del Derecho y Ciencias Jurídicas. 34
4. Filosofía Jurídica de la Sociología Militante. 38
4.1. Derecho, derechos humanos y justicia. 41
4.1.1. El Derecho natural como legitimador del sistema o como arma de lucha. 42
4.1.2. Sobre la justicia. 45
4.1.3. Los derechos humanos y el criterio de lo justo, como principios de una conciencia de lucha. 49
5. El pobre, también como categoría sociológica. 50

Capítulo II
Sobre la Sociología Jurídica

Introducción. 53
1. El ser y el quehacer de la Sociología Jurídica. 53
2. El problema de la neutralidad de la Sociología Jurídica; la cuestión de los valores, y de las intenciones políticas. 55
3. La teorización del uso alternativo del Derecho y la crítica jurídica, como Sociología Jurídica militante. 58

Capítulo III
La función del Derecho Moderno en América Latina

Introducción. La razón de ser de este capítulo. 65
1. Bases teóricas. 65

1.1. Fundamentos, instituciones y características del Derecho Moderno en la formación social capitalista. 68
1.1.1. La evolución histórico-jurídica. 68
1.1.2. La concepción del hombre y de la sociedad del individualismo liberal o posesivo. 74
1.1.3. Principales instituciones del derecho capitalista. 76
Propiedad privada libre. 77
Libre contratación. 80
El Estado gendarme. 81
1.1.4. Características del derecho moderno. 82
2. Fetichización del Derecho moderno. 83
3. El Derecho y el Estado en Latinoamérica. 85
3.1. Algunas características de la juridicidad en la América española. 85
3.2. Penetración del Derecho moderno en América Latina. 85
3.3. La juridicidad latinoamericana actual. 91
4. Globalizaciones. 95

Capítulo IV
Posibilidad del uso del Derecho en servicio de los pobres

Introducción. 99
1. Lo estructural y lo superestructural. 100
2. Uso alternativo del Derecho: uso alternativo de toda la juridicidad. 104
3. De los puntos fundamentales para el uso del Derecho de una manera alternativa. 107
3.1. La búsqueda de la normatividad utilizable. 107
3.2. La defensa de una función más amplia de parte del Poder Judicial. 108
3.3. Un cambio en la forma de pensar el Derecho. 112
3.4. El uso de los instrumentos jurídicos para agudizar las contradicciones del ordenamiento jurídico en vigor. 113
3.5. La conciencia de a quién sirve el derecho o ley. 114
4. Facetas del rol de la juridicidad en apoyo de las clases dominadas y una hipótesis utópica. 114
5. Espacios para el uso alternativo del derecho objetivo. 118
6. Uso alternativo de los derechos subjetivos: derechos humanos como derecho insurgente. 122
6.1. Los derechos humanos como uso alternativo del Derecho. 123
6.2. La opinión de los Weyl sobre la importancia de los derechos. 126

6.3 Uso alternativo del Derecho y uso pedagógico de los derechos subjetivos. 127
7. Alternatividad del discurso jurídico de los Derechos Humanos. 129

Capítulo V
Casos y cuestiones conexas al uso alternativo del Derecho

Introducción. 131
1. Casos. 133
1.1. Un caso real. 133
1.2. Otro caso, no menos real, de uso alternativo del Derecho. 135
1.3. Conciencia y uso alternativo del Derecho. (Un caso más). 137
1.4. Huayacocotla: un caso de distintas facetas de uso alternativo del Derecho. 142
1.4.1. Huayacocotla. 142
1.4.2. La lucha por los Derechos Humanos. 144
1.4.3. La lucha jurídica. 146
A) El uso alternativo del Derecho. 146
B) Derecho que nace del pueblo. 148
C) La Justicia Reclamada. 148
1.5. Un caso de uso alternativo de los derechos subjetivos: un centro de derechos humanos con base popular. 150
1.5.1. Con el Derecho topamos. 150
1.5.2. Un centro de derechos humanos distinto. 153
2. Cuestiones conexas con el uso alternativo del Derecho. 154
2.1. La Chicana. 154
2.2. La utopía de generar la juridicidad de Utopía. 155

Capítulo VI
Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del Derecho.

Introducción. 159
1. Uso alternativo del derecho, movimiento ligado a la hermenéutica. 161
2. Hermenéutica analógica. 163
3. Interpretación y epiqueya. 165
4. Algunas notas sobre el garantismo. 167
5. Uso alternativo del derecho y garantismo. 170
6. Politización del Derecho y hermenéutica analógica. 174

7. Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del uso alternativo del derecho. 177

Capítulo VII
Notas sobre el pluralismo jurídico: La reapropiación del poder normativo

1. San José Bojay: una historia no muy vieja. 181
   1.1. La juridicidad del pueblo vs. La juridicidad vigente. 181
   1.2. Organización alternativa: propiedad comunitaria. 183
2. El ejercicio del poder normativo de los pobres. 183
3. Por un paradigma del Derecho que de cuenta del pluralismo jurídico. 185

Capítulo VIII
Necesidad de profesionales del Derecho con Ética Histórica **187**

Anexo
Síntesis programática del grupo de trabajo Derecho y Emancipación Social, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) 191

Bibliografía **196**

PRÓLOGO

En tu casa pienso, inmensa como nuestras viejas casas europeas, donde es tan alegre llegar y ser acogido por Chela y los dos niños quienes traducen en palabras y gritos de alegría lo que tu rostro pensativo resume en la sonrisa y en la mirada en la cual tu timidez de adolescente ha invertido la sorpresa de la amistad. La alegría del encuentro en el cual se interpone un tiempo demasiado largo para todos, se enriquece por la comunicación de nuestras esperanzas y de nuestros proyectos. Así conocí este trabajo que pensabas presentar próximamente al pueblo mexicano y latinoamericano como tu fuerza de lucha en la necesidad histórica del continente.

No soy jurista y confieso sentirme bastante extraño a las figuras geométricas en las que el derecho trata de mortificar nuestra creatividad por la cual nos acercaremos más a lo Absoluto y a lo Infinito, pero comprendí perfectamente la importancia de lo "jurídico" en el "bloque histórico" de las fuerzas coordinadas en la lucha por formar una sociedad más libre, más igual y más fraterna. Descubrimos una coincidencia profunda: la certeza que los dos valores de igualdad y fraternidad están en la raíz de la enajenación del pueblo y de ese destierro del Evangelio de nuestra tierra donde ardiente y revolucionariamente se crean la posibilidad, igualdad y fraternidad. Jesús ha puesto en guardia contra la posibilidad de volver desabrida la sal y de esconder la lámpara en un tiesto o bajo la cama. El peligro grave está en la ilusión de ser iguales, de ser hermanos. La defensa de los contemporáneos de Cristo a su invitación a buscar libertad: "La libertad los hará libres", no consiste en un rechazo a la libertad sino en la identificación de la libertad como una propiedad: "nunca hemos sido esclavos de nadie" (Jn 8.33). Sin criticar a fondo nuestra invencible cultura "idealista" como la define Marx, que identifica lo pensado con lo real, estamos marcando el paso sobre el mismo cuadro de tierra. Hegel dice que la esclavitud es la cuna de la libertad y eso lo desconocieron los judíos a quienes Jesús cuestionaba. Resulta difícil descubrir la esclavitud a nuestro mundo religioso y por eso mismo no nace la libertad. Y sin embargo, nuestra sociedad crea al ritmo frenético de la producción, relaciones de dependencia, de opresión, de desigualdad. Las líneas

de tu trabajo apuntan una crítica del derecho liberal, que no arrancando de la desigualdad histórica, y afirmando una igualdad "idealista" e irreal, excluye del derecho a aquellos que no han roto el vínculo comunitario para identificarse como individuos. Así que donde se concentra al individualismo hinchándose monstruosamente con el aporte de lo económico, de lo político y de lo ideológico, allí se concentra lo jurídico realizando el axioma: *Summun jus summa injuria*; derecho inmenso igual a ultraje inmenso. Por este camino se pierde de vista a la persona como sujeto de relaciones y se hace de la misma un sujeto de poder, con evidente y creciente desventaja del hombre que se identifica como sujeto comunitario..

Nuestra tarea común es la de desenmascarar los valores evangélicos de "fraternidad" e "igualdad" para hacerlos contenido de una lucha, de una búsqueda, de una tensión permanente. Tu usas el instrumento jurídico y yo el de mi palabra que siento a menudo desnuda, pero con ustedes esta desnudez me parece la de David. Cuando el cristiano considera estos valores como estáticos se hace forzosamente opresor y causante del sufrimiento de los pobres. En nuestro ambiente cristiano existen equívocos enormes y la tarea de disiparlos parece un propósito quijotesco. Tu segunda línea de trabajo, la de recuperar la propia juridicidad como arma de lucha social, provocará la misma reacción rabiosa de la propuesta de libertad de que nos habla el Evangelio de Juan. El derecho debe tradicionalmente amparar al individuo poderoso o la obscena individualización capitalista que se llama multinacionales (y que me hace pensar en el endemoniado que siendo uno se llama legión), para que, exhibiendo su titulo legal, despeje la tierra de los "poseiros" brasileños o arrincone a los indígenas mexicanos en los campos de concentración de la miseria permanente. Y ése es el derecho sacralizado por la sociedad capitalista e identificado por el hombre religioso con el orden y la paz que el Hijo de Dios vino a traer a la tierra. Analógicamente una teología que proyecta en la tierra la danzante estructura jerárquica del cielo, ofrece la seguridad de que el ascensor, para subir a la azotea al finalizar el tiempo, funcione óptimamente. Y quien tiene en sus manos esta seguridad no la suelta tan fácilmente, aunque sea alcanzado por el gemido impresionante de los inseguros. ¿Jesús no se estrelló contra este mundo de la seguridad, de la verticalidad, del derecho? Pero muriendo marcó el camino para disipar el equívoco; partir del hombre y del amor al hombre concreto. La discusión sobre el sábado no es un pleito jurídico, se origina del encuentro con

el hombre paralizado: "¿Qué está permitido hacer en día sábado, el bien o el mal? ¿salvar a una persona o matarla?" (Mc 3,4).

Nuestro Amigo común nos pone en el lugar concreto desde donde podemos meditar sobre teología y derecho. El lugar concreto es la solidaridad dinámica con los hermanos despojados de los derechos políticos, económicos, sociales que son ampliamente reconocidos a otros. Un enfrentamiento entre compañeros de Fe y colegas de profesión es inevitable porque unos razonan desde el área de las ideologías, de las estructuras creadas por el pensamiento abstracto, otros desde la amistad que es dinámica, creadora sólo a partir de una necesidad real inscrita en la verdadera esencia de la persona. Imposible la coincidencia como fue imposible la conciliación entre Jesús y el mundo farisaico. Los unos tratan de integrarse al bloque legalista. Pero sólo el calor de la amistad, la comunión auténtica con los hombres puede derretir el hielo del legalismo y liberar una teología del riesgo de oprimir al hombre en nombre del Libertador.

Te deseo un buen trabajo y constancia en la lucha, confiando nuestra amistad al Cristo resucitado en esta luminosa mañana pascual.

México, julio de 1983.

Arturo Paoli

"¡Ay de ustedes que transforman
las leyes en algo tan amargo...
y tiran por el suelo la justicia!
Ustedes odian al que defiende lo justo
y aborrecen al que dice la verdad...
ya que ustedes han pisoteado al pobre..."

Amós 5, 10-11

PRESENTACIÓN

El Derecho como Arma de Liberación en América Latina fue publicado originalmente por el Centro de Estudios Ecuménicos en 1984.

Posteriormente, en 1997, con el sello editorial del Instituto Cultural de Aguascalientes, se publicó *Sociología Jurídica y uso alternativo del Derecho*, que constituía el producto de una investigación auspiciada por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, que se planteó originalmente como un proyecto de trabajo sobre la "Sociología Jurídica Militante en América Latina", que veíamos manifestada en dos vertientes: la crítica jurídica y la sistematización teórica del uso alternativo del Derecho. Este libro, sin hacer totalmente a un lado lo relativo a la crítica jurídica, se centra en la teoría del uso alternativo del Derecho; se intenta dar a la sistematización de estas prácticas jurídicas alternativas un sostén teórico sociológico.

Para la redacción final se utilizó como base de este trabajo precisamente, *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*, que había resultado ser un pionero en la sistematización teórica del uso alternativo del Derecho.

Sociología Jurídica y uso alternativo del Derecho, como una nueva versión de *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*, creemos que cumple con el objetivo planteado en la investigación de reivindicar como sociología jurídica militante la teorización de las prácticas jurídicas alternativas en Latinoamérica, y hace, al mismo tiempo, teoría relativa al uso alternativo del Derecho en la búsqueda de una contribución a la plenitud de la vigencia de los derechos humanos en nuestro Continente.

Hoy, al publicar de nuevo esta obra, creemos conveniente volver al título original, esto es *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*, dejando como subtítulo el de *Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho*.

Debemos decir que no es una reimpresión del segundo libro poniéndole el título del primero, sino que se trata de una obra más rica y compleja. En primer lugar el enriquecimiento que supuso la nueva obra, así como su estructura, se conservan. En segundo lugar, se recuperan de la obra original: el Prólo-

go, escrito por un religioso de la Congregación de la Fraternidad del Evangelio, inspirada en Charles de Foucauld, nuestro amigo el Hermano Arturo Paoli; la parte denominada originalmente "Introducción y Objetivo", que aquí sólo lleva el nombre de "Objetivo"; y el Capítulo VIII "Necesidad de profesionales del Derecho con ética histórica". En tercer término, se añade el Capítulo VI, totalmente nuevo, que hemos denominado "Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del Derecho". Y en cuarto lugar, manifestamos que hemos corregido y en la medida de lo posible hemos actualizado la obra.

El teólogo Jon Sobrino[1] nos habla de la *justicia recreativa* fundándola en la praxis del Jesús histórico, el Cristo, que recoge la tradición de los Profetas y la idea de que justicia y liberación son sinónimos. Esa *justicia recreativa* no se queda en la retribución y en la vindicación, implica la *reconciliación* universal. Así entendemos aquí el sentido más profundo de la justicia y a ella aspiramos. Pero como la realidad opresora de las mayorías se le opone, nuestra tarea es construir esa justicia, y uno de los instrumentos de que disponemos es precisamente lo jurídico. Por eso decimos *Derecho como arma de liberación*, como decir *Derecho como herramienta de justicia.* De eso trata el libro, y por eso recuperamos su título original para los lectores de hoy.

Aguascalientes, marzo de 2006

[1] Cfr. Jon Sobrino, *Cristología desde América Latina*, Ed. Centro de Reflexión Teológica, México, 1976, p.118.

OBJETIVO

El título y el contenido de mi tesis profesional expresan un movimiento de búsqueda de una organización más justa de la sociedad. El título de este trabajo es *Hacia una organización jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*; el contenido del mismo me sigue pareciendo válido por lo que respecta a sus bases antropológicas, esto es, que la organización política debe basarse en una concepción integral del hombre considerándolo como un ser tanto con un valor individual como una tendencia y una necesidad social, es decir que entre el biombo individuo-sociedad existe una solidaridad que retroalimenta a ambos en su desarrollo, una complementariedad dialéctica; tanto el individuo como la sociedad son valiosos y se presuponen para su mutuo desarrollo. También me sigue pareciendo válido lo expresado en mi tesis respecto del fin del Derecho: el bien común y la justicia. Escribía en mis conclusiones: "La organización jurídico-estatal, solidaria y liberadora, se hace en un círculo. Por un lado debe ser el ideal y el reflejo del actuar de los miembros del Estado, pero a su vez esa misma organización debe estar de tal manera orientada que permita al pueblo del Estado su actuar solidario y liberador, como sujeto de la Historia y actor mismo en el terreno existencial de la lucha por la justicia y el bien común"[2]

Pronto, aunque las bases antropológicas y las nociones de justicia y bien común me seguían pareciendo firmes, la práctica profesional y un conocimiento más profundo de la sociedad me empezaron a crear dudas muy serias respecto del verdadero valor del Derecho en una sociedad que tiene como base de su organización el modo de producción capitalista.

Fue la práctica profesional la que empezó a darme una concepción distinta del mundo jurídico, sobre todo porque me inicié en el ejercicio de la profesión siendo Defensor de Oficio en Materia Civil, es decir como abogado de los pobres pagado por el Estado para la atención de sus asuntos de carácter

[2] *Hacia una organización jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*. Ed. Jus. Estudios Jurídicos (14). México 1977. pág. 226.

Civil. Ese empleo fue clave para empezar a ver el mundo del Derecho desde una óptica menos idealista, más real, más concreta. Además empecé también a contemplar la juridicidad desde el mundo de los pobres, desde los marginados, desde los sin-derecho, desde aquellos que sólo tienen derechos formales pero no reales.

Ese trabajo de Defensor de Oficio me hizo, por lo pronto descubrir dos cosas contradictorias y ambas ciertas acerca del Derecho: su verdadera utilidad y su inutilidad.

A nivel todavía muy incipiente, más intuitivo que científico, descubría la verdadera utilidad del Derecho y un sentido más auténtico de la profesión, cuando sentía que era un factor importante, por el puesto que ocupaba, para la resolución de un problema de carácter jurídico a una o varias personas, pues pensaba que las cosas se estaban poniendo en su lugar de acuerdo al criterio de la justicia. Esto, sobre todo, lo palpaba ahí, en un despacho (estudio o bufete) en el cual no se trataba de arreglar asuntos de millones de pesos, sino de personas pobres, acostumbradas a perder siempre, sabedoras de que nunca se les hace caso.

Sin embargo, esos mismos problemas de los pobres me llevaron a descubrir, también todavía de una manera muy incipiente, la otra cara del Derecho: su inutilidad para hacer justicia verdadera. Llegue a sentir la impotencia de Derecho, pues con los instrumentos jurídicos que tenía al alcance no podía hacer nada para remediar la situación de fondo de los pobres que solicitaban mis servicios. Empecé a descubrir entonces, no sólo la inutilidad del Derecho, sino también la injusticia de fondo de todo el aparato jurídico.

A partir de ahí mi planteamiento comenzó a ser distinto, mi inquietud intelectual cambio. Ya no era el hecho de pensar en las bases antropológicas que sostuvieran una sociedad solidaria y liberadora, sino el hecho de cómo acceder a ella, es decir como llegar a construir esa sociedad y el papel que el Derecho y la profesión de jurista tenían que desempeñar en ese camino contra la opresión.

Este trabajo tiene precisamente ese objetivo: aportar pistas de reflexión acerca del papel del Derecho y del jurista en un proceso de cambio social hacia una sociedad en donde todos los hombres y mujeres puedan gozar de los bienes de la tierra y tengan poder de decisión.

Como lo indica el título de este trabajo, me propongo hacer un esbozo

y dar algunos elementos de reflexión respecto de la posibilidad histórico-social de que el Derecho sea una herramienta o instrumento de cambio social en América Latina. En otras palabras, este ensayo pretende ser sólo un primer acercamiento reflexivo sobre la posibilidad de que el Derecho pueda ser usado en beneficio del pueblo, así como el sentido que tendría la aplicación del Derecho en esa perspectiva en América Latina.

A partir de reflexiones filosóficas profundas y de la constatación de la opresión, se ha concluido que vivimos –para decirlo en términos jurídicos– en la "legalidad de la injusticia"[3], lo que hace que la búsqueda de la justicia se constituya en algo ilegal. Y asimismo, tomando para el análisis social el instrumento marxista, se descubre el Derecho –dejando a salvo absolutismo y dogmatismo– como la instancia normativa de la clase dominante en las relaciones de producción. Como manifiesta el jurista argentino Carlos María Vilas: "el tratamiento del Derecho debe llevarse a cabo, en todo momento, refiriéndolo a la estructura socio-económica de la que las normas son en última instancia expresión"[4]

Tanto el aspecto filosófico relativo a al íntima relación entre el Derecho y la justicia, así como el hecho sociológico que nos muestra el Derecho como expresión de la clase dominante, han sido tratados ya con cierta abundancia y profundidad. Aquí volveré sobre ambos aspectos, pero sólo como punto de partida que nos permita internarnos en la búsqueda de posibilidad y sentido del uso del Derecho al servicio de pueblo y no de la clase dominante, para llegar, en última instancia, a una sociedad latinoamericana con un Derecho justo, en donde esté vigente la legalidad de la justicia.

Lo que en este trabajo trataría de aportar, sería simplemente una proposición a los juristas de buena fe y a los intelectuales orgánicos al servicio de los oprimidos, que consistiría en el hecho de que empezaran a reflexionar e implementar el instrumental jurídico con el que se cuentan al servicio del pueblo, en aras, a final de cuentas, de un cambio social en América Latina.

Ya se ha escrito mucho sobre el Derecho injusto y alcahuete de la explotación burguesa. Sin embargo, poco se ha reflexionado y mucho menos se han puesto en práctica aspectos legales que mitigarían la explotación y que

[3] Enrique Dussel, *Para una ética de la liberación latinoamericana*. T. II. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 1973. pág. 66.

[4] Carlos María Vilas. *Derecho y Estado en una economía dependiente*. Ed. Guadalupe. Buenos Aires, 1974. pág. 1.

servirían, coyunturalmente, para el cambio en las relaciones de producción. Creo, e incipientemente empiezo a constatar por la práctica profesional y la observación de movimientos populares, lo que escribe Vilas en el sentido de que "puesto al servicio del pueblo, el Derecho puede llegar a ser una efectiva herramienta de liberación"[5].

[5] Vilas, *Op. Cit.* pág. 5.

CAPÍTULO I
CUESTIONES PRELIMINARES

Introducción.

Desde abril de 1988, un pequeño grupo de personas – la mayoría abogados – pertenecientes al Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Padre Enrique Gutiérrez, iniciamos un trabajo de asesoría y educación jurídica popular con un importante grupo de Comunidades Eclesiales de Base, de origen preponderantemente campesino, pertenecientes a la Diócesis de Celaya en el Estado de Guanajuato.

De este trabajo surgió la formación de una "Comisión Jurídica" integrada por miembros de las propias Comunidades, que buscan ser una especie de "abogados populares" o "abogados del pueblo" y que, poco a poco, van dando luces para el desarrollo de un proceso popular regional y aportan, también, cada vez más eficiente apoyo jurídico a la organización regional. Además la "Comisión Jurídica", en el seno de sus mismas Comunidades, ha ayudado a popularizar el Derecho, entendido éste, ante todo, como derechos humanos, y tratando que estos puedan ser respetados haciendo valer las leyes.

Por otro lado, esta "Comisión Jurídica" ha ayudado a la creación de las normas internas con las cuales se rigen los diversos grupos que conforman la organización.

El grupo de abogados promotores, recogió esta conversación sostenida entre dos miembros de la "Comisión Jurídica", mientras se trabajaba en la elaboración de estatutos para la constitución de una asociación civil por miembros de diversas Comunidades:

> "Elpidio: Esto es muy difícil, me siento de la patada, yo nunca me había metido en estos problemas... Aquí estamos poniendo nosotros las leyes... Esa es la diferencia con lo que el Gobierno promueve, porque aquéllos nos lo imponen...

Francis: El pueblo está haciendo su Derecho. De esta manera estamos buscando la mejor forma para que nuestra organización sea más democrática y participativa.

Elpidio: Otra cosa diferente es como yo, que ya tengo diez años en reuniones del Ejido y Catequesis. En el catecismo le dicen a uno: "aquí está este tema eso vas a decir", pero no se adapta al ambiente. Aquí no es así, no se nos impone...

... Llegó el momento de que uno descubra otras ideas, otro plan de trabajo...

No estamos acostumbrados a pensar porque nos dan las cosas ya hechas, por eso nos cuesta mucho lo que estamos haciendo...

... Pero lo que sea en bien, ni un paso atrás."[6]

Esta experiencia jurídico-popular no es más que una de tantas de las que se están dando a todo lo largo y todo lo ancho de Latinoamérica, en que se ve con claridad el uso que los pobres hacen del Derecho.

Y es que, como dijimos en otro lugar: "En América Latina estamos asistiendo al surgimiento de un fenómeno muy interesante con relación a la juridicidad de sus sociedades. Está gestándose lo que los compañeros brasileños han llamado el *Direito Insurgente*, del Derecho Insurgente, en el seno de las organizaciones populares; y está constituido por el modo como los pobres hacen uso del Derecho, esto, fundamentalmente, en dos sentidos: como práctica jurídica alternativa de la juridicidad vigente y como reapropiación del poder normativo, creando su propio Derecho objetivo hacia el interior de sus comunidades."[7]

Este uso del Derecho que van haciendo cada vez más las comunidades de pobres en América Latina, viene siendo apoyada por abogados con una

[6] La conversación tuvo lugar en Dolores Hidalgo el 22 de septiembre de 1990.

[7] Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Los Pobres y el uso del Derecho*, ponencia presentada en el Panel "Direito Insurgente: o direito dos oprimidos", en el Congreso Internacional de LASA (Latin American Studies Asociation) celebrado en Miami en diciembre de 1989. Fue Publicado, con el resto de las ponencias del Panel, por el Instituto Apoio Jurídico Popular en su Colección Seminarios siendo el N° 14, Río de Janeiro, septiembre de 1990. También lo publicó, con el resto de las ponencias, la revista *El Otro Derecho* N° 6, Ed. Temis e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, agosto de 1990.

nueva visión de lo jurídico. Se trata, como escribe Fernando Rojas, de "una generación de abogados (que) han trabajado duramente por disipar el estereotipo que se tiene sobre ellos. Ha intentado deshacer el ropaje que los hace ver elitistas, defensores del Estado y del *statu quo*, y descorrer el velo que mitifica el Derecho."[8]

Estos juristas han puesto en práctica una serie de servicios legales nuevos en relación a las tradicionales de simple apoyo o ayuda legal, pues son, como dice el propio Rojas, *innovativos* o *participativos*.[9] Estos *nuevos* servicios legales impulsados por estos abogados, se caracterizan por los siguientes rasgos esenciales, según el jurista colombiano que venimos citando:

> a) Se trata de grupos que promueven o introducen cambios sociales, con una *nueva idea de justicia*, que implica "El remplazo de todo o parte del sistema legal liberal por uno diferente, y está basada más en la solidaridad que en la competencia. Se sustituiría la igualdad formal por la igualdad real."[10]
>
> b) Los servicios legales se convierten en instrumento para buscar cambios fudamentales, al luchar contra el sistema vigente, se consideran como "uno de los vehículos aptos para introducir cambios de largo alcance."[11]
>
> c) "Aunque operan con instrumentos tradicionales, los nuevos servicios legales también utilizan otras herramientas educativas y políticas. El entrenamiento legal de los usuarios, el desarrollo comunitario, la organización y movilización de la gente de bajos ingresos, son parte usual de sus actividades."[12]

Y sigo citando a Fernando Rojas Hurtado:

[8] Fernando Rojas Hurtado. "Comparación entre las tendencias de los servicios legales de Norteamérica, Europa y América Latina. (Primera Parte), en *El Otro Derecho* N° 1. Ed. Temis y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) Bogotá, agosto de 1988. p. 8.

[9] *Idem Supra*.

[10] *Idem Supra*. págs. 12 y 13.

[11] *Idem Supra*. p. 13.

[12] *Idem Supra*.

> d) "De manera similar, los *nuevos servicios legales* apuntan a la creación de un poder político en manos de las 'minorías', las comunidades de base y los grupos discriminados. Estimulando la autoconfianza y la autoconciencia , impulsando la participación activa de los usuarios promoviendo la creación de asociaciones de trabajadores, se desarrollan las metas de mediano alcance. Los abogados y los usuarios, trabajando conjuntamente en un mismo pie de igualdad, aprenden mutuamente y ayudan a eliminar la imagen sacralizada del Derecho. La desmitificación de lo jurídico como ciencia y la crítica al impacto del Derecho en la sociedad, son medios que incitan a la movilización popular y a la creación de propias reglas internas."[13]

Hasta hace poco tiempo estas nuevas tendencias en el uso del Derecho en América Latina, se ubicaban sólo en este movimiento dialéctico y de marcha conjunta dado entre comunidades de pobres y abogados con una nueva visión del Derecho. Sin embargo, en los últimos tiempos otro grupo pretende incorporarse a estas nuevas tendencias del quehacer jurídico latinoamericano: los jueces. Pues sí, aunque el término de uso alternativo del Derecho había nacido en el seno de un grupo de jueces italianos, en América Latina había sido readaptado por abogados litigantes ligados a grupos populares, y la judicatura había sido hasta hace apenas unos años (1986) totalmente ajena a esta corriente e incluso contraria.

A fines de 1990 un grupo de jueces de Rio Grande do Sul, ocuparon la primera plana de los diarios brasileños más importantes dando origen a un debate nacional sobre el modo en que los jueces deben usar la ley para administrar justicia. Esto se originó porque este grupo de jueces "gauchos" han fundado sus sentencias en criterios de justicia y no en la ley, siendo esto totalmente contrario a las teorías jurídicas más aceptadas desde hace siglos. Todo esto, por cierto, con rasgadura de toga de los juristas tradicionales.

Esta práctica jurídica heterodoxa de los jueces de Rio Grande do Sul, comenzó a consolidarse y a constituirse como un movimiento, conocido como Movimiento de Derecho Alternativo, en 1986 durante un Congreso de la Asociación de Jueces de Rio Grande do Sul.

[13] *Idem Supra*.

Los conceptos vertidos por algunos de estos jueces, nos dan una clara idea de los criterios que sustentan para fundar sus resoluciones y sentencias. A continuación algunos de ellos:

"La ley es importante porque es un parámetro genérico que sirve como regla... En principio obedezco la ley. Solamente dejo de obedecerla cuando se revela injusta"; "el Derecho es más amplio que la ley"; "la ley era claramente injusta y la tuve que mandar a la puta que la parió".

Y como dice Héctor Moncayo –que es quien cita los conceptos anteriores de los jueces "gauchos"–, lo que es más decisivo es que para ellos "existe la sospecha fundada de que la ley generalmente favorece a los poderosos, mientras que para el movimiento alternativo, el Derecho debe usarse a favor de la emancipación de la clase trabajadora."[14]

Por un lado, entonces, tenemos que la experiencia de las comunidades pobres latinoamericanas que hacen uso alternativo del Derecho se ha extendido, constituyendo esto, sin duda, un fenómeno importante en nuestras sociedades. Por otro lado, encontramos que estas comunidades casi siempre se ven apoyadas, en cuanto al uso de la juridicidad, por abogados con una visión distinta del quehacer profesional y del uso del instrumental jurídico. Y estamos asistiendo al nacimiento de una experiencia jurídica alternativa de los jueces, que como grupo con ciertos criterios unificados, comienza con los jueces de Rio Grande do Sul. Toda esta experiencia es lo que se ha llamado *uso alternativo del Derecho* o bien *prácticas jurídicas alternativas*.

Este uso alternativo del Derecho, ha surgido entonces en América Latina como una necesidad práctica de los abogados y de diversos promotores sociales, que han puesto sus conocimientos y destrezas al servicio de diversos grupos, con necesidades vitales sentidas, dentro del proceso popular de nuestros países. Y es que, estas necesidades de los grupos populares, se topan, de una u otra forma, con el complejo fenómeno de la juridicidad.

El uso alternativo del Derecho, antes de haberse teorizado sobre el mismo, se ha dado como un requerimiento de la práctica del Derecho a favor del pueblo. Sólo después, ha venido la búsqueda de una sistematización de la acumulación de los conocimientos que van surgiendo del uso del Derecho y la

[14] Héctor Moncayo. "El Derecho Alternativo en primera plana", en *Portavoz* N° 27. Boletín de los Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y el Caribe. Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, febrero de 1991. p. 8.

práctica jurídica llevados a cabo de modo alternativo. Apenas de poco más de veinticinco años para acá, si acaso, se ha iniciado la tarea teórica, en América Latina, sobre esta temática de la juridicidad alternativa.[15]

Estos trabajos en búsqueda de una teoría del uso alternativo del Derecho o que sistematizan las prácticas alternativas del Derecho, constituyen, en nuestro concepto, parte del amplio objeto de conocimiento de la Sociología del Derecho. La tarea científica reflexiva sobre el uso alternativo del Derecho, está hoy en pleno auge; cada vez existen aportes más importantes que vienen a enriquecer esta nueva visión de lo jurídico. Y además –y esto es lo más importante–, constituyen un material invaluable para fortalecer la práctica del uso alternativo del Derecho.

También creemos que gran parte de la *crítica jurídica* que se está dando en América Latina, a veces ligada al uso alternativo del Derecho, otras veces no, desarrolla parte del objeto de la Sociología Jurídica.

Y ambos movimientos teóricos constituyen, en nuestro concepto, una *sociología jurídica militante*. Queremos decir que su quehacer teórico está preñado de una clara intención política, y en el fondo, aunque muchas veces sólo implícita y no manifiesta, conlleva una postura ética.

[15] Para la divulgación de trabajos en esta línea es muy importante el esfuerzo de Temis e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos) al editar la revista *El Otro Derecho*, que de agosto de 1988 a la fecha ha sacado varios números con artículos relevantes sobre este tema; está hecha en Bogotá. Por otro lado, los brasileños tienen una larga e interesantísima trayectoria en el tratamiento del uso alternativo del Derecho; mucho nos tienen que decir al respecto; existen una inmensa cantidad de libros y folletos sobre el tema. En México, coordinada por Oscar Correas, se han editado varios números de la revista *Crítica Jurídica*, en donde además de diversas posturas teóricas críticas, aparecieron cuestiones de uso alternativo del Derecho. Por nuestra parte, en noviembre de 1978 publicamos en *Christus*, junto con José A. Bravo, un artículo titulado "Posibilidad y Sentido del Uso del Derecho al Servicio del Pueblo", impúdicamente plagiado en Guayaquil por un profesor de la Universidad Católica de Santiago en 1984 en un folleto titulado "Posibilidad Histórico-Social del Uso Alternativo del Derecho en Beneficio del Pueblo". Hemos publicado además con esa temática: *El Derecho como Arma de la Liberación en América Latina* (Centro de Estudios Ecuménicos, 1984), *El Derecho que nace del Pueblo* (Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986, ILSA, 2004 y Porrúa, 2005); *Conflictos y Uso del Derecho* (Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 1988); *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas* (Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991); y *Derecho Alternativo y Crítica Jurídica*, Porrúa, 2002).

Precisamente de un análisis de esta sociología jurídica militante trata este trabajo, en el cual ponemos énfasis precisamente en la teoría del uso alternativo del Derecho.

1. Hipótesis de trabajo: preliminar de las cuestiones preliminares.

En la introducción hemos esbozamos la hipótesis de la cual parte nuestra investigación, esto al hacer referencia a nuestros propósitos. A continuación, antes de dejar sentados una serie de principios acerca de cómo entendemos el Derecho, formularemos de manera más precisa esa hipótesis.

Sostenemos que en América Latina se ha venido trabajando una Sociología del Derecho Militante, esto es, se hace una teorización de las relaciones sociales y de las conductas en relación con la normatividad jurídica desde la perspectiva de un urgente cambio social de las conductas en relación con la normatividad jurídica desde la perspectiva de un urgente cambio social y en la búsqueda de la mejor satisfacción de las necesidades humanas y respeto de los derechos del ser humano. Dos líneas, que no se han reivindicado como sociología jurídica, han hecho este trabajo teórico: *la sistematización sobre el uso alternativo del Derecho en su especificidad latinoamericana y el movimiento de la crítica jurídica.*

Planteada así la hipótesis, pasemos ahora a dejar sentados un conjunto de principios acerca de nuestro modo de entender el fenómeno jurídico, que nos sirvan de base para todo nuestro trabajo, y que es necesario hacerlo de manera preliminar.

2. La Analogía y el ser del Derecho.

El análisis acerca de lo que el Derecho es que hace Efraín González Morfín, es el que nos parece mejor y más claro de los que conocemos. Tiene, entre otros méritos, el que nos ayuda a distinguir con precisión las distintas acepciones del término Derecho y nos evita las confusiones frecuentes en que se incurren por el mal uso del término.[16]

[16] Carlos Santiago Nino, en su *Introducción al Análisis del Derecho* afirma que aun "muchos juristas son víctimas" de una confusión entre los distintos sentidos de la palabra "Derecho". Ed. Ariel. Barcelona, 1983, p. 14.

Efraín González Morfín nos propone [17] acceder al ser del Derecho por medio del conocimiento análogo, es decir por la analogía. Y esto en virtud de que el Derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que se abstrae la realidad Derecho por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da "*ana logon*", esto es, según la relación de un ser con otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos. "Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico".[18]

Así el Derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, lo justo objetivo y la ciencia del derecho.

Antes de adentrarnos en el conocimiento analógico del Derecho, debemos distinguir entre analogía de atribución intrínseca y extrínseca, y en éstas el analogado principal y los secundarios. La analogía de atribución, atribuye determinada forma o cualidad a un ser, que la tiene de manera propia y sobresaliente, y a otros seres que la tienen con dependencia respecto al anterior. Es intrínseca la analogía cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida. Por el contrario, en la analogía de atribución extrínseca, la forma de perfección se da realmente sólo en el analogado principal, pero no en los secundarios, que reciben la misma denominación verbal porque tienen que ver o se relacionan de alguna manera con el analogado principal.

Hemos dicho que la analogía en el orden del conocimiento es una manera humana de conocer. Por lo tanto, la analogía en el orden del ser es un descubriemiento subordinado a la analogía en el orden del ser un descubrimiento subordinado a la analogía en el orden del conocimiento humano.

[17] Efraín González Morfín, "Analogía, ser del Derecho y ser de la Sociedad" en *Jurídica N° 6*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1974.

[18] *Idem Supra*. p. 283.

Ahora bien, lo que es primero en el orden del ser no necesariamente es primero para el conocer.

> Debemos, pues, distinguir –nos dice González Morfín– dos aspectos del problema de la analogía en el derecho: primero, cuál es el analogado principal para el conocimiento humano, es decir, la realidad jurídica que, por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. En segundo lugar, cuál es el analogado principal en el orden del ser, es decir, aquella realidad jurídica en la que se da propiamente la esencia del derecho y que influye realmente en los analogados secundarios, si se trata de analogía intrínseca, o por lo menos fundamenta su denominación jurídica, si la analogía es extrínseca.[19]

Estamos de acuerdo con González Morfín, que sostiene que el analogado principal para el conocimiento humano, es el derecho subjetivo; es la realidad jurídica que descubre o conoce primeramente al ser humano. No conoce el hombre primero la norma, ni lo justo objetivo, ni mucho menos la ciencia jurídica. Su primer descubrimiento es en cuanto a sus derechos elementales, aunque sólo los balbucee, los intuya, es decir, aunque no pueda bien decirlos y ni sistemáticamente explicarlos.

> "... la vivencia del derecho del ser humano común, desde su infancia, apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, y hacia la justicia como respeto recíproco de esa facultad..."[20]

También en el orden del ser, el derecho subjetivo es el analogado principal. "El sentido fundamental del derecho, al que sirven los demás significados, es el derecho como facultad o potestad de la persona sobre su ser, capacidades, actividades y posesiones para lograr su desarrollo histórico y llegar a la plenitud de su fin último..."[21]

[19] *Idem Supra*. p. 287.
[20] *Idem Supra*. p. 288.
[21] Efraín González Morfín. "Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos",

Existen quienes afirman que el analogado principal es la norma jurídica. Esta consideración trae como consecuencia toda una concepción del hombre y de lo jurídico, en la cual la vida humana se subordina al Derecho y éste se convierte en una serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado. "Las normas jurídicas se requieren y existen para promover y proteger los bienes humanos en la convivencia."[22]

Tampoco lo justo objetivo es el analogado principal. La objetividad de lo jurídico como expresión de la justicia deviene de la facultad o potestad de la persona, "única capaz de exigir auténticamente algo a otra persona".[23]

> Si se ha de sostener la concepción equilibrada del derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin.[24]

Al establecer que el ser del Derecho, como realidad original, es la facultad de la persona para exigir lo que le pertenece, se está aceptando implícitamente el ser individual y social del hombre, así como el ser individual y social del Derecho. El derecho es así una facultad de la persona individual que exige que se le dé lo suyo, y esa exigencia está dirigida a los otros; a su vez, quien exige está obligado a dar a los demás lo suyo de los otros, estableciéndose, entonces, relaciones recíprocas entre los hombres, esto es, relaciones sociales.

> Al afirmar tanto la personalidad individual como la socialidad de cada persona humana, se establece el fundamento inconmovible del orden jurídico natural y positivo en la sociedad. La persona humana, como fin en sí que no puede ser medio de nadie, es por sí misma la

Jurídica N° 19, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1988-1989. p. 345.

[22] *Idem Supra*. p. 344.

[23] González Morfín. "Analogía..." *Op. Cit.* p. 290.

[24] *Idem Supra*. págs. 292 y 293.

> razón básica para sostener que el derecho es ante todo la facultad de la persona social sobre sus propios bienes; si esto no se acepta, la persona deja de ser fin en sí y se convierte en medio a través de las normas jurídicas que le exigen sumisión incondicional.[25]
>
> El derecho es determinada manera de existir como persona en sociedad a partir de la naturaleza capaz de desarrollarse y obligada a hacerlo en una convivencia justa, mediante el ejercicio responsable de los derechos subjetivos y el cumplimiento del derecho objetivo, bajo la inspiración de la justicia. En la unión orgánica de estos elementos, se dan relaciones fundamentales, que deben analizarse con toda precisión científica.[26]

Así pues, por medio de la analogía, y siguiendo a González Morfín, hemos tratado de explicar el ser del Derecho. La esencia de los jurídico la encontramos en la facultad del ser humano de exigir el otorgamiento de lo que es suyo (analogado principal), siendo este atributo de la persona el que fundamenta la normatividad, lo justo objetivo y el conocimiento científico de lo jurídico.[27]

De tal manera que el Derecho es una realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. *El orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos*, entendiendo como tales no sólo la serie de libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino algo más profundo que va a la esencia misma del hombre, a la constitución de su ser como persona, y diríamos de una vez a su ser "el otro".

El filósofo novohispano de la Orden de San Agustín, fray Alonso (Gutiérrez) de la Veracruz (1507-1584) se preguntaba: "¿en justicia que te

[25] *Idem Supra*. p. 293.

[26] *Idem Supra*. p. 295.

[27] Hemos querido dejar lo relativo al tema del analogado principal de Derecho de acuerdo a como pensábamos cuando se redactó y se publicó en la primera edición. Hoy creemos que el analogado principal es lo *justo objetivo*, porque *sólo con la justicia son factibles los derechos humanos*. El ser humano es la raíz de todo Derecho, de toda juridicidad, y esto es claro tanto optando por el derecho subjetivo como por lo justo objetivo como analogado principal. El derecho objetivo, la normatividad, está al servicio del ser humano y no al revés.

debo?"; y respondía: "Te debo todo, todo lo que eres como ser humano...".[28]

Las normas, la objetividad del Derecho y la ciencia de los jurídico, como analogados secundarios, se les atribuye lo relativo al Derecho en la medida que se ordenan al servicio del ser humano que tiene la facultad de exigir lo suyo como persona individual y social, como el otro.

Esta incursión en los terrenos propios de la Filosofía del Derecho la consideramos necesaria a pesar de tratarse este de un trabajo de Sociología del Derecho. Esto porque creemos importante distinguir dos niveles de comprensión del Derecho: desde la Filosofía y desde la Sociología. Uno no excluye al otro, sino que se entrecruzan frecuentemente, sin embargo, es importante la distinción sobre todo cuando regularmente –como será el caso– se utilice el verbo *usar* y más en concreto *usar el Derecho* (vrg. "uso alternativo del Derecho"), porque en ese sentido pareciera que entendemos la realidad Derecho en un sentido únicamente instrumental y por lo tanto, desde posturas relativistas acerca de los jurídico, y esto sólo es exacto desde nuestro entender el Derecho desde una postura sociológica, pero no cuando entendemos el Derecho desde sus últimas causas, pues entonces nuestra visión deja de ser relativista, ya que adoptamos acerca del Derecho una postura bien definida y en relación directa con el ser humano.

Así el derecho objetivo –ley o conjunto de normas–, como analogado secundario puede y debe usarse pero siempre en relación a la plena vigencia de los derechos subjetivos, analogado principal, y a la realización de la justicia.

3. Filosofía del Derecho y Ciencias Jurídicas.

El maestro don Miguel Villoro Toranzo, distingue con claridad entre esencia de la ciencia y la esencia de la filosofía, conceptos y distinciones quizás demasiado explorados, y sin embargo, en muchas ocasiones, no suficientemente entendidos, pues como advierte el propio Villoro "algunos autores que presentan un concepto del Derecho en el plano científico lo proyectan como una noción o concepto en el plano filosófico."[29]

[28] Conceptos vertidos por el Dr. Luciano Barp Fontana, en su intervención durante el IV Encuentro Nacional de Investigadores de la Filosofía Novo Hispana, celebrado en la Universidad Autónoma de Aguascalientes del 6 al 9 de noviembre de 1991.

[29] Miguel Villoro Toranzo. *Qué es la Teoría General del Derecho*. Utilizó una versión

Se entiende por ciencia "un conjunto o sistema de verdades generales demostradas sobre un objeto determinado". Y la filosofía es definida como la "ciencia suprema que conoce con la luz natural de la razón, la universalidad de las cosas por sus primeros principios, por las razones más elevadas, y realiza así una unificación total del conocimiento".[30]

Los conceptos científicos no pretenden lo mismo que los filosóficos, no se pronuncian sobre la esencia última de los seres. Todo conocimiento científico es un conocimiento limitado de la realidad; verifica sólo sectores parciales de la misma. Se construye un concepto científico para disponer de un instrumento para una investigación de un aspecto parcial de la realidad. Por lo tanto, puede haber varios conceptos científicos sobre un objeto, sin que la aceptación de uno implique rechazar los demás.

El conocimiento científico es esencialmente diferente del conocimiento a que aspiran las cosmovisiones y la filosofía. "El plano de aplicaciones rigurosas sobre causalidades próximas es el que recibe nombre de científico en sentido propio... La búsqueda de la causalidad última o filosofar plantea el conocimiento de uno o varios seres en el marco de la totalidad de los mismos... Al filosofar se buscan respuestas totalizadoras dentro de un cuadro de otras respuestas totalizadoras que constituyen una visión integral del universo... Se filosofa para alcanzar un saber pleno, integral, que pueda dirigir la vida".[31]

La filosofía no se identifica con las ciencias especiales ni se limita a un solo terreno. Es una ciencia universal. Se distingue de las otras ciencias por su método y por su objeto formal o punto de vista. Por su método, porque la filosofía no tiene limitado el método de su conocimiento; el que hace filosofía no esta obligado a plegarse a un solo método del conocer. Distingue también a la filosofía de otras ciencias, el punto de vista que adopta frente al objeto. Cuando considera un objeto, lo mira siempre desde el punto de vista del límite –conocimiento de frontera– de aspectos fundamentales.

La filosofía es la ciencia de los fundamentos. Como dice Bochenski, "donde las otras ciencias se paran, donde ellas no preguntan y dan mil cosas

mecanográfica de este trabajo; el cual posteriormente publicó la Editorial Porrúa con el título *Teoría General del Derecho*. México, 1989.

[30] Ambos Conceptos están tomados de Rafael Preciado Hernández. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ed. Jus. México, 1970. p. 12.

[31] Villoro Toranzo, Miguel. *Op. Cit.*

por supuestas, allí empieza a preguntar el filósofo".[32]

Don Miguel Villoro distingue entre filosofía y cosmovisión (voz alemana: *weltanchauung*). Esta última es el nivel vulgar de la actividad filosófica. Las cosmovisiones surgen del sentido común y son influidas por la cultura propia, y son una "concepción del mundo". La filosofía en cambio, es producto de un proceso de búsqueda de los fundamentos o las últimas causas realizado a nivel científico.

Para el maestro Villoro, aunque acepta que se puede filosofar a nivel vulgar y a nivel científico, sólo la reflexión metódica, sistemática y objetiva –esto es científica– realizada en el plano de la causalidad última, merece el nombre de filosofía.

Para el conocimiento en general, y de manera especial para el conocimiento del Derecho que es lo que nos ocupa, es importante distinguir bien el plano científico del filosófico por un lado, y este último y las cosmovisiones por otro.

Respecto de la importancia de hacer ambas distinciones debemos reiterar que es fuente de errores las transposiciones o confusiones de niveles y de planos entre ciencia y filosofía y entre ésta y cosmovisión. Villoro nos previene sobre ello: "el anhelo de certeza psicológica del primero en el segundo... Hay por tanto una limitación intrínseca a todo proceso científico, que consiste en su incapacidad de explicar toda realidad, en su incompetencia para hacer filosofía... Si lo que uno quiere es investigar qué debe ser entendido por Derecho por todos, está es cuestión filosófica que debe ser solucionada con metodología de la filosofía y no de alguna ciencia."[33] Esto es lo que a la ciencia se refiere. Lo relativo a las cosmovisiones es algo similar. "El ser humano es un ser en constante búsqueda de sentido, quiere saber quién es, qué lugar ocupa en el universo, necesita de un cuadro ideológico-valorativo que le sirva para sus decisiones ante la vida. Este cuadro es imprescindible para tener identidad; si es aceptado sin una crítica metódica racional, recibe el nombre de cosmovisión; si hubo crítica metódica racional es una Filosofía".[34]

Habiendo hecho la distinción entre filosofía y ciencia, y de acuerdo a

[32] Bochenski, J.M. *Introducción al Pensamiento Filosófico*. Ed. Herder. Barcelona, 1971. p. 29.

[33] Villoro Toranzo, *Op. Cit.*

[34] *Idem Supra*.

lo que hemos expresado en relación al objeto científico, podemos decir que el Derecho puede ser abordado desde distintas perspectivas científicas que, cada una con su propio método, no se excluyen una a otra. Así el Derecho es estudiado en lo relativo a la estructuración lógica de sus normas, teniendo aplicación en ello las diversas corrientes racionalistas jurídicas; o bien puede ser estudiado su rol social, que es la perspectiva de las corrientes sociológicas; o también puede estudiarse su lenguaje o sus símbolos, desde el punto de vista de la semiótica, etc. Tanto los racionalistas normalógicos, como sociólogos y semiólogos nos dirán con certeza científica diversos aspectos del fenómeno jurídico, nos llevarán a conclusiones que nos permitan conocer mejor el Derecho. De tal manera que con propiedad podemos hablar *no* de *la* ciencia del Derecho sino de *las ciencias del Derecho*.

Así la Sociología Jurídica o Sociología del Derecho es una ciencia jurídica. Nos permite conocer el fenómeno jurídico desde una cierta óptica. Se trata de una ciencia que no tiene como objeto el análisis de las normas, sino de una ciencia interesada en conocer conductas o relaciones sociales ligadas a las normas que se les atribuye el carácter de jurídicas, esto de dos maneras: como causa y como efecto de las mismas.

Por otro lado, nosotros creemos que, por lo menos en lo que se refiere a la ciencias sociales, lleva razón Michel Foucault cuando escribe:

> el conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el efecto del conocimiento y, por esa razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento por que hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla.[35]

En este sentido Oscar Correas escribe:

[35] Michel Foucault, *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1980, págs. 30 y 31.

> Finalmente, por lo demás, los resultados de una ciencia social deben juzgarse teniendo en cuenta *los objetivos* que se han planteado quienes la practican. Y desde luego que los objetivos que se proponen los científicos sociales al servicio del poder, no son los mismos objetivos que se plantean quienes contestan ese poder. La práctica es en este punto lo decisivo.[36]

No estamos entonces de acuerdo con la posición del positivismo lógico que postula la esterilización total de la ciencia, su apolitismo. Por eso hablamos de un quehacer científico militante en América Latina con relación a la Sociología del Derecho.

4. Filosofía Jurídica de la Sociología Militante.

No podemos hablar de que existe una Filosofía del Derecho explícita en el quehacer sociológico de la teorización del uso alternativo del Derecho y de la crítica jurídica, pero no hay duda que, en ambas, existe una intención política de búsqueda del cambio social y una actitud ética de fondo, y esto presupone una Filosofía del Derecho que las sustentan.

Se trata de una concepción del Derecho, que va a la raíz misma de la esencia de lo jurídico, al fundamento mismo de la juridicidad. Casi nunca aparece explícita, cuando se teoriza sobre el uso alternativo del Derecho; sin embargo, creo que siempre está implícita de algún modo. Constituye Filosofía Jurídica porque va a la raíz, como dice la Filosofía tradicional a "los primeros principios" o "últimas causas"; se trata de ética porque se inscribe en las intenciones no manifiestas.

Veamos ahora algunos ejemplos que confirman nuestra afirmación, a reserva de que en su momento profundicemos en esta cuestión.

Traemos aquí de nueva cuenta lo afirmado por Fernando Rojas en el sentido de que los servicios legales alternativos son implementados por grupos que tratan de introducir cambios sociales con una "nueva idea de justicia".[37] La referencia misma a la *justicia* nos lleva pensar en la existencia, de fondo, de

[36] Oscar Correas, "Teoría Sociológica del Derecho y Sociología Jurídica" I Parte, en *Crítica Jurídica* N° 7, Ed. Universidad Autónoma de Puebla. México, 1987. p. 89.

[37] Rojas Hurtado, *Op. Cit.* p. 12.

una Filosofía del Derecho que valora el hecho de que las relaciones humanas se *ajusten* de tal modo que lo derechos subjetivos de los interrelacionados se respeten mutuamente.

Manuel Jacques es un jurista chileno que mucho ha recorrido en la práctica del uso alternativo del Derecho y en su sistematización teórica, y mucho nos tiene que enseñar al respecto. Jacques afirma lo siguiente: "Nosotros –y esto constituye nuestro principal supuesto de trabajo– entendemos el derecho como un medio, pero el cual *debe* necesariamente ordenarse a la satisfacción de las necesidades fundamentales del hombre. Esto es, hacemos una valoración al derecho tanto para el proyecto social al cual se ordena, como para su posibilidad de ser un medio por sí transformador, y lo dejamos circunscrito a una finalidad definida: el hombre y sus necesidades".[38]

Para Jacques el Derecho es instrumental y está al servicio de los derechos del hombre. Es decir, el mundo objetivo de la juridicidad debe ser puesto en beneficio del ser humano, raíz de todo derecho.

Y por último un tercer ejemplo es el que nos proporciona esta afirmación de Germán Palacio: "Los fines de estas prácticas jurídicas alternativas son la transformación social, aumentar el poder de las clases subordinadas y de los grupos discriminados, y contribuir a la auto-organización y autonomía de esos grupos; el propósito pues de estas prácticas jurídicas alternativas es en cierta medida una liberalización del derecho ya que el propósito es lograr un cambio social donde las mismas comunidades puedan organizarse y decidir su destino."[39] Subyace en estos conceptos una Filosofía jurídica que apunta, sin duda, a la búsqueda de la vigencia real de los derechos humanos y de una relación en justicia entre los hombres; esto aunque no se manifieste expresamente, aparece implícito en los conceptos.

De manera implícita, pues, la teorización sobre el uso alternativo del Derecho y la crítica jurídica tienen principios filosóficos que las sustentan. No se trata de una filosofía desarrollada de manera completa, sino de una serie de

[38] Manuel Jacques P.. "Una concepción metodológica del uso alternativo del Derecho", en *El Otro Derecho* N° 1. *Op. Cit.* p. 27.

[39] Germán Palacio. "Prácticas Jurídicas Alternativas (P.J.A.)". en *Documentos* N° 6 relativo al Primer Encuentro Nacional de Servicios Legales Populares del Paraguay, celebrado en la Ciudad del Este en noviembre de 1989. Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Asociación Interamericana de Servicios Legales. Bogotá, 1990. p. 32.

principios aceptados que requieren de más reflexión, profundización y desarrollo.

Por lo que se refiere a algunos principios filosóficos de la teorización sobre el uso alternativo del Derecho quisiera aquí decir algo.

Ya vimos que aparece en esta corriente teórica una preocupación por la justicia. Y es que, como dice Bloch, la pregunta de que sea lo justo no puede esquivarse, por muy abstracto que parezca a veces el pensamiento iusnaturalista que es el que la aborda, porque "allí donde todo se ha alienado, se destacan de modo muy especial los derechos inalienables".[40]

Creemos que la corriente teórica latinoamericana del uso alternativo del Derecho recoge, como filosofía de fondo, una de las tradiciones teóricas sobre los derechos humanos, precisamente la latinoamericana. Esta, a diferencia de la corriente individualista-liberal nacida de la Ilustración, se caracteriza por concebir *los derechos humanos a partir del pobre*, y tiene su origen en la defensa que hicieron varios de los primeros evangelizadores de los derechos de los indios, de los empobrecidos de las Indias.

Ni el iuspositivismo voluntarista o racionalista , ni el marxismo tanto dogmático como en sus diversas acepciones críticas, pueden sustentar filosóficamente el uso alternativo del Derecho.

El iuspositivismo voluntarista más conocido es el de la Escuela de la Exégesis. Varias generaciones de abogados latinoamericanos hemos sido formados en esta filosofía jurídica. Es, podríamos decir, todavía hoy, la filosofía del Derecho dominante en nuestro medio jurídico, pues es la que practica la mayoría de los abogados. Su presencia es implícita, no explícita. Esta corriente tiene los siguientes rasgos: 1. Culto al texto de la ley; 2. predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto; 3, su doctrina estatista consistente en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia de su infalibilidad. Es obvio, que un pensamiento jurídico con estas bases no sólo es incapaz de fundar el uso alternativo del Derecho, sino que lo contradice.

En mi concepto, tampoco el iuspositivismo racionalista de Kelsen, puede dar las bases para las prácticas jurídicas alternativas, pues, como expresa Jacques, en la visión kelsseniana, el Derecho es medio y fin: "Es medio, como

[40] Ernest Bloch. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980. p. IX.

instrumento o técnica social, para regular cualquier 'orden' de proyecto socio-político mayor. Es fin, para *mantener* dicha ordenación social."[41]

El analogado principal en el iuspositivismo jurídico de cualquier signo, es el derecho objetivo, la ley, la normatividad. Y, por lo tanto, el ser humano, sus derechos es analogado secundario, consecuentemente, subordinado al derecho objetivo. El derecho subjetivo aparece supeditado a la ley.

El marxismo dogmático no puede ser tampoco el fundamento del uso alternativo del Derecho; como dice Muñoz Gómez este uso de la juridicidad constituye "un punto de ruptura, o por lo menos un remezón a la teoría marxista ortodoxa acerca del derecho".[42]

Es indudable que el marxismo, en sus vertientes no dogmáticas, como veremos más adelante, es un importante apoyo teórico para el uso alternativo del Derecho. En nuestro concepto, la teoría marxista crítica del Derecho, es un instrumental científico muy valioso, para las prácticas jurídicas alternativas. Sin embargo, creo que es insuficiente, filosóficamente hablando, para fundamentarlas. El marxismo es instrumental, como bagaje científico utilizable; como un medio de conocimiento, entre otros, que debe ser puesto al servicio de los derechos humanos, del ser humano mismo, raíz de todo Derecho.

4.1. Derecho, derechos humanos y justicia.

El tratamiento de la cuestión relativa a las relaciones del derecho objetivo con los derechos humanos y la justicia, así como el contenido de esta última, requiere de una ubicación anterior dentro del marco de las dos corrientes clásicas que se escriben en la filosofía del Derecho: la iuspositivista y la iusnaturalista .

La corriente iuspositivista considera al Derecho simplemente como la expresión de la voluntad del Estado, sin otro fin que aquel que el propio Estado le asigne de acuerdo a sus metas en un momento histórico determinado. Para esta postura iusfilosófica el analogado principal del Derecho, como vimos, es el derecho objetivo, la normatividad.

[41] Jacques, Manuel. *Op. Cit.* p. 27.

[42] Jesús Antonio Muñoz Gómez. "Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho", en *El Otro Derecho* N° 1, Op. Cit. p. 57.

Para el positivismo la función de la ciencia del Derecho se reduce simplemente a la determinación de cuáles son las reglas que previsiblemente aplicaría el poder estatal en un momento y ante una situación determinada. Por este camino se llegó, principalmente con Hans Kelsen, a hacer una identificación entre el poder del Estado y el Derecho. Como expresan Tigar y Levy, con el positivismo, "la filosofía del derecho se centraba, entonces, en los mecanismos del ejercicio del poder".[43]

La corriente iusnaturalista clásica, basada principalmente en las reflexiones de Santo Tomás de Aquino y Francisco Suárez, considera esencial en el Derecho su relación con la justicia. Un principio jurídico debe aspirar siempre a ser una norma justa. "Para lograr el Bien Común –escribe Miguel Villoro– la Autoridad debe servirse de instrumentos adecuados. El más importante de todos, porque regula los demás (que son todas las instituciones públicas) es el Derecho, pero éste no será instrumento adecuado si no es justo. Por eso la justicia es el *finis operis* o fin intrínseco, inmediato y esencial del Derecho. En otras palabras, así como una arma de fuego que no dispara no puede propiamente ser llamada arma de fuego aunque tenga la apariencia de tal, el Derecho que no tiene como fin la justicia no merece el nombre de Derecho. La justicia es, pues, la piedra de toque que nos permite reconocer al Derecho".[44]

4.1.1. El Derecho natural como legitimador del sistema o como arma de lucha.

Max Weber se dio cuenta del rol jugado en la historia por el Derecho natural, y escribió:

> El Derecho natural es... la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado. La invocación al 'derecho natural' ha sido siempre la forma en que las clases que se rebelaban contra el orden existente presentaban legitimidad a su an-

[43] Michael E. Tigar y Mandelaine R. Levy. *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo*. ED. Siglo XXI. México, 1978. p. 267.

[44] Miguel Villoro Toranzo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1996. p. 223.

> helo de creación jurídica cuando no se apoyan sobre la tradición o sobre normas religiosas positivas. En verdad que en todo derecho natural es, de acuerdo con la significación que se le otorga, 'revolucionario', en el sentido de que justifique la imposición, frente a un orden jurídico existente, de ciertas normas, ya sea por medio de una acción violenta o por resistencia pasiva. No sólo los más diversos tipos de poderes autoritarios han pretendido también una legitimación jusnaturalista...[45]

La anterior cita de Weber nos muestra con claridad al Derecho natural en su doble papel: como legitimador del sistema establecido y como arma ideológica de lucha de grupos revolucionarios. Y es cierto, la doctrina del Derecho natural ha servido tanto para justificar el *estatu quo*, como de arma de lucha de las clases dominadas.

Un ejemplo muy claro del doble uso del Derecho natural nos lo dan, por un lado la lucha de la burguesía contra el feudalismo, y por otro, la justificación misma que se da la burguesía al triunfar y convertirse en clase dominante estableciendo el modo de producción capitalista. Usó como arma ideológica el Derecho natural y luego apelando a esos mismos principios recubre ideológicamente su opresión sobre la clase proletaria. Por supuesto que en este último caso la justicia se convierte en una abstracción.

Aquí quisiera enfatizar el aspecto del Derecho natural como legitimador de la búsqueda del cambio social. Y será en este sentido como ligaremos al Derecho con el concepto de justicia, y en este contexto haremos el desarrollo posterior.

¿Es el Derecho natural una teoría científica explicativa de la realidad o simplemente una teoría de naturaleza ideológica que, en el mejor de los casos, sirve como arma de combate? La cuestión es muy debatida.

Autores marxistas como Michel Miaille le niegan el carácter de teoría científica y la aceptan sólo como instrumento ideológico de lucha. Miaille escribe como conclusión: "el derecho natural no es una teoría explicativa, en una concepción científica, es una representación ideológica producida en un momento dado por una sociedad presa de ciertas contradicciones que tienden

[45] Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Tomo I. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1974. p. 640.

a resolver por una proyección en el dominio de la utopía";[46] y más adelante , después de haberse referido a la función del Derecho natural como "arma de combate", reitera que el hecho de reconocerle su utilidad práctica es otra cosa a "considerarla como una teoría científica , es decir explicativa de la realidad".[47]

Por mi parte acepto como dice Miaille que el Derecho natural no puede ser una teoría explicativa de la realidad porque con esas pretensiones fácil se convierte en ideología justificadora de un estado de cosas ya dado. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que la doctrina del Derecho natural sea sólo una ideología que sirve para fundamentar una praxis de lucha. Considero que en el ser humano existen algunos datos antropológicos que sirven de base para pensar que el hombre tiene ciertos derechos fundamentales derivados de su propia constitución ontológica. Y creo que esto le sirve no sólo como arma de lucha, sino además como elemento para medir la justicia o injusticia de un orden jurídico, instancia normativa que expresa un modo de producción, en un momento histórico determinado. Y creo también que esta concepción iusnaturalista lejos de justificar ideológicamente un sistema opresor, sirve como de crítica permanente a cualquier régimen de Derecho. En otras palabras, como ya lo expresamos anteriormente, consideramos que el analogado principal del Derecho son los derechos subjetivos y, por lo tanto, todo el fenómeno jurídico debe girar en torno a ese analogado principal.

Acepto, pues, la instancia ideológica que sirve de base a la lucha por el cambio social por parte del Derecho natural, pero, además, considero que esa "ideología" tiene una base antropológica inmersa en el mismo ser humano, no de manera estática, sino dinámica, histórica.

Por lo escrito en líneas arriba se colige que acepto la corriente iusnaturalista, pero no desligada de un análisis histórico-social del Derecho, y como un elemento de crítica permanente al sistema social vigente.

Considero que el Derecho para ser propiamente tal, siguiendo lo que decía Villoro, debe estar orientado a establecer relaciones justas entre los hombres y mujeres miembros de la comunidad política; y esas relaciones de justicia se basan en el respeto de los derechos subjetivos, de los derechos humanos.

Sin embargo, estoy consciente del que el Derecho en el Estado mod-

[46] Michel Miaille. *Une Introduction critique au Droit*. Ed. François Maspero. París. 1976. p. 318.

[47] *Idem Supra*. p. 319.

erno está dotado de ciertas características que lo hace ser fácilmente expresión normativa de la clase dominante, y lo han vaciado, de hecho, de su fin de justicia. Vilas nos dice: "el vaciamiento del Derecho respecto de toda idea de justicia no significa otra cosa que aceptar, sacralizándolo, el ordenamiento jurídico-positivo de la clase dominante, y por lo tanto afirmar como legítimas e inmutables las condiciones sociales sobre las cuales esa clase erige su dominación: la explotación de las mayorías populares por las oligarquías internas y extranjeras"[48]

Acepto, pues, que el Derecho tiene como fin la justicia. Y la reflexión misma acerca de la justicia contrastándola con la realidad que nos muestra a la sociedad caracterizada por la opresión respaldada por el mismo Derecho, nos impide sacralizar al Derecho y nos invita a buscar la justicia. Como escribí en otro lugar: "Dos principios jurídicos nos darán siempre la pauta para ver si la organización jurídico-estatal es opresora o no: si no se realizan el Bien Común y la Justicia, será opresora, pero realizándose estos valores, será liberadora. Para hacer la apreciación téngase siempre en cuenta que estos dos principios jurídicos no se estabilizan ni se realizan, sino que son dinámicos, y hay que estar en pos de ellos siempre, nunca se agotan"[49]

El Derecho y la justicia deben marchar siempre juntos. Sin embargo, la realidad social latinoamericana, marcada por el modo de producción capitalista dependiente, nos muestra que no es así, sino que el Derecho, lejos de regular relaciones de justicia, favorece la explotación de unos pocos sobre la mayoría. Ante esto, debemos mantener ideas claras sobre el contenido de las misma. A continuación haremos algunas reflexiones sobre la justicia, más que nada con el propósito de desligarla del *estatu quo* en donde ha sido instalada, y que se le ha querido casar con un Derecho que lejos de ser justo niega la auténtica justicia.

4.1.2. Sobre la justicia.

Requiriendo de una buena explicación, es sin embargo válida la vieja definición del poeta Simónides respecto de la justicia: "dar a cada quien lo suyo". Mismo concepto que formulara Ulpiano, el famoso jurista romano, con

[48] Vilas, *Op. Cit.*, p. 3.
[49] Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Hacia una organización...*, *Op. Cit.*, p. 226.

estas palabras: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*[50] (la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo). Lo que importa resolver es el núcleo de la cuestión: ¿qué es lo suyo de cada quién?

Para el maestro mexicano Rafael Preciado Hernández "lo suyo de cada quien" es "lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social"[51]; el mismo Preciado explica que ese criterio de justicia no es "convencional sino objetivo, pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y por este mismo excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros semejantes sin razón objetiva suficiente".[52]

Dicho en otras palabras, "lo suyo de cada quien" es todo lo que la persona humana requiere para su desarrollo integral como tal.

Considero válido el desarrollo que de la definición de justicia nos aporta el maestro Preciado Hernández, pero me parece que, aunque remite a datos objetivos, se queda en un nivel netamente esencialista; creo que no escapa del mundo de las esencias, con el consecuente peligro de ahistoricidad. Por esta razón considero válido ligar el contenido que le da Preciado Hernández a "lo suyo de cada quien" con el concepto antropológico da Paulo Freire quien al manifestar que la vocación del hombre es "ser sujeto de la historia"[53], dinamiza la concepción del hombre haciéndola histórica, como un ser que vive en la historia y construye su historia personal y la historia comunitaria junto con los demás.

¿Qué necesita el ser humano para ser sujeto de la historia? Sólo puedo responder que cada momento y situación histórica lo irán diciendo, teniendo en cuenta los datos ontológicos que arroja el propio ser humano. Me atrevería a apuntar, sin embargo, algunas cosas que creo necesita siempre el hombre para ser sujeto de la historia, tales como: un cierto margen de libertad que le permita realizar su historia personal, y poder participar en el proceso histórico comunitario con todos los demás, tener acceso a las decisiones políticas y económicas de su país, tener acceso, junto con todos los demás, a la propiedad de los

[50] Digesto, I, 1.

[51] Preciado Hernández. *Op. Cit.* p. 217.

[52] *Idem Supra*.

[53] Cfr. Paulo Freire. *Concientización*. Ed. Asociación de Publicaciones Educativas, Bogotá, 1974.

medios e instrumentos de producción, gozar de una buena alimentación y de un espacio vital digno; posibilidades de estudio y cultura, así como de recreo y diversión. Creo que mientras el ser humano no goce de estas condiciones sociales no podrá ser sujeto de la historia. Será en todo caso objeto de la historia de otros, de aquellos, precisamente, que mantienen las estructuras injustas que oprimen al hombre; de aquellos que usurpan "lo suyo" de los otros.

Así como el Derecho prescribe facultades y obligaciones, el criterio ético de la justicia, como fin del Derecho, hace ese mismo señalamiento, porque frente a la exigencia de "lo suyo" por parte de una persona o grupo social, está la correspondiente obligación de otra persona o grupo social de otorgarle lo que "le corresponde".

El jurista argentino Sampay hace una reflexión muy interesante acerca de la justicia que resume todo lo que anteriormente se ha expresado y además tiene la ventaja de poner el énfasis necesario en lo económico:

> Mas como las personas humanas tienen distinta individualidad, cada uno posee, según su aptitud, una capacidad de producir socialmente, esto es, de dar bienes a los otros a cambios de los bienes que necesitan; y cada uno tiene según su complexión y estado, necesidades que la sociedad le debe satisfacer en los susodichos cambios. De aquí que la justicia regule con igualdad proporcional, los cambios globales que abarcan el total de la actividad productiva de cada individuo para la sociedad y el total de los bienes exteriores que cada individuo recibe de los demás. Por lo que cada uno debe dar a la sociedad cuanto puede conforme al grado de desarrollo de sus aptitudes productivas, y recibir, –según la cantidad y la calidad de lo que aporte a la sociedad y según sus necesidades– cuanto la sociedad pueda darle conforme al grado de desarrollo de sus fuerzas productivas.[54]

Así el derecho objetivo, por ser analogado secundario, debe normar lo social de acuerdo a las exigencias de la persona como sujeto de la historia; debe

[54] Arturo Enrique Sampay. "Constitución, Justicia y Revolución en el mundo contemporáneo", en *Liberación y Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires. Buenos Aires, enero-abril de 1974. p. 16.

reconocer a cada quien lo suyo.

Las reflexiones anteriores acerca de la justicia confirman lo que ya se apuntaba en el sentido de que el derecho objetivo vigente es más expresión de injusticia y opresión que de justicia. Sin necesidad de profundizar mucho en el análisis social, fácilmente nos damos cuenta de que la injusticia instalada en nuestra sociedad latinoamericana no es tanto porque no se aplique el derecho objetivo, sino por la aplicación del mismo.

Los usufructuarios de la injusticia, al aplicar el derecho objetivo, paradójicamente, apelan también a cierta concepción de la justicia. Sólo que el criterio de lo justo para las clases hegemónicas es demasiado estrecho, pues sólo tiene como objetivo el resguardo de sus "derechos adquiridos" o la reparación de los mismos. En lo que Leibniz denomina "justicia conservadora"[55]. Haciendo algunas salvedades respecto al uso que hace del término "occidente", es cierto lo que manifiesta Porfirio Miranda cuando dice que "toda la noción occidental de justicia y de derecho se troquela sobre el contrato de compraventa, de intercambio conmutativo. Lo cual significa que se acepta como ya no-revisable la distribución vigente, y solamente se exige que las operaciones de intercambio entre los sujetos sean tales que cada uno reciba el equivalente de lo que da. Es decir, que la distribución ya vigente se mantenga como está.[56]

Es el criterio de la justicia del neoliberalismo, actualmente pensamiento hegemónico en el mundo y, por lo tanto, aplicado en muchos de sus criterios a las sociedades latinoamericanas. Hayek, el principal teórico del neoliberalismo, tiene un criterio eminentemente formal de la justicia, que implica conservar la distribución vigente. Escribe:

> A la justicia no le importan los resultados de las transacciones, sino tan sólo si esa transacciones son en sí justas. Las normas generales de comportamiento no pueden evitar que, con una conducta perfectamente justa por ambas partes, la baja productividad del trabajo en ciertos países determine una situación en la que el nivel salarial al que todos pueden conseguir empleo sea muy bajo –a la vez que el rendimiento del capital muy alto–, y en la que la consecución por

[55] Citado por Sampay. *Op. Cit.* p. 17.

[56] José Porfirio Miranda. *Marx y la Biblia. Crítica a la Filosofía de la Opresión*. México, 1971. p. 39.

> algunos salarios más altos sólo puede lograrse por medios que hacen imposible para otros el encontrar empleo... el resultado de una transacción perfectamente justa puede ser que una de las partes obtenga muy poco de ella y otra mucho.[57]

En cambio, el auténtico criterio de lo justo "no comporta la intangibilidad de los bienes adquiridos en los cambios particularizados y en la apropiaciones privadas originarias"[58], sino al darle a cada hombre y a cada grupo social lo necesario para su desarrollo pleno en todo sentido, lo que no sólo supera el criterio de la "justicia conservadora", sino que se constituye en su antítesis, mientras que en las condiciones sociales actuales, para lograrse deben romperse los "derechos adquiridos" de la clase dominante por la lucha reivindicativa de la mayoría despojada.

4.1.3. Los derechos humanos y el criterio de lo justo, como principios de una conciencia de lucha.

Si hemos aceptado, como uno de los aspectos del Derecho natural, su instancia ideológica que sirve de base a la lucha por el cambio social, lo es porque existe, en aquellos a quienes les son violados sistemáticamente sus derechos y padecen la injusticia, una búsqueda, a veces sólo intuitiva y en otras veces plenamente consciente, de que sus derechos sean plenamente respetados y, consecuentemente, se repare la injusticia que padecen.

El pueblo latinoamericano es muy juridicista. Exige el respeto de sus derechos si tiene conciencia de que obra conforme a Derecho.

En principio verifica si sus exigencias de respeto a sus derechos y de justicia, están de acuerdo a la ley, con el derecho objetivo (legalismo). Si embargo, la exigencia del pueblo, de los pobres, de sus derechos, de acuerdo con el Derecho, no necesariamente se hace con base en la normatividad positiva (derecho objetivo). Los pobres, en muchas ocasiones, manejan conceptos jurídicos basados en el conocimiento que tienen de sus derechos y en la conciencia que

[57] Friedrich A. Hayek. *Derecho, legislación y libertad.* Vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1978, págs. 217 y 218.

[58] Sampay, *Op. Cit.* p. 17.

poseen de que se les respeten en justicia. Conocimiento y conciencia que se adquieren, la más de las veces, por su experiencia e historia de oprimidos.

Esa juridicidad que fundamenta la exigencia de sus derechos está más allá del derecho objetivo. Se funda en los derechos subjetivos, en una idea de derechos humanos y en la concepción misma de la justicia que deviene del respeto de esos derechos. Es un concepto histórico de justicia, alternativo al de "justicia conservadora" de la legalidad o derecho objetivo vigente.

¿Si no se apelara el respeto de los derechos subjetivos y a la justicia que ello conlleva, como se puede apelar a un necesario cambio social?

Los derechos humanos y el criterio de lo justo constituyen, entonces, principios de una conciencia de lucha, de búsqueda de mejores condiciones para la plena satisfacción de las necesidades humanas.

5. El *pobre*, también como categoría sociológica.

Hemos dicho que el uso alternativo del Derecho tiene como principio filosófico fundamental la defensa de los derechos del pobre, de los pobres.

Para los fines de nuestro trabajo nos importa además destacar a *el pobre* o a *los pobres* como categoría sociológica, en cuanto *sujetos usuarios de la juridicidad alternativa*.

Hemos optado, pues, por el término de *pobre* o *pobres* como categoría sociológica, y no por otro como podría ser *proletariado*, *clases subalternas* o *dominadas*, *pueblo*, u otros, en virtud de que creemos que es la que más se acerca a la caracterización de estos nuevos sujetos del Derecho. Consideramos que el uso del Derecho, como Derecho insurgente, en el sentido de que hemos hablado, se da en ciertas comunidades ya sea urbanas, campesinas e incluso indígenas, de pobres o empobrecidos, para las cuales, en cuanto a caracterización, el uso de otros términos no resulta exacto.

Por eso creemos que lleva razón José de Souza Martins, cuando escribe lo siguiente:

> Pienso que es muy importante considerar que la categoría explicativa que organiza el pensamiento de los miembros de esas comunidades es la categoría *pobre*... La categoría *pobre* es amplia y abarca todo tipo de pobreza –desde la miseria del hambre hasta la falta de justicia y dere-

> chos, la desigualdad, la opresión, la falta de libertad, el compromiso de la fe por la degradación del hombre. Es diferente de la situación de clase social, que se define por una categoría económica, como el salario o la propiedad, que por eso queda centrada en la *producción*. La categoría *pobre*, al contrario, tiene una definición ética e histórica que implica considerar los *resultados* de la producción, no sólo la acumulación del capital, sino también la *acumulación de la pobreza* que de ella resulta. La realidad social pasa a ser considerada no a partir de la *igualdad jurídica* que sustenta las ficciones básicas sobre los derechos, sino a partir de la desigualdad *económica y social* que desenmascara y denuncia la falta de derechos. Es por eso también que es otra la concepción y la práctica de las relaciones sociales. No la concepción societaria, abstracta e ideológica de las relaciones de contenido contractual, que presuponen la equivalencia, la igualdad, la negociación, *de yo y el otro*. Sino la concepción comunitaria, concreta y utópica, democrática del *nosotros*. Es la palabra *unión* y su práctica en búsqueda de las condiciones para *unir a los pobres*, –los hambrientos, los que padecen la injusticia, los marginados.[59]

El *pobre*, pues, las comunidades de pobres, en el sentido arriba expresado, son las que están haciendo uso de la juridicidad como Derecho insurgente; y esto en dos sentidos: como uso alternativo del Derecho y como reapropiación del poder normativo.

[59] José De Souza Martins. *A. Militarização da Questao Agraria no Brasil*. Ed. Vozes. Petrópolis, 1985. p. 106.

CAPÍTULO II
SOBRE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Introducción.

Toca ahora profundizar ya directamente en la Sociología Jurídica. En las siguientes líneas, entonces, nos ocuparemos de delinear, en términos generales, el objeto formal de la ciencia denominada Sociología Jurídica; expondremos también el debatido tema de la relación entre esta disciplina y el problema de los valores y la postura política y ética del cultivador de esta ciencia; y abordaremos de lleno la cuestión planteada en nuestra hipótesis de trabajo, esto es, que en América Latina se ha venido trabajando una Sociología Jurídica Militante cuando se hace una sistematización sobre el uso alternativo del Derecho y al abordarse la crítica jurídica.

1. El ser y el quehacer de la Sociología Jurídica.

Hicimos ya la distinción entre filosofía y ciencia y entre Filosofía del Derecho y ciencias jurídicas; así en plural *ciencias jurídicas*, porque, como hemos sostenido, el Derecho, la juridicidad toda, el fenómeno jurídico, puede ser abordado desde distintas perspectivas científicas, las que, cada una con su propio método, no se excluyen una a otra.

Así la Sociología Jurídica es una disciplina científica con relación al Derecho, al fenómeno jurídico, ese es su objeto material. Veamos cual es su ser y su quehacer, esto en su objeto formal, es decir la perspectiva desde la cual aborda el análisis del Derecho.

Un primer acercamiento a la esencia del ser y quehacer científico de la Sociología Jurídica nos lo ofrece Treves, al decir que "el problema funda-

mental del que se ocupa... es el de la relación entre derecho y sociedad."[60] "La investigación de la realidad social del Derecho... es la tarea de la Sociología del Derecho"[61], dice Rehbinder.

El mismo Rehbinder nos dice que la Sociología del Derecho es "la ciencia de la realidad del Derecho", y agrega que "entendida en este amplio sentido, investiga el surgimiento del Derecho a partir de la vida social y concibiéndolo así como el resultado de procesos sociales (Sociología del Derecho *genética*). Investiga, además, el efecto del Derecho como regulador de la acción social (Sociología del Derecho *operacional*)."[62] Así , desde la óptica sociológica, como escribe Recaséns Siches, el Derecho es el resultado de un complejo de factores sociales, y al mismo tiempo constituye un tipo de hecho social que actúa como una fuerza formativa de las conductas.[63] Y ambas direcciones de investigación van estrechamente unidas, de tal modo que, como escribe Rehbinder, "el objeto de la investigación de la Sociología del Derecho es, por consiguiente, la dependencia recíproca (*interdependencia*) del Derecho y de la vida social."[64] En palabras de Márquez Piñero, la Sociología Jurídica pretende "el estudio de las relaciones entre el orden jurídico y la realidad social; de esta manera, el derecho es contemplado como un objeto dimanante de los factores sociales, al mismo tiempo que se analizan los efectos de ese orden jurídico creado sobre la realidad social, la interpretación recíproca." Y todavía agrega: "Por otra parte, dado que el derecho tiene un contenido que puede ser representado en la conciencia de los hombres, es factible analizar las consecuencias producidas por el orden jurídico en función de aquella representación."[65] Constituye esto el análisis que se hace de la ideología jurídica.

Para el propósito de este trabajo, con los anteriores conceptos creemos que tenemos una idea clara del ser y quehacer de la Sociología Jurídica como disciplina científica. Por supuesto que una profundización de los presupuestos

[60] Renato Treves. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Ed. Taurus. Madrid, 1978. p. 21.

[61] Manfred Rehbinder. *Sociología del Derecho*. Ed. Pirámide. Madrid, 1981. p. 21.

[62] *Idem Supra*. págs. 21 y 22.

[63] Cfr. Rafael Márquez Piñero. *Sociología Jurídica*. Ed. Trillas. México, 1992. p. 46.

[64] Rehbinder. *Op. Cit.* p. 22.

[65] Márquez Piñero. *Op. Cit.* p. 24.

epistemológicos de esta ciencia, así como en las discusiones sobre el método, nos darían un panorama mucho más amplio de la Sociología del Derecho, pero esto rebasa ya el objeto de nuestro estudio.

Sólo para dar una idea de donde iría esa profundización, mencionamos una cuestión estudiada por Treves "de cara al problema de la relación entre derecho y sociedad, se perfila la alternativa entre la concepción que considera al derecho como variable dependiente con respecto a la sociedad y a la concepción que lo considera como variable independiente...".[66] o lo que, con gran agudeza, desde la perspectiva de los presupuestos de una sociología jurídica marxista, plantea Oscar Correas, cuando escribe: "no deja de ser curioso la recurrencia con que los autores que tratan la cuestión del objeto de la *Sociología del Derecho*, hablan de éste como de la ciencia que estudia *las relaciones entre derecho y sociedad*. La expresión es desafortunada porque la palabra 'relación' –además de su propia oscuridad parece implicar la existencia de dos cosas que, precisamente, se 'relacionan'. Y estas dos cosas sería 'derecho' y 'sociedad'. Pero ¿no resulta desafortunado excluir del concepto de 'sociedad' –tampoco muy claro en sí mismo– la normatividad? ¿Cabe pensar algo que sea designado con la palabra 'sociedad' donde no exista el Derecho? ¿Qué sería 'sociedad' que fuera lo otro del derecho?"[67]

Con relación al objeto formal de la Sociología Jurídica, consideramos que hemos dejado asentado lo necesario para los propósitos de nuestro trabajo. Serán otro tipo de cuestiones debatidas con relación a la disciplina que nos ocupa, lo que trataremos a continuación y que guardan relación con la hipótesis de nuestra investigación.

2. El problema de la neutralidad de la Sociología Jurídica; la cuestión de los valores, y de las intenciones políticas.

Se ha pretendido que la Sociología Jurídica, como ciencia que es, goce del principio general de la neutralidad de la ciencia. Elías Díaz escribe que "la Sociología es una ciencia y aspira a constituirse cada vez más con ese carácter: significa ello que su trabajo se apoya sobre bases empíricas y que sus con-

[66] Treves. *Op. Cit.* págs. 21 y 22.
[67] Oscar Correas. *Op. Cit.* p. 92.

ceptualizaciones y construcciones teóricas son constatadas de modo continuo con esa experiencia de los hechos, con una determinada realidad fáctica."[68] Y agrega: "La Sociología no valora, no hace 'juicios de valor'... el sociológico lo que no debe permitir es que sus propios puntos de vista valorativos desfiguren la realidad objetiva de los hechos."[69] Un autor clásico de la disciplina que nos ocupa, Max Weber, lo había planteado así, afirmando el principio de la neutralidad de la ciencia y distinguiendo la constatación que valora estos hechos.[70]

Sin embargo, esa neutralidad científica en general, y en especial en las ciencias sociales, es bastante discutida. Con razón se pregunta Elías Díaz:

> ¿Hasta qué punto y en qué medida cabe impedir la intromisión de las propias valoraciones en el análisis de los hechos sociales? Es decir: ¿En qué forma y en qué medida podemos evitar un conocimiento de la realidad que resulte deformado por los juicios de valor?[71]

Ralf Dahrendorf analiza seis momentos o fases de la investigación sociológica en que puede, y suele, producirse una mayor influencia de los juicios de valor. Elías Díaz incorpora este esquema a su obra. Esas fases de la intromisión de los juicios de valor en la investigación sociológica serían los siguientes:

A) Motivaciones para la elección de un tema de investigación.

Con relación a este rubro el prestigiado tratadista español escribe: "la Sociología, y en general las Ciencias Sociales, no han alcanzado hoy por hoy, y es difícil que lo hagan en corto plazo, esa meta de pureza científica y metodológica que, con todo, en mucha mayor medida poseen las Ciencias naturales. En la realidad actual las motivaciones van unidas a intereses, prejuicios, ideologías, etc., que orientan la investigación hacia ciertos temas y hacia ciertos sectores y concepciones de la sociedad, ocultando y negándose a investigar otros".[72]

[68] Elías Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Ed. Taurus. Madrid, 1980. p. 208.
[69] *Idem Supra*. p. 209.
[70] Cfr. Treves. P. 82.
[71] Díaz. *Op. Cit.* p. 211.
[72] *Idem Supra*. p. 214.

B) Selección de hechos y problemas concretos.

La aparición de los juicios de valor se da también cuando se procede a la formación de las teorías o construcción de las hipótesis, realizándose a través de una cierta selección de hechos y problemas concretos.

C) Investigación sociológica sobre valores.

D) Las reformas de carácter ideológico.

E) Aplicación de la ciencia a problemas prácticos: relaciones entre ciecnia social y política social.

F) La función del sociólogo.

Existen, pues, íntimas y profundas conexiones entre el análisis o juicios de los hechos y las valoraciones o juicios de valor. Luis González Seara escribe:

> Llegamos, pues, a la conclusión final de que no se pueden separar radicalmente los juicios de valor del conocimiento, pues, incluso, inconscientemente, los valores y la ideologías condicionan nuestro pensar mismo. Llegamos también a la conclusión de que es preciso, con ese condicionamiento, procurar la máxima objetividad científica en nuestras investigaciones, evitando las deformaciones ideológicas a que se refería Dahrenford. Pero, no en menor medida, estimamos la necesidad de un compromiso del sociólogo que no le haga perder de vista las consecuencias prácticas de su actuación como científico.[73]

Insistiendo sobre la practicadamente imposible neutralidad de las ciencias sociales, y en especial de la Sociología Jurídica, cito ahora a Uberto Scarpelli:

> Los valores éticos y políticos entran en juego, en toda ciencia, en toda

[73] Citado por Elías Díaz. *Op. Cit.* p. 225.

> ciencia social, en la sociología y en la sociología del derecho, en al menos tres momentos importantes: el momento de la posición o de la aceptación de las condiciones, de los presupuestos, de las convenciones constitutivas de la ciencia; el momento de la determinación del campo y de los temas de investigación; el momento mismo de la invención teórica, con las formulaciones de las teorías y de las hipótesis.[74]

Para terminar este apartado y reafirmar nuestra postura, permítasenos traer de nuevo aquí lo ya expresado en la primera parte de este trabajo, en el sentido de que creemos, en lo que se refiere a las ciencias sociales, lleva razón Michel Foucault cuando escribe:

> El conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el efecto del conocimiento y, por esta razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla.[75]

Para el saber y sus consecuencias, no es lo mismo aceptar que el conocimiento del Derecho es sólo la normatividad, que pensar que conocer el Derecho implica conocer mucho más que la normatividad. La perspectiva, la posición estratégica es distinta.

3. La teorización del uso alternativo del Derecho y la crítica jurídica, como Sociología Jurídica militante.

Al formular nuestra hipótesis de trabajo hemos dicho que en América Latina se ha venido haciendo una Sociología del Derecho Militante, al teorizarse

[74] Citado por Oscar Correas. *Op. Cit.* p. 87.
[75] Michel Foucault. *Op. cit.* págs. 30 y 31.

sistematizando el uso alternativo del Derecho o elaborando crítica jurídica.

Hemos visto que el quehacer científico de la Sociología Jurídica consiste en entender el fenómeno jurídico como resultado de procesos sociales, interdependiente del efecto que el Derecho tiene como regulador de la acción social. Es una ciencia interesada en conductas y relaciones sociales ligadas a las normas de dos maneras: como causa y como efecto de las mismas. En palabras de Oscar Correas: "Se trataría de estas dos clases de preguntas: 1. ¿Cómo se explica la existencia de normas que ordenan, permiten o prohíben tales conductas y no otras?; 2. ¿Son tales normas eficaces? Esto es: ¿producen los individuos las conductas que las normas ordenan, permiten o prohíben?"[76]

Pues bien, tanto la teorización surgida de la sistematización de las prácticas jurídicas alternativas como de buena parte de la crítica jurídica latinoamericana, hacen el quehacer científico de la Sociología Jurídica; esto es, en su análisis interrelacionan los procesos sociales que generan el fenómeno jurídico y como la juridicidad trata de moldear a la sociedad; estudian, además, como las conductas y las relaciones sociales se ligan a la normatividad, como causa y como efecto de la misma.

Ese quehacer científico de este grupo de juristas sociólogos latinoamericanos, no se hace desinteresadamente, quiero decir que no se hace con mero afán cientificista, no se hace con la pureza de una pretendida neutralidad científica desligada de posiciones políticas y éticas. La teorización de las relaciones sociales y las conductas en relación con la normatividad jurídica, el análisis de la juridicidad social, se hace desde la perspectiva de un urgente cambio social y en la búsqueda de la mejor satisfacción de las necesidades humanas y de respeto a los derechos del hombre. Por eso no hemos atrevido a denominarla como Sociología Jurídica Militante.

Estamos conscientes del peligro de la ideologización o mejor dicho de deformaciones ideológicas, que entraña la valoración ética y política en el quehacer científico sociológico. Creemos, sin embargo, que si se busca la máxima objetividad científica el peligro será menor.

La Sociología Jurídica Militante se trata, ante todo, de quehacer científico al servicio del ser humano. La ciencia así concebida, en sí misma no constituye ningún absoluto, de tal modo que sus conclusiones tampoco pueden ser absolutizadas. La Sociología del Derecho se convierte así en un instrumento al

[76] Correas. *Op. Cit.* p. 91.

servicio del ser humano y sus derechos. Sin falsos afanes de neutralidad científica, pero sí con el rigor y objetividad que se requieren para hacer un real servicio en pro de mejorar las relaciones entre los hombres haciéndolas más justas.

La Sociología Jurídica Militante cumple, lo que Elías Díaz llama, una labor de *mediación* entre los *hechos* y los *valores*; que consiste en un trabajo de aproximación entre los hechos y la Filosofía, y en este caso concretamente con la Filosofía del Derecho, teniendo así un doble objetivo:

> En primer lugar, permite tratar, con metodología y criterios sociológicos, temas que, por el simple motivo de referirse algún modo a valores, eran tradicionalmente atribuidos... a la Filosofía del Derecho.
> En segundo lugar, puede servir, como fase intermedia necesaria para un planteamiento radical del problema de la Filosofía del Derecho, proporcionando a ésta datos de hecho del máximo interés para una correcta elaboración de criterios valorativos más decisivos o, incluso, últimos. Desde esta perspectiva, pues, la Sociología jurídica aparece como preliminar necesario para ampliar sectores temáticos de la Filosofía del Derecho, lo cual en modo alguno significa negar categoría ni autonomía científica a aquélla.[77]

El mismo profesor de la Universidad Autónoma de Madrid nos ofrece un cuadro de temas en donde se dan las "posibilidades valorativas intermedias" de la Sociología Jurídica actual. Esos temas propuestos por Elías Díaz son recurrentes a la teoría de la sistematización del uso alternativo del Derecho y a la parte de la crítica jurídica latinoamericana, claro que adaptados y tratados según nuestro medio.

Un primer sector de temas los agrupa bajo el rubro de: A) *Criterios valorativos en la interrelación Derecho (positivo) y realidad social.*

> a) La diferenciación entre Derecho vigente y Derecho eficaz (y dentro de éste, entre Derecho realmente vivido por una sociedad, o por sectores de ella) lleva, por de pronto a poner de manifiesto las correspondencias y posibles desajustes entres esos niveles, a la vez que... permite formular algunos criterios intermedios de valoración... Por

[77] Díaz. *Op. Cit.* p. 227.

> supuesto que dicho criterio valorativo alcanzará su pleno sentido y justificación en referencia a un Derecho vivido, que sea total y conscientemente exigido por una sociedad, en oposición crítica a un Derecho vigente considerado como retardatorio o injusto.[78]

Dentro de esta temática se inscribe buena parte de la teoría del uso alternativo del Derecho y de lo que los brasileños han denominado *direito insurgente*[79], así como los que algunos denominan "pluralismo jurídico"[80] y que nosotros hemos llamado "derecho que nace del pueblo".[81]

Continúa Elías Díaz con su propuesta temática:

> b) Analizar el sustrato sociológico del Derecho, descubrir y poner de manifiesto las fuerzas reales (económicas, políticas, religiosas, etc.) y los correspondientes grupos y clases sociales cuya presión ha determinado el nacimiento, transformación o desaparición de una determinada normatividad jurídica, explicar en definitiva las verdaderas motivaciones, los verdaderos intereses que se ocultan tras el derecho, significa sustituir una posible idea mágica –o, en todo caso–, ideológica del mismo, por una concepción científica y racional, basada en el estudio real y empírico de esos factores e intereses.[82]
>
> c) Una similar función crítica y valorativa viene posibilitada por el análisis sociológico de los efectos y consecuencias que una normatividad jurídica está produciendo en una determinada sociedad.[83]

Precisamente ese sector de la crítica jurídica latinoamericana a que nos

[78] *Idem Supra*. págs. 228 y 229.

[79] Cfr. de varios autores *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*. Ed. Apoio Jurídico Popular. Rio de Janeiro, octubre de 1990.

[80] Cfr. Antonio Carlos Wolkmer. "Pluralismo Jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas", en *El Otro Derecho* 7. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, enero de 1991.

[81] Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel. *El Derecho que nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes (CIRA). Aguascalientes, 1986; Fundación para la Investigación y la Cultura, ASONAL JUDICIAL e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004; Ed. Porrúa, México, 2005.

[82] Díaz. *Op. Cit.* p. 229.

[83] *Idem Supra*. p. 230.

hemos referido, se inscribe en el tratamiento de estos dos temas. Su principal exponente de habla hispana es Oscar Correas[84] y en lengua portuguesa destacan varios brasileños, de los que señalamos a dos en concreto Pressburger[85] y Wolkmer.[86]

Continuamos con Elías Díaz, que agrupa un segundo sector temático en el rubro de B) *Criterios valorativos en la interrelación valores jurídicos y realidad social.*

> d) La discordia posible, y bastante probable, entre los valores (jurídicos) aceptados como tales por la colectividad y los valores implantados en un ordenamiento jurídico-positivo debe tender a resolverse en el sentido de una primacía de los valores colectivamente aceptados.[87]

Respecto de este tema del propio Díaz previene con agudeza: "Otra cosa es, por supuesto, la aplicación real de los valores aparentemente acogidos por el legislador en sus declaraciones fundamentales pero luego 'rebajados' o falseados sin más en las normas positivas correctas."[88]

> e) Un análisis sociológico de los valores (jurídicos) puede venir a poner en tela de juicio su carácter neutro y desinteresado (duda metódica completamente necesaria y legítima) mostrando, en cambio, los intereses y factores reales que de aquéllos se derivan, legítimos o ilegíti-

[84] Cfr. Oscar Correas. *La Ciencia Jurídica*. Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa. Culiacán, 1980; *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*. Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Guerrero. Puebla 1982; *Crítica de la Ideología Jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1993.

[85] Cfr. Miguel Pressburger. *A Propiedade da Terra na Constituçiao*. Ed. Apoio Jurídico Popular. Rio de Janeiro, 1986.

[86] Antonio Carlos Wolkmer. *Introduçao ao Pensamento Jurídico Crítico*. Editora Académica. Sao Paulo, 1991; en castellano ha sido publicado con el título de *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2003, con Introducción y Notas de César A. Rodríguez. En breve aparecerá una edición mexicana publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

[87] Díaz. *Op. Cit.* p. 230.

[88] *Idem Supra*. p. 232.

mos, que esa es otra cuestión.[89]

f) El otro lado del problema –investigación de las consecuencias de hecho que derivan de un determinado sistema axiológico– contribuye paralelamente a esa misma desmitificación crítica de los valores y a su entendimiento en función de factores reales.[90]

Todo este grupo de temas son abordados, cada uno desde su perspectiva, tanto por la crítica jurídica como por la teoría que sistematiza el uso alternativo del Derecho.

[89] *Idem Supra*.
[90] *Idem Supra*.

CAPÍTULO III
LA FUNCIÓN DEL DERECHO MODERNO EN AMÉRICA LATINA

Introducción. La razón de ser de este capítulo.

La Sociología jurídica militante, como sistematizadora del uso alternativo del Derecho y como crítica jurídica en América Latina, tiene que partir, necesariamente, del análisis del funcionamiento de la juridicidad latinoamericana, pues sólo entendiendo el funcionamiento de esa juridicidad puede hacerse la teorización de las prácticas jurídicas alternativas y la propia crítica jurídica; el modo en que opera el Derecho en Latinoamérica constituye, por decirlo así, la materia prima de la Sociología del Derecho en general y en espacial la específica que nos ocupa.

Por esa razón, y ya haciendo un ejercicio teórico de Sociología Jurídica, precisamente inscrito en la crítica jurídica, y con el objeto de entender, sobre todo, el uso alternativo del Derecho y su teorización, es que a continuación esbozaremos la función del Derecho Moderno en América Latina..

1. Bases teóricas.

La estructuración teórica y operativa del Derecho actual data del inicio de la modernidad. La concepción jurídica moderna creó, a su vez, un aparato gubernamental "de eficacia incontrastable"[91], por la centralización del ejercicio del poder y la creación y aplicación de la legalidad (derecho objetivo).

En lo que al conocimiento se refiere, el mundo moderno se reivindica a sí mismo como científico, esto es, busca la comprobación exacta de sus postulados. En el Renacimiento –época que demarca la división entre la Antigüedad y la Modernidad– aparecen grandes adelantos científicos, señalando así el

[91] Porfirio Miranda. "¿Qué hacer ante la modernidad?", en *La Jornada Semanal* N° 233. México, 28 de noviembre de 1993. p. 38.

nacimiento de la ciencia moderna. Esta pretende verificar cualquier forma de creencia admitida hasta entonces sin discusión. Nace así "la convicción de que debe ser reestructurado con nuevos métodos todo saber para que pueda ser llamado científico".[92]

El pensar jurídico moderno se vinculará así a las pretensiones científicas modernas, tanto en lo que se refiere a la concepción del hombre y la sociedad como propiamente a los objetivos y a los métodos científicos. El racionalismo, el empirismo y el voluntarismo jurídicos son resultado de los esfuerzos de varios pensadores que trataron de hacer adaptación de la ciencia del Derecho al rigor metodológico de las ciencias de la naturaleza. Se busca el método de la ciencia del Derecho.

El racionalismo es toda doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón con detrimento del de la experiencia; es el método de la investigación científica cuyo criterio de verdad son los datos obtenidos por la deducción, con exclusión de los datos empíricos obtenidos por inducción.

Será el método utilizado por la llamada Escuela de Derecho Natural (o iusnaturalismo profano); el racionalismo será también el método de Kant –máximo filósofo de la Modernidad–; y Hans Kelsen –el filósofo más importante de los últimos tiempos– hará también una construcción racionalista del Derecho, utilizando, además el concepto positivo de ciencia.

El racionalismo jurídico tiene las siguientes notas comunes:

1) El Derecho es considerado como un conjunto de normas conocidas racionalmente sin considerar lo aportado por la experiencia;
2) este conjunto de normas forma un sistema racional perfectamente trabado que se funda en la naturaleza racional del hombre;
3) el sistema normativo es inmutable y universal, válido en toda la sociedad humana independiente de sus circunstancias;
4) todo derecho positivo deberá acercarse lo más posible al orden normativo racionalista, éste será modelo o ideal a la vez que es fundamento de validez de todo derecho positivo; y las circunstancias históricas que dan singularidad a cada derecho positivo no justifica las notas propias del mismo; al contrario, se consideran causas que

[92] Villoro, *Introducción... Op. Cit.* p. 47.

> impiden la evolución del derecho positivo hasta su transformación en el orden normativo ideal.[93]

El derecho racionalista no basará sus postulados en la filosofía moral –Derecho y Moral son distintos– y hará caso omiso de las realidades sociales.

Por empirismo se entiende la posición filosófica que considera a la experiencia como única fuente de conocimiento. El empirismo jurídico considera al Derecho como producto de las fuerzas a las que está sujeta la sociedad (históricas, sociales, políticas, económicas), que se pueden conocer por la experiencia. Estas fuerzas sociales determinan la elaboración y la vida del Derecho.

Así el maestro Villoro nos dice que la mentalidad empírica predomina en las ciencias de la naturaleza a partir de la formulación de Galileo:

> 1) Toda ciencia debe constituirse sobre hechos perceptibles por los sentidos;
> 2) Estos hechos deben ser comprobados empíricamente, y
> 3) Los hallazgos sobre la constancia de las relaciones serán formulados en leyes de precisión matemática.[94]

Maquiavelo en política y Bodino en Derecho, tendrán concepciones empíricas que influirán en las ciencias sociales.

La Escuela Histórica del Derecho, el Sociologismo Jurídico –hijo legítimo del Positivismo de Comte– y la concepción marxista del Derecho son las principales corrientes empiristas de lo jurídico.

El voluntarismo no es propiamente un método de conocimiento a la manera racionalista y el empirismo. Es, sin embargo, una corriente iusfilosófica de la Modernidad emparentada con el emprirismo, concretamente con el concepto positivo de ciencia.

Lo que caracteriza las nociones voluntaristas es que se fijan en el Derecho como expresión de la voluntad del legislador.

No se preocupan ni por la justicia de lo mandado, ni inquieren directamente si lo mandado es conforme al orden racional jurídico, ni si la ley responde realísticamente a los problemas surgidos de la realidad histórica; la atención

[93] *Idem Supra*. págs. 61 y 62.
[94] *Idem Supra*. p. 67.

primordial de las nociones voluntaristas se dirigen a averiguar si tal disposición es verdaderamente querida como Derecho por quien puede dar Derecho.[95]

Se glorifica al legislador y se le da culto al texto de la ley. Dará lugar en el siglo XIX, al positivismo jurídico, cuya máxima expresión es la Escuela de la Exégesis.

Constituye el positivismo jurídico un modo de obtener certeza y seguridad respecto de las normas y los intercambios sociales normados por el Derecho. Para conseguir esa certeza y seguridad era necesario acceder a la "neutralidad axiológica", características del positivismo. "Ya que sobre las justicia la discusión podía llegar a ser interminable, se hacía necesario entonces para el poder social establecer son seguridad y certeza la distinción entre lo que es derecho y lo que es *legal*."[96] Gustavo Radbrulh decía: "Si no puede fijarse lo que es justo hay que establecer lo que es jurídico."

1.1. Fundamentos, instituciones y características del Derecho Moderno en la formación social capitalista.

1.1.1. La evolución histórico-jurídica.

Como hito histórico fundamental, a la Revolución Industrial inglesa que presupuso también el triunfo burgués, se le encadena la gran revolución social de 1789 en Francia. La Revolución Francesa trajo un cambio enorme en todos los aspectos de la vida en Occidente. Derrumbó el "antiguo régimen", esto es, la organización política, social y religiosa de Francia, tal como se encontraba desde hacía siglos. Sus alcances desbordaron sus fronteras: la revolución burguesa fue exportada al resto del mundo occidental.

Todas las instituciones que supervivieron al feudalismo, se derrumbaron. La nobleza perdió su papel director de la sociedad, y fue sustituida por la burguesía, la clase de los grandes propietarios, de las grandes industriales, banqueros y comerciantes, que tomaron en sus manos la dirección auténtica de la vida socioeconómica de Occidente.

La Revolución Francesa tuvo una gran importancia en el desenvolvim-

[95] *Idem Supra*. p. 99.

[96] Antonio Luiz Machado Neto. *Fundamentación Egológica de la Teoría General del Derecho*. Ed. Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1974. p. 4.

iento del Derecho, no sólo en Francia sino en toda Europa y, a la postre en América Latina. Su influencia radical será tanto en materia constitucional como en el derecho privado.

Constituyó un cambio social de tal magnitud que configuró la sociedad sobre la base de nuevos supuestos conceptuales e ideológicos.

La fase política de la revolución planteó tres cuestiones ineludibles que se cumplieron: 1° lograr sustituir la anterior voluntad gobernante por otra (conquista del poder); 2º señalar unos límites al ejercicio de la propia voluntad gobernante, haciendo surgir un derecho de los gobernados a hacer cuanto no está prohibido por el poder; 3º normalizar el ejercicio del poder, es decir, crear un régimen de gobierno cuyos objetivos fundamentales son de una parte garantizar la conservación del poder conquistado y, de otra, crear órganos que sirvan de cauce a la voluntad que se ha adueñado del poder.

La denominación política del poder es la "soberanía". Del rey pasa al pueblo. Un pueblo formado por ciudadanos, es decir por individuos titulares de un originario poder soberano.

La burguesía triunfante postula el reconocimiento de los "derechos naturales del individuo": libertad, seguridad y propiedad dentro de un régimen de igualdad ante la ley.

Los principios, pues, que han de regular la actividad humana son: igualdad, propiedad y seguridad; con una doble vertiente, social y política.

La *igualdad* se entiende en posibilidades legales, aunque no económicas, para recibir educación, desempeñar cargos públicos, de contraer matrimonio, etcétera. Constituye el reconocimiento de una común condición de los ciudadanos ante la ley; los fueros desaparecen.

La *libertad* existe como un derecho a trabajar sin sometimiento a normas gremiales; así como el contratar trabajo, entre patrón y obrero, en los términos en que las voluntades "libres" de ambos convengan. Trasladada al terreno político significa libertad de expresión.

La *propiedad* se entiende como medida de la capacidad individual de tener un poder excluyente sobre su persona y las cosas que pueda adquirir, ajustándose a las condiciones generales de la competencia por lo que habrá de ser libre, es decir, no excluida por disposiciones restrictivas del mercado. Es personal en cuanto su titular deberá ser siempre un individuo que no reconocerá limitación alguna a su derecho, que se declara "absoluto, sagrado e inviolable".

Como *seguridad* se entiende certeza en la eficacia de sus derechos como individuo.

Este derecho moderno, consolidado con la Revolución Francesa, nace de una concepción individualista liberal del ser humano y de la sociedad. Va surgiendo paulatinamente, promovido principalmente por el crecimiento de la influencia de los mercados que, poco a poco, van mirando a la sociedad feudal con su lucha primero por sobrevivir y después por convertirse en clase hegemónica.

Del siglo XII en adelante surgen los juristas de la burguesía, clase social que empieza a tomar fuerza dentro de la propia estructura feudal del medievo. Estos juristas desenterraron las normas jurídicas romanas y las adaptaron a las necesidades de los mercaderes, poniendo especial énfasis en una reinterpretación del derecho de propiedad y del derecho contractual.

"Con la recepción del derecho romano –escribe Vilas– crearon un derecho que defendía firmemente la propiedad privada como medio de explotación, protegiendo así el aspecto de una nueva clase dominante"[97]. Y agrega:

> Las instituciones del derecho romano, cuando éste ha sido incorporado a las nuevas relaciones sociales, han cito receptadas como meras categorías jurídicas, esto es, como meras relaciones formales, pero obviamente nutridas de un nuevo contenido. La propiedad privada capitalista no tiene nada en común, materialmente, es decir en cuanto relación social, con la propiedad romana, pero la expresión jurídica romana de esa propiedad pudo ser recuperada, formalmente, en otro nivel y en algunos aspectos, por la sociedad capitalista y por su nuevo derecho... El derecho romano de propiedad privada pudo ser receptado y adaptado por los juristas de los siglos XII y posteriores, y sobre todo por el movimiento codificador que surgió de las revoluciones burguesas, no porque él reglara unas relaciones de producción similares a las relaciones feudales o capitalistas de producción, sino porque la protección que él brindaba a cierta categoría de propietarios romanos se adaptaba a la protección buscada por el propietario feudal y los mercaderes de las ciudades primero, y por el capitalista comercial

[97] Vilas. *Op. Cit.* p. 44.

e industrial después.[98]

Foucault nos dice que "la acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII"[99], la de Carlomagno. A partir de entonces van a aparecer fenómenos jurídicos nuevos, totalmente desconocidos hasta entonces, tales como:

> a) La administración de justicia no es más pleito entre individuos, estos no tendrán más derecho de regular sus litigios; "deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político."[100]
> b) Aparece la figura del *procurador*, que representa al soberano.
> c) Se crea la noción de *infracción*, que traslada el hecho del daño entre individuos a la idea de que "un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano."[101] Así dice el propio Foucault, "el poder estatal va confiscando todo el procedimiento judicial".[102]
> d) "Hay por último –dice Foucault–, un descubrimiento, una invención tan diabólica como la del procurador y la infracción: el Estado, o mejor, el soberano (ya que no se puede hablar de Estado en esa época) es no sólo la parte lesionada sino además la que exige reparación."[103]
> "Posterior a los juristas reinterpretadores y readaptadores del Derecho Romano, surge la Escuela del Derecho Natural a lo largo de los siglos XVII y XVIII partiendo del Derecho enseñado en las Universidades, que se apartaba cada vez más del Derecho Justineaneo

[98] *Idem Supra*. págs. 44 y 45.
[99] Foucault. *Op. Cit.* p. 75.
[100] *Idem Supra*.
[101] *Idem Supra*. p. 76.
[102] *Idem Supra*.
[103] *Idem Supra*. p. 77.

> -(codificador del Derecho romano)- para convertirse en un Derecho inmanente, fundado en la razón, con vocación de universalidad"[104]

No es ocioso advertir que esta Escuela del Derecho Natural representa una tradición iusnaturalista distinta, con enormes diferencias, de la clásica de tradición cristiana. La Escuela del Derecho Natural es individualista y eminentemente racionalista; la clásica es personalista –comunitaria, y no sólo utiliza la razón, sino también las circunstancias históricas cambiantes.[105]

La Escuela del Derecho Natural difundió la idea de los derechos subjetivos, que no existía en la tradición jurídica romana. Esos derechos subjetivos, comprendidos en el derecho a al libertad van a alcanzar su máxima proclamación con el triunfo final de la burguesía. En la Revolución Francesa surge ya perfectamente definido, a partir de ella, el sistema social liberal individualista, fundamento del capitalismo moderno.

John Marryman escribe: "El acento que se puso en el derecho del hombre a manejar sus asuntos particulares y a moverse vertical y horizontalmente dentro de la sociedad fue una reacción contra la tendencia feudal a fijar a la persona en una determinada clase o estado social. La revolución llegó a ser, –usando la famosa frase de Sir Henry Maine– un instrumento para la transición de un estado a un contrato. El resultado fue una exagerada exaltación de la propiedad privada y de la libertad de contrato similar; y en sus efectos, el exagerado individualismo del siglo XIX en Inglaterra y en los Estados Unidos"[106].

Por otro lado, la Escuela del Derecho Natural exigió que, junto al derecho privado, se elaborara un derecho público que hiciera reales los derechos naturales del hombre y garantizase las libertades de la persona humana. Con esto se completa la base necesaria para que se afirme el individual liberalismo jurídico.

Además de lo anterior, la Escuela del Derecho Natural del siglo XVIII, rompe con la tradición de la compilación del Derecho que se había venido

[104] Rene David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Aguilar. Madrid, 1977. p. 32.

[105] Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*.Ed. Jus. México, 1993.

[106] John Marryman. *La tradición jurídica romano-canónica*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1971. p. 40.

realizando en las Universidades y otorga al soberano la calidad de legislador; a partir de estas ideas los países del Continente Europeo se orientarán hacia la nueva fórmula de la codificación, fórmula que conducirá a la etapa moderna de la historia de los derechos de la familia romano-germánica.

Así, la Escuela del Derecho Natural obtiene tres resultados determinantes que caracterizarán al Derecho moderno:

Primero: la igualdad de todos los hombres, al consagrar los derecho subjetivos desconocidos para el Derecho romano.

Segundo: la codificación del Derecho en normas generales, abstractas e impersonales, dictadas por el Estado legislador que llegará a identificar –con el positivismo del siglo XIX– el Derecho con la Ley; vacía al Derecho, en consecuencia, de toda idea de justicia.

Tercero: la creación del derecho público paralelo al derecho privado, como garantizador de los derechos subjetivos y de igualdad formal, proclamados por el "Derecho Natural".

El sistema jurídico burgués se edifico sobre dos principios de "Derecho Natural": la propiedad privada libre y la libre contratación. Domat, uno de los principales ideólogos juristas de la Revolución Francesa, considera a ambas instituciones jurídicas como "leyes inmutables", por ser "naturales y justas en todo lugar". "El dueño de una casa sigue siendo su dueño hasta que se deshace de ella voluntariamente o le es incautada por medios justos y legítimos"[107]. Domat, por otro lado, consideró el contrato como base de la sociedad, ya que como legislación privada debía regir los derechos y deberes recíprocos entre los particulares.

Ese derecho de propiedad sin restricciones se liga, para conformar jurídicamente al nuevo régimen, con la libre contratación, y ésta, por su parte, con la ley dictada por la Asamblea Nacional en 1791, que suprime todos los privilegios de las profesiones, aniquilando así a las corporaciones profesionales, pues se decreta que todo ciudadano era libre de ejercer cualquier oficio u ocupación con sólo pagar al Estado una autorización.

Esto por un lado fue beneficioso, pues se quitaban todos los odiosos privilegios de los maestros, pero, al final de cuentas, como manifiestan Tigar y Levy "lo que se había iniciado como la abolición de los privilegios de las corporaciones y de los pequeños empresarios, acabó en su forma final siendo la

[107] Citado por Tigar y Levy. *Op. Cit.* p. 221.

expresión pura de la teoría burguesa del contrato: que el empresario individual negocie con el trabajador individualmente."[108] Revivió así el contrato *locatio conductio operarum*, es decir el arriendo del tiempo de trabajo; y se puso así la base jurídica para la explotación brutal del obrero por parte de la ahora nueva clase dominante: la burguesía.

1.1.2. La concepción del hombre y de la sociedad del individualismo liberal o posesivo.

C.B. Macpherson sintetiza los supuestos del individualismo liberal, que él llama "individualismo posesivo", en las siguientes siete proposiciones que transcribimos y comentamos a continuación.

I.- Lo que hace humano a un hombre es ser libre de la dependencia de las voluntades de los demás.[109]

Se explica esta primera proposición con relación a la consideración distinta del mundo antiguo, en la que los esclavos y los siervos dependían de la voluntad de su señor; estaban, en ese sentido, en condición infrahumana. La humanización, pues, surge de la libertad respecto de la voluntad de otro.

II.- La libertad de la dependencia de los demás, significa libertad de cualquier relación con los demás salvo aquellas relaciones en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés.[110]

Según esto no existen vínculos naturales entre los hombres. Las relaciones entre los individuos son voluntarias, pactadas, contratadas, libres. A nadie se le puede obligar a relacionarse con los otros.

III.- El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y de sus capacidades,

[108] *Idem Supra*. p. 230.

[109] C.B. Macpherson. *La teoría política del individualismo posesivo*. Ed. Fontanella. Barcelona, 1979, p. 225.

[110] *Idem Supra*.

por las cuales nada debe a la sociedad.[111]

El individualismo protege la propiedad individual y privada, pero no sólo de las cosas, no sólo de los medios de producción, sino de la propiedad de la propia persona y sus capacidades. Cada individuo es propietario de sí mismo. Ergo, todos los hombres, en cuanto que individuos, son propietarios. Si no tienen más propiedades, serán, cuando menos, propietarios de su persona.

IV.- Aunque el individuo no pueda alienar toda su propiedad sobre su propia persona, puede alienar su capacidad para trabajar.[112]

El hombre no puede venderse totalmente, pues se convertiría en esclavo, dejaría de ser hombre. Pero sí puede enajenar su fuerza de trabajo. Puede contratar con otro, estableciendo una relación laboral.

V.- La sociedad humana consiste en una serie de relaciones mercantiles.[113]

La sociedad es el lugar de encuentro de los hombres libres que comercian, ofreciendo y demandando objetos y fuerzas de trabajo a cambio de dinero. A relaciones comerciales reduce el individualismo liberal la vida social.

VI.- Dado que lo que hace humano a un hombre es la libertad de las voluntades ajenas, la libertad de cada individuo solamente puede limitarse justamente por unas obligaciones y reglas tales que sean necesarias para garantizar la misma libertad a los demás.[114]

En otras palabras, la regla jurídica de oro del individualismo es la que fija el límite de la libertad de un individuo en la libertad del otro.

VII.- La sociedad política es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su persona y sobre sus bienes, y (por tanto) para el mantenimiento

[111] *Idem Supra*.
[112] *Idem Supra*.
[113] *Idem Supra*. p. 226.
[114] *Idem Supra*.

de relaciones debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios de sí mismos.[115]

Tenemos así el cuadro completo. La sociedad –llamada "sociedad civil"– es un lugar de encuentro entre personas libres que comercian, que contratan. No es una "sociedad natural", tiene vida por voluntad de los individuos. Ahora bien, el Estado o sociedad política, distinta de la sociedad civil, es también una creación de los individuos con el objeto de proteger sus propiedades, que van desde su propia persona hasta la de los medios de producción. No es, tampoco, el Estado una "sociedad natural", sino artificial y con fines específicos a favor de los propios individuos que son los que le dan vida.

1.1.3. Principales instituciones del derecho capitalista.

De la anterior concepción del ser humano y de la sociedad del individualismo liberal, se van a derivar principios jurídicos, políticos y económicos.

Así, en cuanto al Derecho, el principio jurídico fundamental es el derecho del individuo a la libertad personal, a la cual se opone la obligación de los otros individuos y del Estado de respetarse ese derecho a la libertad.

El Estado, para el individualismo, es una institución cuyo único objeto es asegurar al individuo la mayor cantidad de libertad. El Estado nace de la libre decisión de los hombres, por el efecto de la voluntad contractual de los individuos. El individualismo liberal niega al Estado todo tipo de "intervención". Su fin es mantener el orden en el interior y la paz en el exterior.

Sus principios económicos los toma del economista David Ricardo y de la Escuela de Manchester: afán de ganancia, libre concurrencia, es decir libre juego de la oferta y la demanda; y la creencia en que la vigencia de los dos primeros principios trae por sí misma una autorregulación económica.

El individualismo liberal es el amplio marco ideológico que, unido a otros factores históricos, va a permitir el desarrollo del modo de producción capitalista. Este se va a caracterizar por lo siguiente:

1º Predominio del capital como factor de producción sobre el trabajo.

[115] *Idem Supra*.

2º Apropiación privada de los medios de producción, que acarrea la separación entre la posesión del capital y la fuerza de trabajo.
3º Empeño de multiplicación del capital.
4º La unidad productiva en la gran empresa.
5º Absoluto racionalismo económico; la racionalización al servicio de la multiplicación del capital.

La principal consecuencia social del capitalismo es la división de clases. Surgen dos tipos de personas: burgueses, dueños de los medios de producción, y proletarios, dueños sólo de su fuerza de trabajo. Estos últimos alienados por los primeros.

El Derecho se adapta como instrumento de una sociedad que sobrevalora al individuo. Surge un derecho individualista, que será aprovechado por los más fuertes, en detrimento y opresión de los débiles. Su contenido favorece el desarrollo del capitalismo, con todas sus consecuencias alienantes.

A continuación me referiré, en sus aspectos generales, a las principales instituciones jurídicas capitalistas, en su formulación y contenido original. Aunque éstas han evolucionado, sustancialmente siguen vigentes.

Propiedad privada libre.

La raíz de las normas jurídicas sobre el derecho de propiedad que predominan en Occidente, las encontramos en las siguientes disposiciones:

"Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá se privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa". (*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, ordinal XVII).

La quinta enmienda a la Constitución norteamericana dispone que a nadie "se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sino por medio del debido proceso legal; ni se podrá tomar propiedad privada para el uso público sin la debida compensación" (1791).

Código Civil de Napoleón (1804):

Art. 544.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.

Art. 545.- Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad si no es por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización.

Al derecho de propiedad, en cuanto a la intensidad de su poder, se le califica como: absoluto, exclusivo y perpetuo.

En cuanto que derecho absoluto da la idea de plenitud, como un derecho de ilimitada utilización de la cosa. Así, por ejemplo, el texto original del Código Civil argentino de 1872, en sus artículos 2513 y 2514 prescribían:

"Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos"; y "el ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propietario".

Se dice que el derecho de propiedad es exclusivo, porque excluye a cualquier otro de su uso. El Código Civil argentino sirve también de ejemplo, en su artículo 2516: "El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce, disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes..."

Y se predica que es un derecho perpetuo, porque es "para siempre".

¿Porqué decimos que es el derecho de propiedad "libre"? Para distinguir del derecho de propiedad privada feudal; ya que siendo al tierra el principal medio de producción en el feudalismo, no estaba dentro del comercio, como la propiedad capitalista. Estaba enfeudada, no libre.[116]

Eduardo Novoa Monreal subraya dos cuestiones más, en mi concepto muy impotantes, en la caracterización del derecho de propiedad capitalista.

Nos dice que hay otro carácter del dominio, "que pasa inadvertido a buena parte de los juristas", y que tiene relación con sus efectos económico-sociales:

> es la ilimitación cuantitativa de las cosas sobre las cuales puede recaer. Pocas veces se identifica a esta característica en el plano jurídico, pese

[116] Cfr. Luis Weckmann. *La sociedad feudal*. Ed. Jus. México, 1944.

> a que ella rige en todas las sociedades organizadas conforme al modelo capitalista, y se transforma en el factor determinante de múltiples desigualdades sociales.[117]

Esto acarrea terribles desigualdades sociales, porque la acumulación de unos pocos está en relación directa con la carencia de muchos.
Una cuestión relacionada con ésta y a la que también hace alusión Novoa Monreal, es la clasificación de los bienes por la doctrina jurídica.

> Para el derecho occidental, la única clasificación que cabe para las cosas corporales sobre las cuales ejerce dominio, es la que distingue entre bienes muebles e inmuebles. Ella tuvo una explicación en otras épocas en la que la base de las fortunas eran las tierras. Hoy día apenas conserva sentido, porque se han creado valores muebles... que han desplazado a los bienes inmuebles a un segundo término en cuanto a su preponderancia práctica. Acerca de una división de los bienes que tiene gran significación económica, la que separa a los bienes de producción de los bienes de consumo, nada nos dicen las normas jurídicas, pese a la trascendencia que ella tiene para la organización económica y social del país.[118]

Autores como Pásara, consideran esta omisión como "un deliberado enmascaramiento de la realidad social".[119]

Esta es una cuestión en la que es necesario insistir: no es lo mismo ser propietario de bienes productivos a ser propietario de bienes de uso y consumo. En los bienes de producción radica la verdadera importancia de la propiedad privada en la formación social capitalista, y, jurídicamente, casi se deja de lado.

Vilas nos ayuda a sintetizar:

> En la medida en que el derecho positivo encubre esa diferencia, encubre la raíz misma de la sociedad capitalista. Pues es evidente que

[117] Eduardo Novoa Monreal. *El derecho de propiedad privada*. Ed. Temis. Bogotá, 1979. p. 32.

[118] *Idem Supra*. p. 101.

[119] Citado por Novoa Monreal. *Idem Supra*.

> *no es lo mismo* ser propietario de un automóvil que ser presidente del directorio de la *General Motors*, ni es lo mismo ser propietario de una refinería de petróleo que ser dueño de una lámpara de querosén.[120]

El calificativo de "libre", a la propiedad privada capitalista, no sólo le corresponde por su libre circulación en relación a la antigua propiedad feudal, sino porque también libremente puede aumentarse su cuantía y no distingue entre medios de producción y de simple uso o consumo.

Libre contratación.

La libertad de contratación deriva de la tesis filosófico-jurídica según la cual la voluntad humana es la ley de sí misma y da vida a su propia obligación. Si una persona se obliga por medio del contrato es porque así ha querido.

La llamada "autonomía de la voluntad" se manifiesta, en los convenios, respecto al fondo y a la forma de los mismos.

Respecto al fondo, tenemos primero lo que se refiere a la formación del contrato. En relación a la formación, en primer lugar, el sujeto dispone de doble libertad en cuanto que puede contratar o dejar de hacerlo; y en segundo lugar, los contratantes están facultados para crear de la nada el régimen aplicable a sus relaciones. Además, una vez generado el contrato, cada parte puede acogerse a la vinculación de sus cláusulas, y por tanto, rehusar la intervención de la autoridad pública.

En cuanto a la forma del contrato:

1º El contrato adquiere existencia jurídica por la sola fuerza creadora de voluntad, sin necesitar refrendo o sanción alguna por parte del Estado (consentimiento jurídico), y

2º la interpretación del contrato debe llevarse a cabo mediante la indagación del íntimo designio que asistiera a los contratantes.

Por medio del contrato, que presupone la autonomía de la voluntad de las partes, se llevan a cabo los intercambios de los individuos en el seno de la sociedad civil.

El contrato más importante es el que genera las relaciones laborales

[120] Vilas. *Op. Cit.* p. 59.

o de trabajo y, curiosamente, los códigos civiles guardan un absoluto silencio respecto de la reglamentación del mismo. De tal modo que, hasta el nacimiento del derecho laboral, las relaciones contractuales entre propietarios de medios de producción y propietarios de fuerza de trabajo, se rige por la libre estipulación de las partes al establecer la relación contractual.

Marcel Planiol define el contrato de trabajo como "aquel por el cual una persona se compromete a trabajar durante un lapso, mediante una remuneración proporcional al tiempo, llamada salario". Y agrega que este contrato ha sido desdeñado por la casi totalidad de los jurisconsultos a pesar de ser "uno de los más importantes entre los que existen, pues mediante él viven la mayoría de los hombres".[121]

El Estado gendarme.

El tipo de Estado que deriva de la revolución burguesa se explica por varias razones. Una de ellas, de suma importancia, es el régimen político que le precede: el absolutismo regio, calificado como "despotismo ilustrado".

Igual que los despotismos antiguos de las formaciones sociales tributarias ("despotismo oriental"), se caracteriza por un total arbitrio del gobernante y total ausencia de derechos de los gobernados. Su diferencia es que en el "despotismo ilustrado" el ejercicio absoluto del poder se supone que es en beneficio de los propios gobernados: todo para el pueblo pero sin la participación de éste.

La ideología que sustenta al absolutismo real es el llamado "derecho divino de los reyes", que puede hacer que el "Rey Sol", Luis XIV, se llame a sí mismo "lugarteniente de Dios".[122]

El Estado que es refundado después de la revolución burguesa individualista liberal, se supone creado por los individuos y para protección de ellos mismos. No tiene más poder que el que los propios individuos le confieren. El soberano no es el Estado ni sus funcionarios, sino el pueblo.

Ese Estado, tiene sólo funciones de vigilante, de ahí el apelativo de

[121] Marcel Planiol con la colaboración de George Ripert. *Tratado elemental de Derecho Civil*, *Tratado General de Contratos*. Ed. Cajica. Puebla, 1947. p. 360.

[122] Luis XIV. *Memorias sobre el arte de gobernar*. Ed. Espasa Calpe Col. Austral. Buenos Aires, 1947. p. 48.

"gendarme", "policía" o "sereno". Sólo se le dejan los atributos de vigilar el orden interior y velar por la paz externa. Es un Estado no "intervencionista"; carece de facultades en el orden económico; debe dejar el libre juego de la oferta y la demanda en los intercambios de los individuos en la sociedad civil.

1.1.4. Características del derecho moderno.

Todo lo que hemos expuesto nos lleva a poder caracterizar el derecho moderno, la juridicidad de la Modernidad.

El derecho moderno está formado por normas que tienen como característica el ser generales, abstractas e impersonales, provenientes de la voluntad del legislador.

Que sea "general" significa que se elabora para un número indefinido de personas y de actos o hechos, a los cuales se aplica durante un tiempo indeterminado. La "abstracción" implica que el legislador, al crear la norma, no tenga presentes los casos concretos a que vaya aplicarse la misma, sino que precisamente la elabora en abstracto. Como consecuencia de la generalidad y abstracción, la norma es "impersonal", ya que comprende a un número indefinido de personas a las cuales se aplica.

La razón de estas características está en la concepción de la libertad y de la igualdad del mundo moderno, y que fundamentan la sociedad capitalista. El derecho antiguo es distinto, se establece como desigual para los desiguales, porque parte de la "natural" desigualdad entre los seres humanos. La Modernidad, al considerar iguales formalmente a todos los seres humanos, concibe el derecho con normas generales, abstractas e impersonales, como adecuadas a esa propia igualdad postulada.

La concepción moderna del Derecho es unívoca. La modernidad redujo el Derecho a al ley que procede del Estado. Por lo que se niega, de principio, el pluralismo jurídico y la variedad de fuentes formales de Derecho. Derecho es igual a ley del Estado, y ley del Estado es igual a Derecho.

El movimiento codificador va unido a la concepción moderna del Derecho. Y en ese sentido el Código de Napoleón o *Code Civil* de 1804 constituye la primera expresión jurídica de la modernidad del Derecho. Escribe Arnaud:

> ...una ruptura demasiado radical se instaura en el orden jurídico entre

> el periodo anterior a la Revolución de 1789 y aquella que comienza en la promulgación, en el año XII-1804, del Código Civil. En el antiguo Derecho, señaladamente, la ley no era la sola "fuente" oficial del Derecho. Las sentencias de los magistrados, lo que escribían los profesores y los practicantes, lo que veían los filósofos (la separación entre filosofía y derecho no era completa), la costumbre, los usos bajo ciertas condiciones podían ser considerados teniendo un valor normativo, es decir que todo lo anterior era Derecho.[123]

Como enseña Jaime del Arenal, "la codificación nace del programa ilustrado europeo que hunde a su vez sus raíces en el iusnaturalismo racionalista que legitimó el apoderamiento del derecho por parte del Estado y su consecuente monopolio en manos del mismo..."[124]

Por su parte Paolo Grossi dice que

> El drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua...

Esto lleva, dice el propio Grossi, a "la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho."[125]

2. Fetichización del Derecho moderno.

El fetiche es un ídolo u objeto de culto. Es algo "hecho por los hombres mismos, pero que escapa de su control y se le hace aparecer como algo divino, absoluto.

El Derecho moderno ha sufrido un proceso de fetichización. Se le con-

[123] André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Ed. Presses Universitaries de France, París, 1975, p. 10.

[124] Jaime del Arenal Fenochio, "A 200 años de la codificación napoleónica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* N° 28, de la Escuela Libre de Derecho, México, 2004, p. 774.

[125] Paolo Grossi, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

sidera como el absoluto. Como algo fuera de control del ser humano, al cual es necesario obedecer y rendir culto. Jean Jacques Gleizal así lo hace notar: "Las facultades del derecho están concebidas para celebrar al culto de la ley, gracias a la cual la sociedad podrá funcionar"[126]. Y es el fetichismo de la norma jurídica la condición de su eficacia ideológica como reguladora de la sociedad.

Es lo que Porfirio Miranda llama el *mito del derecho* que "consiste en creer que una ley positiva es obligatoria a pesar de su contenido, *i.e.* independientemente de si es moral o inmoral. Pero una cosa es que se le impongan penas a quien las viole y otra cosa es que sea obligatoria. Constricción no es lo mismo que obligación."[127]

Michel Miaille distingue, pedagógicamente, dos tipos de fetichización del Derecho: en su contenido y en su forma. Y explica por qué la "doctrina" jurídica es bien aceptada socialmente: en razón, precisamente, de ser un fetiche, ya que se trata de "una producción determinada por el contenido social y político de la sociedad en la cual se realiza". Y agrega, sentenciando "Quien redescubre el fenómeno sociológico después de haber renunciado a de Dios o a la Razón, o quien construye una arquitectura puramente formal del derecho, el jurista se encuentra siempre en marcha de confortar la ideología dominante: la correspondiente a las relaciones sociales dominantes".[128]

Lo anterior en virtud de que todo el sistema tiende a absolutizarse, a totalizarse, a fetichizarse. Y la carga ideológica de la juridicidad coadyuva a la fetichización de la formación social en donde se genera, y ésta a su vez a la fetichización del Derecho objetivo y su forma de aplicarse.

El Derecho moderno, con todas las características que tiene, es un fetiche exigente del cual es difícil escapar de rendirle culto. Pues como afirman Barcellona y Cotturri: "las relaciones sociales se producen en la conciencia, pero a continuación la imagen de la conciencia se traduce en comportamiento y por tanto en un medio de conservación de las relaciones sociales".[129]

[126] Jean-Jacques Gleizal. "L' ensignement du droit", en *Por une critique du droit*. Ed. Maspero. París, 1978. p. 98.

[127] Miranda. *¿Qué hacer ante la Modernidad? Op. Cit.* p. 38.

[128] Miaille. *Op. Cit.* págs. 376 y 377.

[129] Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturri. *El Estado y los Juristas*. Ed, Fontanella. Barcelona, 1972. p. 82.

3. El Derecho y el Estado en Latinoamérica.

3.1. Algunas características de la juridicidad en la América española.

El Derecho español en Indias fue un Derecho que trataba desigual a los desiguales y fue, sin duda alguna, altamente proteccionista de los derechos de los indios y de las comunidades, de la libertad y la autonomía de los grupos indígenas.

A pesar de las violaciones continuas al derecho proteccionista del indio, esa juridicidad que trataba desigual a los desiguales llegó a tener trascendencia porque en muchos casos fue también de aplicación real. Fueron tres siglos de Derecho proteccionista de los pueblos indios y sus propiedades; y esto, por muchas violaciones que hubiera también en muchos casos se respetó ese derecho. Además, no olvidemos que la instancia jurídica cuenta con todo un bagaje ideológico que va predisponiendo las mentes de aquéllos que apelan a esa misma juridicidad, de tal manera que por muy ineficaz que fuera estaba en la mente, tanto del español como del indio.

El Derecho español en Indias reconocía, pues, la existencia de los indios como tales, como distinta a la que formaba el resto de la sociedad.

Por lo que ve al Derecho Civil y mercantil aplicado en los reynos indianos, tiene ya, en muchos aspectos, las características de la juridicidad de la modernidad: generalidad, abstracción e impersonalidad.

3.2. Penetración del Derecho moderno en América Latina.

El desarrollo capitalista exigió la superación de las ideas de sujeción y vínculos de dependencia a otros hombres, que se habían dado hasta la sociedad feudal; pero afectó a las clases no propietarias en beneficio de los detentadores de los medios e instrumentos de producción. En consecuencia, la idea de justicia que sostiene la sociedad burguesa reproduce en su propio nivel la misma contradicción feudal que pretendía eliminar, ya que si por un lado afirma la igualdad de todos los hombres, por otro lado reduce dicha desigualdad al plano meramente institucional y se desentiende de las desigualdades concretas de la sociedad.

Esto se debe, en buenas medidas a la *incongruencia* de los postulados de

la modernidad.

Porfirio Miranda sostiene que el conjunto de cambios que aporta la modernidad se pueden reducir a seis rubros: "lo técnico, educativo, administrativo (y jurídico), político, social, intelectual."[130]

Siguiendo al propio Miranda, podemos decir que en el rubro político, el "invento" de la modernidad "consiste en la democracia y en los derechos humanos"; esto por "la convicción de la dignidad infinita de *todas* las personas", que "es la única base posible de la tesis de la igualdad de los hombres, pues la igualdad no es dato empírico en forma alguna".[131]

Pero "lo social de la modernidad se llama capitalismo" que en el fondo "es lógicamente incompatible" con la plena democracia y los derechos humanos, esto porque, "la modernidad de ninguna manera es un todo indivisible". "El capitalismo se caracteriza por tres elementos –agrega Miranda–: la búsqueda del propio provecho como único móvil de las acciones, la propiedad privada de los medios de producción y la estratificación de la sociedad en diferentes niveles de ingreso y por tanto de vida. El móvil del propio provecho es obviamente incompatible con el respeto de los derechos humanos al prójimo."[132]

Ese capitalismo penetró en América Latina –una vez que consiguió su independencia– primero a nivel ideológico al llegar a predominar sus sostenes: el individualismo liberal.

El reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica fue desplazado por una ideología y un Derecho que considera a todos libres e iguales, social, jurídica y políticamente.

El carácter liberal individualista del Derecho latinoamericano durante todo el siglo XIX y gran parte de éste es indiscutible, y por razones históricas, incluso explicable. Cierto es que no se impuso de plano desde ya al lograrse la independencia, sino una vez que las corrientes liberales fueron imponiéndose a las conservadoras. En México, el triunfo definitivo de la juridicidad moderna se logra con la promulgación de la Constitución de 1857, prototipo de ley fundamental de corte liberal. Esta Constitución consagra las garantías individuales en sus primeros artículos, y apunta claramente las características de igualdad ante la ley y la seguridad frente a la misma, con base en la estructura clásica formal,

[130] Miranda. *¿Qué hacer ante la modernidad? Op. Cit.* p. 35.
[131] *Idem Supra*. p. 38.
[132] *Idem Supra*. p. 39.

general e impersonal de la ley.[133]

> Nuestros constituyentes del 57 –escribe el maestro Genaro Ma. González– no fueron los ricos colonos de las colonias inglesas, los abogados que legislaban para proteger sus propios intereses y los intereses de su clase; los autores de nuestra Constitución de 1857 fueron los clásicos románticos liberales que creen que el poder público sin el económico crea una base ideal para la sociedad, porque la vida es un paraíso en que cada ciudadano, con cédula de electeor, es un Luis XIV. Los liberales que repiten su Voltaire: 'el obrero debe estar reducido a lo necesario para que se vea obligado a trabajar: tal es la naturaleza del hombre'.[134]

El individualismo liberal penetró en América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamental agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente sobre la tenencia de la tierra.

Durante la dominación española se pueden distinguir dos modos distintos de tenencia de la tierra: la de los españoles y la de los indígenas. La primera era una propiedad privada originada por: a) Repartos de tierra que se hicieron entre los conquistadores y que los reyes confirmaron; no por simple donación sino como pago o remuneración. b) Las mercedes reales, que consistían en donaciones para estimular la colonización. c) La derivada de las mercedes para fundar pueblos españoles. La segunda, la propiedad de los indígenas respecto de la tierra fue comunitaria. Estaba compuesta por: a) El Fundo Legal, destinado por su origen para que sobre él se levantaran los hogares y los edificios propios de la comunidad indígena, no podía ser enajenado y correspondía al pueblo y no a las personas en particular. b) Los ejidos que consistían en campos que estaban a la salida de los pueblos, que no podían ser plantados ni labrados con el fin de que pastara el ganado de los miembros de la comunidad. c) Los

[133] Cfr. Felipe Tena Ramírez. *Leyes Fundamentales de México*. Ed. Porrúa. México; y De la Torre Villar y García Laguardia. *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano*. Ed. UNAM. México, 1976.

[134] Genaro Ma. González. *Catolicismo y Revolución*. Imprenta Murguía. México, 1960. p. 141.

propios, que consistían, desde antes del derecho hispano pero reconocidos por éste, en parcelas cuyos productos se destinaban a cubrir determinados gastos públicos. d) Las Tierras de Repartimiento; éstas las componían las tierras que tenían las comunidades antes de su sometimiento y aquéllas que les fueron otorgadas al ser reducidas; se respetó la manera de distribuir esta tierra entre los miembros de la comunidad, las cuales eran dadas en usufructo a las familias con obligación de utilizarlas siempre.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de las comunidades.[135]

Esta absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el Derecho Indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos; en este período el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir, de acuerdo a normas de Derecho positivo.

El liberalismo jurídico produjo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857; aparejada a ésta, una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, fueron funestas las consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

El 25 de julio de 1856 se promulgó la llamada Ley de Desamortización, cuyos principales fines, según sintetiza Genaro Ma. González son:

> Todas las finas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculando como rédito al seis por cierto anual... La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen censo enfitéutico finas rústicas o urbanas de corporación... Bajo el nombre de corporaciones se comprenden

[135] Cfr. Lucio Mendieta y Núñez. *El Problema Agrario en México*. Ed. Porrúa. México, 1974.

> todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida... tanto las urbanas como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta ley, se adjudicarán al mejor postor, en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido... Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción que expresa el artículo 8º respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución[136].

La Ley de Desamortización como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la misma, sobre todo por parte de las comunidades eclesiásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la ley de Desamortización. Mendieta y Núñez apunta que "una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones, quedaban extinguidas las comunidades indígenas; y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica.[137] Desde entonces los pueblos indios se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales, y seguramente que

[136] Genaro Ma. González. *Op. Cit.* págs. 143 y 144.

[137] Así lo sostiene el propio jurista liberal Vallarta, en su carácter de ministro de la Suprema Corte de Justicia; Cfr. Ignacio Luis Vallarta Ogazón, *Votos. Cuestiones constitucionales*, Vol. 4, Ed. Oxford, México, 2002; ver: Amparo pedido por el apoderado de los indígenas de Chicontepec contra el acto del gobierno de Veracruz que mandó vender parte de los terrenos de comunidad para pagar los gastos de repartimiento de los restantes, págs. 1-25.

fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció el despojo en forma definitiva"[138]

La igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

Por último, las leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, vendría a dar el paso final en la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del Derecho moderno y sus postulados.

Este último proceso lo explica Gutelman: "La introducción autoritaria y brutal de la propiedad privada y del proceso de expropiación que siguió a ella, desequilibraría totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Esta empezó a declinar entonces; la aplicación de técnicas superiores, unidas a la existencia de la propiedad privada, no se podía difundir con el conjunto del campesinado si no sólo en un sector restringido de éste... En las comunidades indígenas, despojados de sus tierras colectivas y sometidas a una privatización autoritaria de la tierra, el nivel de vida descendió en el campo con mayor fuerza que nunca"[139]. Y agrega respecto al deslinde de los baldíos: "Numerosísimas superficies declaradas "baldías' y que en realidad pertenecían a comunidades indígenas fueron incorporadas a las zonas deslindadas. Los indios no lograban hacer prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía –lo cual sucedía con bastante frecuencia– de todos modos no correspondía a las normas legales, mal conocidas o desconocidas del todo por las poblaciones indígenas incultas: en consecuencia, se invalidaba".[140]

Lo mismo sucedía con los campesinos pobres con propiedad privada que, al no tener título o no poder defenderse, eran también despojados. Sólo las viejas y nuevas grandes haciendas se hacían respetar por las compañías deslindadoras.

Este proceso de aplicación del Derecho moderno y sus consecuencias en la tenencia de la tierra, que hemos visto aplicado a México, es similar en toda

[138] Mendieta y Núñez. *Op. Cit.* p. 130.

[139] Michel Gutelman. *Capitalismo y Reforma Agraria en México*. Ed. Era México, 1975. p. 32.

[140] *Idem Supra*. p. 34.

la América hispánica con la instalación del liberalismo individualista y el modo de producción capitalista.

En cuanto al derecho privado, los códigos civiles y mercantiles son también fieles representantes del liberalismo. "La base del derecho mercantil tradicional –nos dice Ortiz Pincheti–, es la teoría de la autonomía de la voluntad; es el corolario jurídico del dogma de la libertad individualista: 'todo lo que no está prohibido está permitido", que es a su vez corolario del esquema político del liberalismo individualista'.[141]

Es precisamente en el desarrollo del derecho privado en donde se observa con más claridad las notas características del individualismo-liberal. Nuestros códigos de derecho privado no niegan su filiación con el derecho francés emanado de la Revolución burguesa de 1789. Son protectores de la propiedad privada, individual y exclusiva, y tienen como base de las relaciones jurídicas la libertad de contratación.

3.3. La juridicidad latinoamericana actual.

En mil novecientos ochenta y cuatro, cuando publicamos nuestras reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho en la primera edición de *El Derecho como arma de liberación en América Latina*[142], afirmábamos que en Latinoamérica dominaban dos tipos de juridicidad: la del Estado de Compromiso y la de Seguridad Nacional; agregábamos que, por regla general, una sola juridicidad caracterizaba a cada Estado, pero que en algunos casos no eran excluyentes y en un solo Estado se amalgamaban.

Siguiendo al jurista chileno Roberto Sánchez, decíamos que el Estado de Compromiso se caracterizaba a partir del hecho de que "el predominio hegemónico de ciertos sectores sociales sólo puede cimentarse sobre la base de concesiones importantes a las clases medias y obreras".[143] Los populismos todavía vigentes entonces y los regímenes democráticos que por aquellos años

[141] J. Agustín Ortiz Pincheti. "El poder discrecional en la transformación del Derecho Mercantil Mexicano", en *Jurídica* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 9. México, julio de 1977. p. 449.

[142] Ed. Centro de Estudios Ecuménicos. México, 1984.

[143] Roberto Sánchez. "El carácter del Derecho en el Estado Liberal y Autoritario" en *Mensaje* N° 262. Santiago de Chile, septiembre de 1977. p. 504.

se sustentaban, constituían los Estados de Compromiso. Y la mayoría de los regímenes militares en el poder, a principio de la década de los ochenta, estaban caracterizados como de Seguridad Nacional.

Entrando un poco en el análisis de la juridicidad del Estado de Compromiso, podemos decir con Roberto Sánchez, que "el acuerdo social entre las fuerzas renovadoras y las conservadoras es mucho más un acuerdo de procedimiento que uno de contenido, y por lo tanto va dirigido más hacia la forma del Estado, que hacia el contenido sustancial de las normas jurídicas"[144]

Lo más relevante de esto, sin embargo, es que las características de abstracción, impersonalidad y generalidad de la Ley pasan a ser discutibles. Desde un punto de vista social ya no basta considerar a todos los sujetos como si fueran iguales: su posición y capacidad de negociación social es fundamentalmente distinta. La ley reconoce a los asalariados derechos que le compensan su desigualdad real en la relación contractual laboral; éstos se concretan en las determinaciones de la irrenunciabilidad de los derechos y el reconocimiento a la huelga y a la sindicalización.

Ahora bien, este tratamiento desigual a los desiguales ya formalmente establecido, lleva implícito el reemplazar la concepción formal de igualdad y de justicia, por una concepción más sustantiva, lo que va a sobrepasar lo meramente legislativo y administrativo para alcanzar lo judicial.

En efecto, este reconocimiento de desigualdades que implica tratamiento legal diferenciado, provoca tensiones importantes entre la visión liberal-formalista del juez y la que la democracia social exige de aquél. La ley no puede ser aplicada con abstracción de los problemas de igualdad real y sustancial. "Esto se traduce en pérdida de la legitimidad del sistema legal en su conjunto y de una noción de los justo que a lo menos en teoría aparece como el mero resultado de la negociación y articulación de mayorías".[145]

La juridicidad de los regímenes de Seguridad Nacional juega un rol doble y paralelo dentro de una misma estructura orgánica, dando distinto tratamiento según esa relación jurídica de que se trate.

Respecto a la relación Estado-individuo, en lo meramente político, desparece el concepto de garantías individuales o derechos del hombre, que constituía el sello más amplio de la democracia liberal.

[144] *Idem Supra*. p. 504.
[145] *Idem Supra*. p. 505.

Pero en las relaciones patrimoniales conservan el más puro concepto liberal, "regresando" a la más recalcitrante juridicidad sostenedora del "capitalismo manchesteriano".

En la relación política de la dicotomía Estado-individuo es remplazada por la identificación del individuo con el Estado. En el campo de las garantías individuales, la existencia real de esas garantía depende en definitiva de los gobernantes. Y en el campo de las relaciones patrimoniales retorna a las fórmulas jurídicas del liberalismo individual clásico.

El jurista Roberto Sánchez explica así el fenómeno de la doble juridicidad del Estado de Seguridad Nacional, que en última instancia permite el desarrollo del capitalismo monopolista al cual le sirve de alcahuete:

> Mientras en lo político el Estado goza de amplias prerrogativas que le permiten actuar sin contrapeso, en lo económico es el derecho de propiedad el que es garantizado especialmente en contra de la acción del mismo Estado. Ello requiere que las interpretaciones legales amplias de las atribuciones políticas de la autoridad, cedan su lugar a interpretaciones literales y restringidas cuando se trata de la actuación del Estado en el campo de lo económico. Lo que interesa destacar, es que en la sociedad autoritaria de nuestros países se destacan dos mundos paralelos de lo legal, cuya diferencia no es casual, ya que las relaciones patrimoniales dependen para su subsistencia de la mantención de las políticas. Vale decir, el mundo de lo político asegura la estabilidad de las nuevas relaciones económicas y éstas, a su vez, constituyen la preocupación central del Estado. Es este entrelazamiento entre ambos mundos, el que hace necesaria la existencia de dos racionalidades legales diferentes... El Estado autoritario de América Latina encuentra la explicación de la hegemonía de los sectores propietarios, y por ello, el soberano que se genera a sí mismo, reemplaza al Estado liberal-democrático.[146]

Así era, pues, hace más de veinte años, en términos generales, el funcionamiento de la juridicidad en América Latina. Hoy, sin embargo, el panorama ha cambiado. Ya no existen más, jurídicamente hablando, los regímenes de Se-

[146] *Idem Supra*. p. 507.

guridad Nacional; sin embargo, la política económica neoliberal se ha impuesto en todos los Estados latinoamericanos y esto ha tenido una influencia directa tanto en la normatividad como en las prácticas jurídicas.

El panorama político-jurídico latinoamericano está dominado hoy por otra realidad. Las juridicidades no son las mismas que a principios de los años ochenta. No existen ya ni los regímenes de Seguridad Nacional ni los Estados de Compromiso propiamente dichos. Existen regímenes democráticos formalmente, que conservan ciertos rasgos de la juridicidad de compromiso pero que contienen también algunos aspectos autoritarios y representativos de la Seguridad Nacional. Y este aspecto jurídico-político está notoriamente influido por los criterios económicos adoptados del neoliberalismo.

Dice Amanda Romero que el neoliberalismo económico "mantiene una armonización entre los modelos políticos que buscan deslegitimar las luchas populares, al tiempo que se impulsan los programas de ajuste estructural en todo el continente"[147]. Por "ajuste estructural" debemos entender, según Skogly, "un cambio de políticas económicas de una nación para rectificar problemas específicos", sólo que, "el término programa de ajuste estructural indica generalmente los programas específicos seguidos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional."[148]

Los llamados ajustes estructurales se hacen basándose en las tesis económicas neoliberales, que enfatizan el libre mercado y la teoría del Estado débil, y ponen el acento en los siguientes factores: "abolición o liberación de los controles de intercambio extranjeros; abolición o liberalización de controles de importación; énfasis de la inversión extranjera; un programa anti-inflacionario nacional que comprende: a) control del crédito bancario; b)reducción del gasto gubernamental; c) aumento en los impuestos; d) abolición o reducción de los subsidios a los consumidores; e) aumento en los precios fijados por las empresas públicas y f) congelación o controles de salarios."[149] Estas recetas económi-

[147] Amanda Romero. "El neoliberalismo, los derechos humanos y el 'nuevo paradigma'." *EL Otro Derecho* N° 11. Ed. Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá, julio de 1992. p. 35.

[148] Sigrun I Skogly. "Desarrollo económico, deuda y derechos humanos: ¿un desarrollo sostenible para Africa?". *El Otro Derecho* N° 9. Ed. Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá, diciembre de 1991. p. 11.

[149] *Idem Supra*. p. 13.

cas, en muchos aspectos, se traducen en Derecho objetivo, en normatividad del Estado.

La compleja juridicidad latinoamericana de hoy conserva, pues, muchos aspectos del Estado de Compromiso que reconoce derechos individuales y sociales, pero tiene también en su funcionamiento, rasgos autoritarios propios de regímenes de Seguridad Nacional; y esa complejidad de nuestra juridicidad se acentúa más, porque su funcionamiento está mediado por las políticas económicas neoliberales.

4. Globalizaciones.

Caracteriza a estos tiempos, además de la aplicación del liberalismo jurídico, lo referente al poder del Estado en un doble rol paralelo. En virtud de la globalización, y más concretamente de la globalización hegemónica, los Estados nacionales están debilitados en su poder de decisión económica, desprovistos de poderes frente a las entidades financieras y económicas trasnacionales; pero se reafirman en su poder frente a las pretendidas autonomías políticas de grupos y ante las libertades más elementales de las personas individuales.

Comencemos por tratar de establecer lo que se entiende por *globalización*. Este término se aplica sobre todo referido a la nueva economía mundial, caracterizada por la cada vez más intensa trasnacionalización de la producción de bienes y servicios y de los mercados financieros, en donde las empresas multinacionales adquieren una enorme importancia como actores internacionales. Las características más marcadas de este proceso de globalización son: grandes inversiones en la creación de nueva tecnología; el capital cada vez está más concentrado en grandes conglomerados financieros y fondos de inversión, que pretenden lucrar al máximo en el menor tiempo posible; y el núcleo básico de todas las grandes decisiones económicas no está más en los Estados nacionales, sino en las grandes instituciones financieras internacionales.[150]

Boaventura de Sousa Santos no refiere el término globalización sólo al aspecto económico, sino que lo amplía a sus dimensiones sociales, políticas y culturales. Y así nos advierte que lo que llamamos globalización consta de

[150] Cfr. Wilson Ramos Filho "Direito pós-moderno:caos criativo e neoliberalismo", en *Direito e neoliberalismo*. *Elementos para uma leitura interinter-disciplinar*, Ed. Instituto Brasileiro de Estudos Juridicos, Curitiba, 1996, págs. 87-92.

"conjuntos diferenciados de relaciones sociales" que dan origen a "diferentes fenómenos de globalización"; agrega que en tal virtud "no existe estrictamente una entidad única llamada globalización, sino que existen globalizaciones; en rigor, éste término sólo debería usarse en plural."[151] Y así el profesor de la Universidad de Coimbra propone la siguiente definición:

> La globalización es un proceso mediante el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia a todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival.[152]

De Sousa Santos agrega que deben considerarse cuatro diferentes modos de producción de la globalización, que a su vez dan origen a cuatro formas de globalización, que son las siguientes: *localismo globalizado*, que consiste "en el proceso mediante el cual determinado fenómeno local se globaliza con éxito"[153], como la actividad mundial de las trasnacionales, o la transformación de la lengua inglesa en "lengua franca"; segunda: *globalismo localizado*, está constituida por el "impacto específico de prácticas e imperativos trasnacionales en las condiciones locales, las cuales, por esa vía, se desestructuran y reestructuran de manera que responden a esos imperativos trasnacionales"[154], como enclaves de comercio libre o zonas francas, deforestación o fuerte destrucción de los recursos naturales para el pago de la deuda externa, etc.

> La división internacional de la producción de la globalización asume el siguiente modelo: los países centrales se especializan en localismos globalizados, mientras que a los países periféricos sólo les toca escoger globalismos localizados. El sistema mundo es una trama de globalismos localizados y localismos globalizados.[155]

[151] Boaventura de Sousa Santos, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, México, 1998, págs. 12 y 13.

[152] *Idem supra*. p. 13.

[153] *Idem Supra*, p. 15.

[154] *Idem Supra*

[155] *Idem Supra*, p. 16.

Así algunos dicen que la "globalización" es la "americanización del mundo occidental y, cada vez más, de todo el planeta…"[156]

Los otros dos procesos de globalización, de Sousa Santos les llama *cosmopolitismo* y *patrimonio común de la humanidad*; el primero está constituido por la organización trasnacional en la defensa de sus intereses percibidos como comunes de parte de Estados-nación, regiones, clases y grupos sociales subordinados, y en el uso en su beneficio de las posibilidades de interacción trasnacional creados por el sistema mundial; y el segundo tiene que ver con temas que tienen sentido si se relacionan con el mundo (globo) en su totalidad, como la sustentabilidad de la vida humana en la tierra.[157]

Por lo tanto es necesario distinguir globalización de arriba hacia abajo (hegemónica) y globalización de abajo hacia arriba (contrahegemónica).

A continuación vamos a analizar si el Derecho puede usarse de una manera alternativa al rol que tiene asignado estructuralmente, teniendo en cuenta las características de la dominación actual con el sello del neoliberalismo y la globalización hegemónica. En principio afirmamos, desde ahora, que sí es posible el uso alternativo del Derecho, formando parte, precisamente, de los propios procesos de globalización contrahegemónica, y ligado a los movimientos sociales de liberación o emancipatorios.

[156] Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Las argucias de la razón imperialista*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p.30.

[157] Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho*. *Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Ed. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 1999.

CAPÍTULO IV
POSIBILIDAD DEL USO DEL DERECHO EN SERVICIO DE LOS POBRES

Introducción.

Una vez que, en líneas generales, hemos caracterizado la compleja juridicidad latinoamericana actual, entramos a plantearnos la posibilidad del uso de la juridicidad vigente por los *pobres* y en su propio servicio, es decir, un uso del Derecho de modo alternativo al del proyecto capitalista neoliberal que legaliza.

Aquí recordamos que *pobres* es la categoría que hemos aceptado –siguiendo a De Souza Martins[158]– en cuanto a grupos humanos que vienen a constituirse *sujetos usuarios de la juridicidad alternativa*. Son los que, en palabras de Wolkmer, constituyen "los principales sujetos históricos que legitiman el nuevo paradigma de juridicidad, o sea, los movimientos sociales en cuanto portadores de 'valores' que fundamentan modalidades libertarias de vida cotidiana."[159]

Decimos que trataremos de encontrar los espacios socio-políticos de acción del uso alternativo del Derecho por los *pobres*, esto es, como un uso de la juridicidad que hacen estos propios grupos humanos como sujetos históricos y en *su servicio o beneficio*, en su propio provecho, queremos decir. Lo que implica que la alternatividad del Derecho es en la lucha por la liberación que estos grupos humanos buscan, al proponerse relaciones más justas y una mejor calidad de vida.

Llegando a este punto, y antes de profundizar más, es necesario decir que no es fácil dar todavía un concepto que satisfaga a todos del *uso alternativo*

[158] Cfr. Martins De Souza. *A militarização... Op. Cit.* Ver el punto 5 de las *CuestionesPreliminares* de este trabajo.

[159] Antonio Carlos Wolkmer. "Direito Comunitário Alternativo: Elementos para un ordenamiento teórico práctico", en *Liçoes de Direito Alternativo 2*. Editora Académica. São Paulo, 1992. p. 129.

del Derecho para América Latina. Germán Palacio nos dice que "las prácticas jurídicas alternativas se encuentran en un terreno relativamente pantanoso, un terreno teórico, donde todavía no estamos en capacidad de definir con claridad la denominación que corresponde a este tipo de práctica…; estamos frente a una limitación teórica importante y es que tenemos un conjunto de experiencias, todas ellas muy ricas pero todas ellas más o menos parciales, no generalizables, fragmentadas, no institucionalizadas…"[160] Algunos autores incluso cuestionan el que se siga usando para América Latina la expresión *uso alternativo del Derecho*.[161]

El *Diccionario Enciclopédico de Teoría y Sociología del Derecho*, entre otras definiciones de *uso alternativo del Derecho*, da esta: "*corriente doctrinal de praxis jurídico política, generalmente de inspiración marxista, que sostiene la naturaleza política del Derecho, su carácter de clase y admite la posibilidad de su interpretación contra los intereses de la clase dominante y al servicio de las clases oprimidas*."[162]

Nosotros, con las debidas reservas, y mientras no nos convenza una expresión más feliz, seguiremos usando la de *uso alternativo del Derecho*, que referida a nuestro medio latinoamericano *constituye las diversas acciones encaminadas a que toda juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.*

1. Lo estructural y lo superestructural.

El Derecho objetivo dotado de ciertas características en el Estado Moderno, ha sido fácil presa de la clase dominante quien lo ha convertido en su instancia normativa. Ahora bien, si esto es así en sus líneas fundamentales, no lo es de una manera absoluta; la producción de la normatividad jurídica es muy compleja, como compleja es también la propia normatividad.

[160] Palacio. *Op. Cit.* p. 31.

[161] Roberto Bargalli. "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión 'uso alternativo del derecho'?, en *Revista de Direito Alternativo*. Amilton Bueno de Carvalho (organizador). Ed. Académica. São Paulo, 1992. p. 19 y sig.

[162] Juristes-Solidarités, *Prácticas del Derecho, producciones de Derecho: iniciativas populares*, Ed. Tricle y Juristes-Solidarités, Montevideo, 1998, p. 102.

Ante esto, si nos atenemos a las clásicas tesis marxistas de que el Derecho es parte de la superestructura, y por lo tanto, sólo reflejo de la estructura –concibiendo superestructura y estructura como instancias separadas en la que la primera es simple consecuencia necesaria de la segunda–, no existe entonces espacio para que el Derecho pueda ser usado en beneficio del pueblo, esto es, de una manera alternativa al proyecto estructural vigente.

Pero en cambio, si acercándonos un poco a las tesis de Antonio Gramsci aceptamos que entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica, es decir, que ambas se retroalimentan y forman un "bloque histórico", una unidad históricamente orgánica, dejamos despejado un amplio espacio para usar el Derecho de una manera distinta a como la clase dominante lo quiere, pues como manifiestan Barcellona y Cotturri "la sobreestructura proporciona las condiciones generales de la existencia de las estructuras, la práctica es un efecto conjunto de ambas, y el derecho es fruto de la lucha de clase".[163]

La relación dialéctica y orgánica entre estructura y superestructura, en la concepción gramsciana, la explica Portelli así:

> en definitiva, la relación entre estos dos momentos del bloque histórico es una relación dialéctica entre dos momentos igualmente determinantes: el momento estructural, puesto que es la base que engendra directamente la superestructura, que no es en una primera instancia más que su reflejo; en el curso del período considerado la superestructura sólo podrá desarrollarse y actuar entre límites bien precisos. La estructura por lo tanto influye constantemente sobre la actividad superestructural. En función de esta base, el momento político juega sin embargo un rol motor, en tanto desarrolla la conciencia de clase de los grupos sociales, los organiza política e ideológicamente; lo esencial del movimiento histórico se desarrolla por lo tanto en el seno de la superestructura y la estructura se convierte en el instrumento de la actividad superestructural.[164]

En este contexto, el Derecho como parte de la superestructura, consid-

[163] Barcellona y Coturri. *Op. Cit.* p. 261.

[164] Hugues Portelli. *Gramsci y el Bloque Histórico*. Ed. Siglo XXI. México, 1977. págs. 58 y sig.

erado dentro del "bloque histórico", y no simplemente reflejo de las relaciones de producción 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 en la sociedad. Barcellona y Cotturri manifiestan al respecto:

> Derecho y política no pueden separarse en la consideración de nadie puesto que son lo mismo: la forma y la sustancia del único proceso real de desenvolvimiento de una sociedad. La lección del marxismo debe aprenderse por entero. Quienes han teorizado la distinción entre constitución en sentido formal y constitución en sentido material se han limitado a forjar el instrumento necesario para levantar acta de la realidad de separación entre las dos esferas, rindiéndose ante ella. En sentido distinto, otros... han buscado las difíciles vías de una política del derecho, del uso alternativo del Derecho".[165]

Podemos decir, que el Derecho puede ser usado políticamente. Y la política del Derecho puede constituir su uso alternativo. Es decir, usar el Derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes en la sociedad. Como manifestamos, entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica: economía, derecho e ideología se interrelacionan; forman un "bloque histórico" que vive su propio proceso.

El uso alternativo del Derecho presupone superar las llamadas ideologías del "rechazo". Es decir, que para hacer política del Derecho en el sentido indicado, es necesario no rechazar de manera absoluta la juridicidad vigente, ni tampoco aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural, y procurar darle un sentido que beneficie a las clases dominadas. Como afirman Barcellona y Cotturri: "La superación del modelo presupone en cambio la conciencia de la diversidad y la comprensión del tiempo histórico".[166]

El uso alternativo del Derecho es posible, porque en la modernidad, las sociedades no sólo producen el derecho objetivo que sirve al desarrollo de su aspecto social, el capitalismo; sino que la modernidad implica también, políti-

[165] Barcellona y Cotturri. *Op. Cit.* p. 13.
[166] *Idem Supra*. p. 111.

camente, democracia y derechos humanos. Y bien señala Porfirio Miranda, que el móvil del propio provecho del capitalismo "es obviamente incompatible con el respeto de los derecho humanos del prójimo."[167] Existe, pues, contradicción, entre el capitalismo que constituye lo social de la modernidad, y su propuesta política de democracia y respeto de los derechos humanos.

Es falso suponer que la modernidad es un todo indivisible. "La sociología sistemática –dice Miranda– ha hecho ver que, si bien entre las partes (subsistemas) de la modernidad hay interrelaciones e influencias, la función que cada subsistema desempeña respecto de los otros podría ser llenada de otra manera; cada subsistema trata a los otros y al conjunto como entorno que hay que manipular, no como fatalismos que determinísticamente le prescriban como tiene que ser él."[168]

El uso alternativo del Derecho por los *pobres* constituye un espacio de lucha por la prevalencia histórica de los derechos humanos frente a los estragos del capitalismo, causados, precisamente, a los portadores de esos derechos.

Lima de Arruda ha insistido en que las discusiones sobre la pertinencia teórica y práctica del uso alternativo del Derecho, tiene como referencial inmediato el conjunto de "crisis" sociales que se presentan en el contexto histórico preciso de las sociedades concretas [169]. Estas "crisis" son tres, según el profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina, y que permiten las condiciones de salida de ese uso alternativo, a saber: la crisis de la "órbita capitalista", la crisis en la periferia y la crisis en los agentes jurídicos (operadores e instituciones jurídicas).[170]

El propio Lima de Arruda coloca cuestiones muy importantes con relación a la posibilidad del uso alternativo del Derecho por los pobres, en el desarrollo que hace de lo que él llama "condiciones de (re) producción del uso

[167] Miranda. "¿Qué hacer ante la modernidad?", *Op. Cit.* p. 39.

[168] *Idem Supra*. p. 36.

[169] Edmundo Lima de Arruda Jr.. "Direito Alternativo –Notas sobre as condiçiões de possibilidade", en *Liçoes de Direito Alternativo 1*. Ed. Académica São Paulo, 1991. p. 83.

[170] Para una visión del caso mexicano de estas *crisis* desde la óptica jurídica, vease: Jaime del Arenal Fenochio. "Los fundamentos de una Sociedad Injusta" y los comentarios a este trabajo Andrés de Lira González y el de Jesús Antonio de la Torre Rangel, éste titulado "Cuestionamiento del Estado de Derecho en México", en *Las Realidades Regionales de la Crisis Nacional*, Memoria del XI Coloquio de Antropología e Historia Regionales, Jesús Tapia Santamaría, Editor y Coordinador. El Colegio de Michoacán, 1993, págs. 713-742.

alternativo". Las reflexiones teóricas de Arruda refuerzan y enriquecen lo que hasta ahora hemos expresado. Lo cito.

> De ahí que creemos que el Derecho es un fenómeno histórico, que expresa el avance o no de la lucha política entre clases sociales. Así como el Estado expresa la 'condensación de fuerzas sociales' (mismo asimétricamente), también el derecho acompaña el desarrollo de las relaciones concretas (de las relaciones de producción, de las fuerzas productivas), aunque reconocemos que el 'sistema jurídico', en cuanto a armazón técnico, no se subordina, de forma inmediata y mecánica, a los movimientos de la infraestructura, no estando, sin embargo, inmune a ello... Los defensores del uso alternativo del Derecho no aceptan los presupuestos sistémicos que consideran el derecho estructura dentro del sistema social... con carácter de cuasi absoluta autonomía. Al contrario, aceptando las condiciones de salida (históricas) atribuyen al Derecho un carácter político, estructurado dentro de las contradicciones y correlaciones de fuerzas que las clases sociales mantienen. Por un lado asumen, en gran medida, el referencial marxista como punto de partida para la comprensión del fenómeno jurídico, por otro, reconocen que sus prácticas profesionales, si quieren constituirse en bases para un nuevo derecho, necesitan de la efectiva construcción teórica-epistemológica previa de una cultura jurídica alternativa.[171]

2. Uso alternativo del Derecho: uso alternativo de toda la juridicidad.

Amilton Bueno de Carvalho, después de sintetizar y analizar diversas concepciones que sobre el uso alternativo del Derecho tienen diversos autores europeos, como los italianos Baecellona y Ferrajoli y los españoles López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, y algunos autores latinoamericanos, como los brasileños Paulon Lima y Batista Guedes, y el mexicano que esto escribe, concluye que existen diferencias entre la visión europea y la nuestra acerca de

[171] Lima de Arruda. *Op. Cit.* p. 86.

los alcances del uso alternativo del Derecho, pues en Europa todavía "se impone un límite: no sobrepasar el sistema de su *legalidad*."[172]

El propio profesor de *Direito Alternativo* en la *Escola Superior da Magistratura Gaúcha*, dice con mucha razón.

> 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 condición 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 esta 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 positivizado.[173]

Consideramos que el anterior texto de Amilton Bueno es de extraordinaria importancia para la teorización del uso alternativo del Derecho. Por un lado recoge, como raíz filosófico-jurídica, la concepción de los derechos humanos de matriz latinoamericana, que concibe a éstos *a partir del pobre*, que no es otra que la concepción bíblica del Derecho como *mišpat*: liberación del oprimido[174]. Y partiendo de esa concepción filosófica, del hombre y de sus derechos, es consecuente en hablar de la posibilidad teórico-práctica de con-

[172] Amilton Bueno de Carvalho. "Lei N° 8.009/90 e o Direito Alternativo", En *Liçoes...1*. *Op. Cit.* p. 57.

[173] *Idem Supra.*

[174] Este tema lo hemos desarrollado con amplitud en nuestras obras: *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*. Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa. México, 1992; y *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes. Aguascalientes, 1991.Ver también de Alejandro Rosillo Martínez: *Que fluya la justicia*. *Justicia y derechos humanos en los textos bíblicos: una lectura jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Reflexión Teológica, A.C., San Luis Potosí, 2003; y "El 'Derecho' en la tradición bíblica, un concepto análogo", en *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, Compilador Jesús Antonio de la Torre Rangel, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, págs. 211-286.

struir unos *principios generales del Derecho del pobre*, que serían criterios jurídicos fundamentales alternativos.

Por otro lado, la segunda cuestión en donde creemos que acierta Bueno de Carvalho es en dejar sentado el principio, para el uso alternativo del Derecho, de que la juridicidad no se agota en la legalidad. Es toda la juridicidad la que debe usarse alternativamente. En efecto, como ya dejamos asentado al principio de este trabajo, el Derecho, la juridicidad, es un fenómeno social complejo que no se agota en la leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se le da a la palabra "Derecho". El fenómeno jurídico está formado, también por los derecho subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales, que constituyen propiamente los derechos humanos; por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho.

A su vez, cada una de estas facetas de los jurídico tiene su propia complejidad, la cual debe ser desentrañada, para que pueda usarse alternativamente.

Lima de Arruda prefiere dejar el concepto "uso del Derecho" para la práctica jurídica innovadora latinoamericana que implica el uso de toda la juridicidad, y no la acepción de "uso alternativo del Derecho" que considera restringida al ámbito de la legalidad. Escribe:

> De esta forma el 'uso del Derecho' no solamente no debe restringirse a las prácticas jurídicas de los jueces comprometidos con un nuevo proyecto social democrático... como parece tener campo más fértil entre otros aplicadores del derecho, como abogados populares, profesores universitarios, propiamente distribuidos en la 'sociedad civil', aunque se reconozca la validez de la lucha hegemónica en aparatos no privados como el Poder Judicial, el Ministerio Público, etc., en los cuales la expresión 'uso alternativo del Derecho' tiene mayor procedencia mas no inhibe la creación del derecho (cuando es posible) vía 'uso del derecho'.[175]

Entre nosotros un principio básico, pues, para las prácticas jurídicas innovadoras y alternativas, lo constituye el que el uso alternativo del Derecho –o el uso del Derecho si se quiere– implica el uso total de la juridicidad, en toda su

[175] Lima de Arruda. *Op. Cit.* págs. 93 y 94.

complejidad, a favor de los pobres.

A partir de este principio básico podemos decir ahora algunas palabras sobre ciertos puntos fundamentales también del uso alternativo del Derecho.

3. De los puntos fundamentales para el uso del Derecho de una manera alternativa.

Hemos considerado que al hacer uso alternativo del Derecho, éste juega un rol más político que el que normalmente se da al aplicar el Derecho. Sin embargo, no pierde, de ningún modo, su juridicismo, esto es, sino que éste se conserva, sólo que cambiando el sentido que se le ha asignado, orgánica e ideológicamente, dentro de la formación social en donde es producido.

Inscrito en este modo de entender el uso del Derecho a favor de los sectores populares, el jurista brasileño Luiz Edson Fachin, coloca, en un interesante artículo,[176] algunas cuestiones relevantes que el jurista de práctica alternativa debe tener en cuenta en su reflexión cotidiana.

3.1. La búsqueda de la normatividad utilizable.

Luiz Edson Fachin nos dice que aquellos abogados que ven en nuestra profesión alguna función social, para llevar a cabo su misión, en primer lugar, deben realizar un trabajo de *búsqueda* jurídica en el ordenamiento jurídico en vigor; para decir *búsqueda* usa el término brasileño *garimpagem* de *garimperio*, que significa buscador de metales y piedras preciosas. No se trata, pues, de cualquier *búsqueda*, sino de aquello que sea valioso, precioso, para su objetivo.

"Esa *garimpagem* jurídica correspondería exactamente en procurar dentro del ordenamiento jurídico en vigor las posibilidades contradictorias encontradas en el propio ordenamiento hasta que éste no sea alterado, porque lo que queremos efectivamente es un nuevo ordenamiento jurídico, y cuanto menor, más diferenciado y más justo el ordenamiento, evidentemente será mejor, pero en cuanto no ocurra, realizaremos por tanto, en primer lugar, esa

[176] Luiz Edson Fachin. "Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e Injustiças", *Direito Insurgente*. Anais de Fundação, Insituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988. Río de Janeiro.

garimpagem".[177]

El abogado comprometido con los sectores populares, debe entonces iniciar su trabajo con una labor de búsqueda de aquellas normas e instituciones jurídicas que le sean útiles para aquellas causas que defiende. Tiene que llevar a cabo, pues, una labor de *garimpagem* o *gambusino jurídico*[178] diríamos nosotros.

3.2. La defensa de una función más amplia de parte del Poder Judicial.

Nuestro autor propone hacer vigente la idea de una nueva función de los jueces, en contra del conservadurismo del Poder Judicial. Esto es, que aquellos encargados de impartir justicia dicten decisiones "contra la ley cuando la ley es injusta",[179] teniendo como base una visión más amplia del Derecho, que no se restringe a una sola de sus fuentes (la legislación) ni a uno sólo de sus analogados (derecho objetivo).

Este es un tema muy controvertido, que es importante y urgente poner a debate en nuestro medio latinoamericano tan influido por el positivismo jurídico, muy especialmente en su versión de la Escuela de la Exégesis.

Salvo el caso de los "jueces gauchos" del sur de Brasil, que ya hemos dado noticia, no tenemos conocimiento alguno de otras magistraturas que se hayan atrevido, en bloque, a apartarse de la ley, por injusta que sea, en sus resoluciones.

Ya hace años que se viene discutiendo este tema en Europa. Las referencias siguientes me parecen muy importantes. Barcellona y Cotturri escriben:

> Evidentemente, la contraposición se refleja en la concepción del derecho y expresa sustancialmente dos imágenes diferentes del juez. Por una parte, está el juez intérprete que solamente se plantea la tarea de aplicar la ley, entendida como mero juicio de conformidad al modelo previsto por la norma. Se ve ahí una concepción del juez que no añade nada nuevo a lo expresado en la norma. En la base de esta

[177] *Idem Supra*. p. 22.

[178] *Gambusino* es un mexicanismo que significa el que busca yacimientos minerales u oro: Cfr. José N. Moreno de Alba "Minucias del Lenguaje", en *Este País* No. 112, México, julio, 2000, p. 73.

[179] *Idem Supra*. p. 23.

> imagen del juez está la concepción del derecho como sistema cerrado y autosuficiente.
>
> En el extremo opuesto está en cambio la concepción del juez que no se limita a interpretar la norma, sino que añade algo a su contenido; esto es: un juez que no se encuentra a punto y ya lista la norma a aplicar, sino que la busca. Más que el intérprete de un derecho ya creado, es el buscador de un derecho que se crea en la procesalidad y en la experiencia. Esta concepción presupone a su vez un sistema normativo no autosuficiente, no cerrado sino abierto a las integraciones que puedan surgir de las modificaciones de la sociedad.[180]

A la pregunta "¿Qué tipo de lucha se puede llevar acabo dentro del aparato de justicia del Estado con vistas a una democratización a fondo?, el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez contesta:

> Como punto de partida hay que aceptar el área institucional en un terreno de lucha como otro cualquiera. En este sentido, el aparato de justicia es el campo de batalla en el que se libra, o tiene que librarse, una parte de la lucha global por la transformación democrática de la sociedad. Los jueces deben o pueden proyectarse en dos vertientes. Por una parte, dentro del propio marco profesional, afrontando políticamente los problemas que se les plantean, ejerciendo una crítica clara de la legislación sometiendo a revisión los viejos valores y poniendo de manifiesto toda su carga ideológica, que es la que nutre la práctica judicial convencional... Por otro lado, es absolutamente necesario salir a la calle con estos temas, incorporarlos a la cultura política del hombre medio, tradicionalmente indefenso frente al hermetismo que ha connotado siempre al mundo judicial. Por su parte Carlos Jiménez manifiesta que al aparato judicial le corresponde la defensa y protección de las garantías individuales, así como velar por el pleno cumplimiento del principio de seguridad jurídica... frente a los abusos crecientes del poder ejecutivo... . Su fundamento en la soberanía popular obliga a reformular el concepto clásico de la independencia judicial –vinculando al juez a la sociedad civil– y abrir cau-

[180] Barcellona, P. Y Cotturri, G. *Op. Cit.* p. 105.

> ces efectivos a la función judicial e impulsando el jurado y los jueces electivos para hacer una realidad del fundamento del Poder Judicial en la soberanía popular.[181]

En nuestro medio latinoamericano empiezan a aparecer estas ideas también. Destacan en este rubro los "jueces gauchos" ya tantas veces mencionados y aquellos que teóricamente los apoyan, y que, esencialmente, coinciden con la propuesta de Fachin de apartarse de la ley cuando ésta es injusta.

A continuación transcribimos un conjunto de muy ricas reflexiones al respecto del uso alternativo del Derecho por parte de los jueces, de Tarso Fernando Genro:

> Es evidente que la previsibilidad del sistema es una necesidad para la garantía de los derechos individuales y colectivos, mas esto no quiere decir estagnación normativa, ni exige al Juez sea puesto fuera del proceso de creación del Derecho, en el cual la Judicatura es o puede ser una pieza clave. En verdad, el propio sistema tiene aberturas explícitas para amparar los juicios contra la ley en el caso concreto...[182]
>
> El derecho alternativo no es, pues, el no-derecho, mucho menos un derecho inventado o simplemente intuido en la tradición del buen Juez Magnaud. Es siempre la mejor posibilidad de un sistema jurídico, dada por los conflictos sociales e individuales que lo generan, por su historia y por la cultura de la sociedad en que emerge. No es el arbitrio del individuo-Juez, ni su simple voluntad política ente la crisis de un sistema; sino es un acto de construcción y de desarrollo de valores que ya están puestos por la historia de afirmación de la libertad humana, de derecho a la vida, de la lucha por la repartición del producto social, por la reducción de la desigualdad y por defensa del futuro del hombre, preservándole el ambiente y la naturaleza.[183]

[181] Quico Valls. "Justicia Democrática: el uso crítico de la Constitución" (Conversación con perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José Ma. Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El Viejo Topo* N° 55. Barcelona, abril de 1981, págs. 7 y 8.

[182] Tarso Fernando Genro. "Os juízes contra a lei", en *Liçoes*... 1. *Op. Cit.* págs. 21 y 22.

[183] *Idem Supra*. p. 26.

A continuación comento unos artículos muy interesantes de los juristas chilenos Jorge Correa Sutil y Lautaro Ríos.

Correa Sutil nos dice que aquellos que reducen la función de los tribunales a la aplicación simple y llana de la ley, ponen un velo "tras el cual se oculta la verdad de que toda decisión judicial es interpretativa y creativa".[184] No está de acuerdo con aquellos que postulan –como Edson Fachin– que los jueces "fallen conforme a principios que les parezcan prioritarios". Sin embargo, acota: "Decir que los jueces, en sus fallos, se encuentran *limitados* por la ley formalmente vigente no implica, sin embargo, decir que las fallas se encuentran *determinadas* por la ley vigente. La doctrina contemporánea... es prácticamente unánime en reconocer que las sentencias son actos libres, aunque condicionados, dentro de ciertos marcos o límites fijados por el derecho preexistente (que según muchos es más que la ley)".[185]

Lautaro Ríos nos recuerda que, desde hace dos siglos, la aspiración popular de la justicia se encuentra sumergida "bajo la doble marca del dogmatismo legal... y del positivismo jurídico que pretendió condensar todo el Derecho en el rígido molde de la ley", [186] cayéndose en una concepción mítica de la propia ley, que se considera como un conjunto de normas expresión de la voluntad popular.

Se trata de la Escuela de la Exégesis, expresión del positivismo jurídico voluntarista, que tanto ha influido en la legislación, la doctrina, la enseñanza y la ideología jurídica de nuestra América Latina. Dos rasgos que caracterizan a esta corriente, según Bonnecase, son: "I. El culto al texto de la ley... para ella el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante, es decir, exclusiva, del jurisconsulto, y el Derecho positivo se identifica por completo con la ley"...; II. El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley.[187] El papel del juzgador se reduce a ser, como se dice, "la boca de la ley".

De tal modo que Lautaro Ríos se pronuncia por la vigencia de una concepción amplia del Derecho que implique no sólo a la ley, sino que incluya el resto de sus fuentes, a saber: la costumbre, los principios generales del Dere-

[184] Jorge Correa Sutil. "Críticas a la labor judicial", en *Mensaje* N° 362, Santiago de Chile, septiembre de 1987, p. 371.

[185] *Idem Supra*.

[186] Lautaro Ríos A.. "Ley, derecho y justicia", en *Mensaje* N° 366. Santiago de Chile, enero-febrero de 1988, p. 22.

cho, la jurisprudencia, los pactos internacionales y la doctrina. "Por eso conviene poner énfasis en que, siendo la misión sustantiva e inexcusable del Poder Judicial la de hacer justicia –esto es, la de atribuir a cada quien, la facultad, el deber o la sanción que conforme al Derecho le corresponda–, la técnica para lograr tan alto propósito consiste en aplicar éste en la rica variedad de sus fuentes, en lugar de limitarlo a una sola de sus expresiones".[188]

3.3. Un cambio en la forma de pensar el Derecho.

Al desarrollar este punto, me parece de extraordinaria importancia lo que dice el propio Luiz Edson Fachin; realmente da una luz que esclarece mucho el campo del uso alternativo del Derecho. Veamos:

> Todos sabemos, generalmente el jurista, o abogado, piensa el derecho sobre esquemas lógicos deductivos. Quiero decir, el bello silogismo lógico deductivo plasmado en la premisa mayor, y en una conclusión, que lo mismo impregna al Poder Judicial como a los abogados. Es preciso mudar la forma de pensar el derecho. Necesitamos apartarnos del pensamiento lógico deductivo y dar mayor relevancia al pensamiento de naturaleza intuitiva, porque antes de saber lo que dice la norma es fundamental es saber cuál es la solución justa para el caso concreto y después procurar la fundamentación. Si la norma fuese contraria a la solución justa para el caso concreto, el abogado debe defender su tesis lo mismo contra la norma, y si fuese el juez debe juzgar contra la ley, lo que efectivamente defiende la doctrina más avanzada, pues la propia doctrina liberal progresista ya defiende la propia decisión 'contra ley'.[189]

Respecto de la última reflexión referida a los jueces, hemos expresado ya diversa opiniones más o menos concordantes con Fachin. Lo que resulta nuevo ahora es la referencia al cambio del modo de entender el Derecho en los

[187] J. Bonnecase, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*. Ed. Cajica, Puebla, 1944. págs. 140-143.

[188] Ríos. *Op. Cit.* p. 24.

[189] Fachin. *Op. Cit.* p. 24.

asesores y litigantes que hacen una práctica alternativa del Derecho en favor del pueblo. Esa mudanza en la concepción del pensar jurídico se impone al abogado comprometido con las causas populares, por la realidad misma de los hechos concretizada en la experiencia de injusticia del pueblo, si pretende ser eficaz, y por el mismo compromiso que adquiere con ese pueblo en la búsqueda de la vigencia de sus derechos que muchas veces son negados en la ley o ineficaces en la práctica jurídica.

La experiencia en el campo jurídico popular brasileño le hace afirmar a Vanderley Caixe lo siguiente: "Lo importante es que el derecho se produzca en la realidad social, ya sea aprovechando o no una norma positiva... En este caso el abogado que asume una práctica al lado del campesino, no puede negar la validez de la afirmación del trabajador: "nosotros estamos haciendo el derecho, después vamos a defenderlo delante del juez".[190]

Muy bien dice Ramos Filho "siempre, los abogados procuran usar el derecho estatal en el sentido de los intereses de sus clientes", la "novedad" en la corriente del uso alternativo del Derecho "está en el carácter clasista de la opción: *usar el derecho estatal* en interés de las clases populares y valorizar el *derecho alternativo* que es producido por las mismas, al margen del derecho estatal."[191]

3.4. El uso de los instrumentos jurídicos para agudizar las contradicciones del ordenamiento jurídico en vigor.

Se parte del reconocimiento del hecho de que las causas populares no son los intereses dominantes que protege el derecho objetivo o ley. Sin embargo, paradójicamente, los instrumentos jurídicos pueden ser utilizados para la defensa de esas causas populares, contra los propios intereses de las clases sociales dominantes. Esta utilización del Derecho contra la lógica de la formación social en donde es producido, agudiza las contradicciones sociales. Es punto importante a tomar en cuenta según Fachin.

[190] Vanderley Caixe. "Consideraciones del trabajo del abogado junto a los campesinos", Capítulo IX de mi obra *El Derecho que nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes. México, 1986, p. 154.

[191] Wilson Ramos Filho. "direito alternativo e ciudadania operária", en *liços*... 1. *Op. Cit.* p. 157.

3.5. La conciencia de a quién sirve el derecho o ley.

El quinto punto es la confirmación del lugar desde donde analiza o concibe el Derecho Fachin: desde la óptica marxista, que entiende el Derecho como un producto histórico cultural y como un instrumento de dominación, un instrumento de clase.

Por nuestra parte, no desdeñamos el aporte del marxismo para conocer la complejidad del fenómeno jurídico; en muchas de sus afirmaciones, producto del método científico que ha adoptado, lleva razón indudablemente.

Sin embargo, nosotros partimos de entender el Derecho enraizado en el ser humano, en sus derechos subjetivos, en los derechos humanos, y en las interrelaciones de respeto de esos derechos, que constituye la esencia de la justicia. Empero, esta concepción jurídica no obsta para que no veamos que la negación de los derechos de las mayorías es por sistema, estructural, y que es la "legalidad de la injusticia" la vigente. Lo que nos lleva a pensar en la necesidad del uso alternativo del Derecho, como un instrumento en la búsqueda de la vigencia de los derechos humanos y la justicia real entre los hombres. Y precisamente esta búsqueda no nos permite desdeñar la cuestión de esclarecer "a quién sirve" el derecho objetivo y su práctica cotidiana.

4. Facetas del rol de la juridicidad en apoyo de las clases dominadas y una hipótesis utópica.

En su obra *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, Tigar y Levy tratan de demostrar el importante papel de la juridicidad en ese apoyo de los movimientos revolucionarios. Sus conclusiones en sentido están basadas en el uso que hizo de la juridicidad la burguesía, desde los comienzos de su lucha en contra de las instituciones feudales y hasta su triunfo definitivo con la Revolución Francesa.

Los autores de referencia explican que la relación entre la burguesía naciente y el Derecho tienen tres facetas.

En primer lugar se encontraron con que el Derecho feudal no hacía alusión al comercio o bien le era hostil. En esas circunstancias el comerciante se encontró en calidad de descastado, y tuvo entonces que buscar la forma de arreglárselas con el sistema de tal manera que le permitiera lucrar. Y "cuando el número y el poder de los mercaderes creció, los ideólogos jurídicos de esa

clase trataron de justificar el lugar del comercio dentro de las coordenadas del sistema feudal, y los puntos débiles del mismo"[192]. Es decir, pues, que la primera faceta consistió en buscar una legitimación de su actividad dentro de una juridicidad que no les dejaba espacio para ser. En otras palabras, jugaron un rol político con el Derecho, forzando su "espíritu" y haciéndolo decir lo que en realidad no decía; hicieron uso alternativo del Derecho.

En segundo término, el mercader poco a poco fue ampliando su campo de acción creando instituciones de comercio; tales como puertos, almacenes, bancos, talleres, ciudades y, en la medida que avanzaba en su progreso mercantilista, entró cada vez más en conflicto con los intereses económicos y políticos de los señores feudales. La naciente burguesía entró, ahora sí de lleno, en un continuo choque con las leyes y costumbres destinadas a proteger a los detentadores del poder feudal, agudizándose cada vez más el conflicto, lo que hizo descubrir al burgués "gradualmente los puntos en que el sistema jurídico ya no podía adecuarse a su voluntad, asimilarse por un precio aceptable, ni eludirse"[193] La segunda faceta consiste, en el descubrimiento de la ineficacia absoluta del Derecho feudal para sus propósitos de clase, en consideración a su propio avance logrado y a la etapa de lucha por su hegemonía.

Por último, como tercera faceta, los mercaderes elaboraron leyes para ellos mismos, estableciendo todo un sistema jurídico al servicio de sus propios intereses. "Primero crearon tribunales para arreglar los litigios que surgían entre ellos, luego arrancaron u obtuvieron con lisonjas concesiones de príncipes espirituales o temporales a fin de establecer zonas de libre comercio, y finalmente –en un período de siglos– se lanzaron al poder sobre las naciones".[194]

Como puede verse, desde el mismo seno de la estructura feudal, surgió un Derecho Alternativo al que formaba el andamiaje jurídico del feudalismo. La clase comerciante, negada u hostilizada por la sociedad feudal, hace primero un uso alternativo del Derecho feudal a favor de sus intereses; después se da cuenta de que ya no puede forzarlo para aplicarlo a sus intereses, pero entonces ya tiene la fuerza suficiente como clase para tener poder normativo y darse su propio Derecho, el cual, en última instancia, desplaza a aquel otro Derecho que sostenía el antiguo régimen.

[192] Tigar y Levy. *Op. Cit.* p. 18.
[193] *Idem Supra*. p. 19.
[194] *Idem Surpra*.

De las misma manera, aquí y ahora, el Derecho puede ser utilizado de una manera alternativa por los pobres, de manera que les sirva como herramienta de liberación. Y poco a poco, al ir adquiriendo fuerza, esa misma clase podrá apropiarse del poder normativo y crear sus propias leyes. Los pobres, en la medida que como clase vayan en ascenso de conciencia y organización, podrán primero *acomodarse* a la ideología jurídica del capitalismo de tal manera que obtengan de ella beneficios como clase, después podrán *afrontarla* como lo hizo la burguesía con la ideología jurídica feudal, y por fin *desplazarla*, cuando se hayan apropiado totalmente del poder normativo.

> El sistema de relaciones sociales edificado por la burguesía insurgente está confrontado ahora con movimientos revolucionarios, y podemos observar en acción una nueva jurisprudencia insurgente. Estos movimientos tienen una historia paralela al surgimiento del poder de la burguesía, y se han encontrado con los mismos problemas al tratar de abrir paso a sus exigencias dentro de aspectos propios de la ideología jurídica burguesa antes de entrar en conflicto abierto con ella.
> La posibilidad de esta acomodación se acentúa por la naturaleza dual de la ideología jurídica burguesa, que se presenta protegiendo al mismo tiempo los intereses vinculados con la propiedad y también con el interés 'humano' abstracto por la libertad respecto del poder arbitrario. También la lucha de los movimientos revolucionarios modernos tiende, como antes lo hizo la burguesía, a volver hacia sus propios objetivos los elementos de la ideología jurídica predominante.[195]

Las clases subalternas van elaborando, por medio de la costumbre, su propio Derecho. Sin embargo, el Estado en su afán de afirmarse lucha en contra de esa costumbre jurídica que se va gestando en el propio pueblo, y el jurista al servicio de la clase dominante califica esa costumbre como conductas "jurídicamente indiferentes".

Como dice Gramsci, "el derecho no expresa toda la sociedad... sino la clase dirigente, que 'impone' a toda la sociedad las normas de conducta que están ligadas a su razón de ser y a su desarrollo."[196]

[195] *Idem Supra*. p. 293.
[196] Antonio Gramsci. *Obras de... 1. Cuadernos de la Cárcel: Notas sobre Maquiavelo,*

Sin embargo es el mismo Gramsci el que trata de recuperar en la reflexión política la importancia que tiene la expresión jurídica de las clases subalternas manifestada, fundamentalmente, en la costumbre, reconociendo que "en las revoluciones contra los Estados absolutos existían ya como costumbres y como aspiraciones una gran parte de lo que luego se transforma en derecho obligatorio". Y agrega:

> El tema entra en otro más general, que es el de las diversas posiciones que ocupan las clases subalternas, antes de convertirse en dominantes. Ciertas clases subalternas, a diferencia de otras, deben tener un largo período de intervención jurídica rigurosa y luego atenuada. Existe diversidad también en los modos: en ciertas clases el fenómeno de expansión no cesa jamás, hasta la absorción completa de la sociedad; en otras, al primer período de expansión sucede un período de represión. Este carácter educativo, creador, formativo del derecho, no fue suficientemente puesto de relieve por ciertas corrientes intelectuales...[197]

Precisamente una de las pretensiones de este trabajo es poner de relieve con mucha firmeza el papel del Derecho como una herramienta para un cambio social cualitativo. Y es indudable que en el pueblo, en las clases subalternas, el Derecho nuevo se genera con expresiones vivenciales de juridicidad nueva, estableciendo un modo "jurídico" de relaciones alternativo al vigente o positivo, que viene a ser el inicio de la reapropiación del poder normativo distinto al impuesto por la clase dominante.

En esto consiste la "jurisprudencia de insurgencia" de la que hablan Tigar y Levy, la que constituye el marco del desarrollo de las facetas del rol jugado por la juridicidad en apoyo de las clases subalternas.

Los juristas, en cuanto 'intelectuales' –dice Lima de Arruda–, están, consciente o inconscientemente envueltos en ese proceso de cambio social, en virtud de su umbilical inserción en la estructura social. En la sociedad civil, pero también en la sociedad política, podrán contribuir en la artesanía democrática, con un uso del derecho (dentro o fuera de la ley), con la técnica jurídica, con la

sobre Política y sobre el Estado Moderno. Juan Pablo Editor, México, 1975. p. 169.

[197] *Idem Supra*.

política, dentro y fuera de la instancia jurídica. Con reformismos-revolucionarios y/o con revoluciones cotidianas que conduzcan a reformas institucionales importantes."[198]

Siguiendo la misma lógica y pensando, utópicamente, en la transformación a una sociedad más justa con la contribución del uso del Derecho alternativamente, Alves Lima escribe:

> "En suma, el Derecho Alternativo es para nosotros no sólo una 'nueva escuela jurídica'. Más allá de eso es una actitud mental cuestionadora de los proyectos de 'normalización de conciencias'. Es una auténtica utopía, o la objetiva previsión (*antevisao*) de un proyecto de transformación de la sociedad."[199]

5. Espacios para el uso alternativo del derecho objetivo.

Consideramos que existen dos espacios, dos zonas diversas en las cuales puede hacerse uso del Derecho alternativamente:

1ª Haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes que benefician a las clases dominadas y que no se hacen valer.

2ª Dándole a otras normas de suyo "neutras" un sentido político que lleva a una aplicación de parcialidad en beneficio de los oprimidos, de los *pobres*.

Por lo que se refiere al primer espacio, debemos decir que si bien la normatividad del Estado, en sus líneas fundamentales, es producida en beneficio de las clases dominantes, sin embargo existen varias disposiciones jurídicas que benefician a las otras clases sociales, como son la que se refieren al reconocimiento de los derechos humanos individuales y aquellas producto de lo que hemos denominado "Estado de Compromiso" y que no han sido del todo derogadas a pesar del neoliberalismo imperante, como son, entre otras, las relativas al derecho laboral, derecho agrario, seguridad social, etc.

Este primer espacio, implica, pues, la búsqueda de hacer efectivas estas normas que benefician a los pobres.

Antonie Jeammaud –jurista perteneciente al movimiento *Critique du*

[198] Lima de Arruda. *Op. Cit.* p. 96.

[199] Miguel Alvez Lima. "O 'direito alternativo' e a dogmática jurídica", en *Liçoes*... 2. *Op. Cit.* p. 53.

Droit– ha hecho un estudio muy interesante "En torno al problema de la efectividad del Derecho"[200], refiriendo la temática a América Latina, que consideramos importante comentar en este lugar.

Jeammaud comienza diciéndonos que en América Latina existen una gran cantidad de normas e instituciones de naturaleza jurídica, muy parecidas a las que existen en sociedades altamente jurídicas como las de Europa Occidental. Sin embargo, esa normatividad latinoamericana carece muchas veces de efectividad, "al menos por lo que toca a las pautas e instituciones que tienden a limitar tanto a poderes públicos como a los 'poderes privados' (empresarios, propietarios, etcétera) y a proteger y asegurar derechos de los ciudadanos y trabajadores urbanos o campesinos, esto es a la gente del pueblo".[201]

Nuestro autor distingue entre *validez* y *efectividad*. La primera, siguiendo a Kelsen, consiste en el valor que se debe reconocer a cada regla creada y promulgada por un acto fijado conforme a las pautas del más alto nivel de la jerarquía normativa. La segunda, consiste en la relación de conformidad de una norma, con las situaciones o comportamientos que se hallan en un ámbito de competencia. Se trata de la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan.

Es necesario distinguir, además, entre *efectividad jurídica* y *efectividad material*. La primera "es la conformación de una situación jurídica concreta –la condición 'en derecho' de un sujeto– al modelo que constituye la norma; es decir, por ejemplo, el reconocimiento efectivo a tal persona del derecho que se beneficia según la ley, por cumplirse los requisitos previos en la misma"; y la *efectividad material* es "la conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica así otorgada o impuesta al sujeto por el 'cumplimiento' o la 'aplicación' de la norma".[202]

Habiendo hecho esas distinciones necesarias, lleva razón el profesor de la Universidad de Saint-Etienne, cuando afirma:

> En los países de América Latina, parece que la inefectividad afecta sobre todo a las pautas que, pese a su adecuación básica a la salvaguarda

[200] En *Crítica Jurídica* N° 1. Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas. 1984.

[201] Jeammaud. *Idem Supra*. P. 5.

[202] *Idem Supra*. págs. 11 y 12.

> de los intereses generales de las clases dominantes, limitan la explotación de las masas obreras y campesinas, les otorgan derechos, u obstaculizan el arbitrio de los poderes. Creo que, en todos los países, las normas ostensiblemente protectoras dela gente humilde o de los ciudadanos en cuanto tales, carecen más ampliamente de efectividad que las demás, aunque esa inefectividad se muestre en muy desiguales niveles según el tipo de Estado (incluido el tipo de 'estado de derecho').[203]

La pregunta resulta obligada: "Por qué esa inefectividad de las normas? Es indudable que la respuesta no puede ser simple, ya que influyen muchos factores. La cuestión es bastante compleja.

Jeammaud, al tratar de despejar la cuestión, desarrolla dos causas de la inefectvidad: La primera sería una causa *formal*, y es que, al mismo tiempo que se plasman en el ordenamiento jurídico preceptos que consagran derechos sociales y libertades, se dictan otras normas –de menor nivel de prestigio y jerarquía– que restringen, y en muchas ocasiones vacían de contenido o dejan sin alcance práctico esos derechos. Es el ordenamiento jurídico como una caja de trampas. La segunda causa estriba en que, a pesar de la presencia del Derecho en la sociedad y su importancia, ésta queda regulada parcialmente por la fuerza, por la coacción abierta, más que por la normatividad jurídica.

Es importante reiterar que esa inefectividad perjudica, sobre todo, a los derechos de libertad ciudadana y a los derechos sociales consagrados a favor de las clases dominadas, pues lleva razón Jeammaud cuando hace esta certera afirmación: "una inefectividad notable de la normatividad jurídica no impide que el ordenamiento del derecho permanezca globalmente efectivo en sus elementos básicos para el tipo de formación social de que se trata: formas de adquirir la fuerza del trabajo, de consumirla, régimen de la propiedad de los medios de producción, o la mayor parte del régimen de los poderes públicos".[204]

La afirmación final que hace Jeammaud en el trabajo que comentamos, me parece oportuno resaltarla, pues hace un cierto rescate de la importancia de lo jurídico, apartándose del desdén habitual del marxismo hacia el Derecho"; "tengo la convicción de que el tema resulta importante para adelantar en la

[203] *Idem Supra*. p. 12.
[204] *Idem Supra*. p. 14.

comprensión crítica del derecho, al mismo tiempo de que la búsqueda de los medios para mejorar la efectividad de las normas que brindan alguna protección y algunos derechos a los dominados siguen mereciendo esfuerzos, si pensamos que el derecho constituye un 'mal menor' entre los modos de funcionamiento de las sociedades clasistas".[205]

Creemos que lleva razón Lédio Rosa de Andrade cuando afirma que, aun refiriéndose a la realidad brasileña, puede hacerse extensa a toda América Latina, en el sentido de que al ser denegados los mínimos derechos a la población, es fundamental para el desarrollo del proceso alternativo, como un primer paso, "exigir el cumplimiento del Derecho positivo", pues en tal circunstancia esto "se torna en avance".[206]

Para que beneficie más a las clases subalternas esta aplicación del Derecho, sobre todo si se piensa en un proyecto alternativo de sociedad cualitativamente distinta, no basta con hacerlo valer sino que es necesario desideologizarlo, para hacerlo valer políticamente. De esta manera no sólo se aplicará y aportará los beneficios reales que conlleva su aplicación, sino que se hace de una manera crítica, en la que se descubre que se trata de concesiones que en el fondo tienen el propósito de mantener las cosas como están. Así se aprovecha en un doble aspecto: se reciben los beneficios de los que muchos no han gozado y tienen derecho a ellos, y por otro lado puede servir como herramienta para un cambio cualitativo en las relaciones de producción.

Existe otro espacio en el cual el Derecho sigue, por así decirlo, manteniendo su "neutralidad", y es todo lo relativo a la juridicidad que no entra propiamente en lo que he llamado "concesiones". Esta amplia zona del Derecho puede aplicarse alternativamente, de una manera parcial, en beneficio de las clases oprimidas.

Aquí, en este segundo espacio, es donde la labor de *garimpagem* que nos dice Fachin, se hace más necesaria. Se debe hacer una labor de búsqueda de lo valioso.

Tanto en una como en otra hipótesis, para hacer uso alternativo del Derecho con verdadera eficiencia y teniendo como propósito un cambio social, es necesario que se vaya formando también, a la par que con el uso, una "cul-

[205] *Idem Supra*. p. 15.

[206] Lédio Rosa de Andrade. "Processo Social Alternativo", en *Liçoes*... 2. *Op. Cit.* p. 93.

tura jurídica alternativa" tanto por parte de los "intelectuales orgánicos" como por el pueblo mismo. Así lo reconocen Barcellona y Cutturri: "no es posible plantearse el problema del uso alternativo del derecho, entendido en el único sentido posible de esta fórmula, como práctica jurídica en contradicción con el designio de desarrollo social expresado (también jurídicamente) por la clase dominante, sin plantearse igualmente el problema de una cultura jurídica alternativa, en el sentido de un análisis del sistema y de una elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes... Cultura jurídica alternativa quiere decir simplemente formulación de hipótesis y elaboración de categorías que permitan una explicación adecuada de los vínculos genéticos y funcionales que hay entre las instituciones jurídicas y las estructuras sociales".[207]

6. Uso alternativo de los derechos subjetivos: derechos humanos como derecho insurgente.

Nuestra investigación ha partido de la hipótesis que la Sociología del Derecho Militante en América Latina, está constituida por una teorización de las relaciones sociales y de las conductas de relación con la normatividad jurídica desde la perspectiva de un urgente cambio social y en la búsqueda de la mejor satisfacción de las necesidades y respeto de los derechos del ser humano.

Dicho en otras palabras, gran parte de la sociología jurídica latinoamericana lleva a cabo su trabajo de manera intencionada –explícita o implícita esa intención– desde la óptica de la búsqueda de estrategias que hagan posible la vigencia real de los derechos fundamentales.

Por otro lado, al establecer los fundamentos filosóficos de nuestro quehacer sociológico, hemos establecido como analogado principal el Derecho de los derechos subjetivos, llevándonos esto a afirmar que el Derecho e suna realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. Y así sostenemos que el orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos, que no son sólo las libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino que implican una concepción integral del hombre.

Hemos dicho, también, que toda la juridicidad debe usarse alternativamente.

[207] Barcellona y Cotturri. *Op. Cit.* págs. 254-255.

Pues bien, en las líneas siguientes diremos algunas palabras del *uso de los derechos subjetivos*, pero, consecuentes con nuestra filosofía, ese uso no lo es como una instrumentalización del ser humano, raíz de todo derecho, sino como el uso del concepto de *derechos humanos* en el sentido de una *idea-fuerza* alternativa al discurso político y jurídico dominantes y como material pedagógico de los grupos populares que buscan una juridicidad alternativa: inscrito este uso de los derechos humanos es una estrategia global que propone a los propios derechos humanos "como fundamento ético para otro paradigma político-cultural".[208]

6.1. Los derechos humanos como uso alternativo del Derecho.

Una de las coyunturas que atraviesan actualmente a la sociedad mexicana es todo lo concerniente a los derechos humanos. No queremos decir con esto que los derechos humanos sean coyunturales, pues se trata de una cuestión fundamental. Lo que queremos poner de relieve es la enorme importancia que ha cobrado todo aquello que tiene que ver con los derechos del ser humano.

Los derechos del ser humano se han constituido en una preocupación grande de la sociedad civil y del Estado, y aparecen como un tópico permanente del debate nacional.

Es tal la importancia que ha cobrado el tema de los derechos humanos, que esto se manifiesta aun en pleno conflicto armado en Chiapas. En efecto, por los días en que se dio la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el cual se enfrentó al Ejército mexicano en la zona de los Altos del Estado de Chiapas, como un elemento fundamental se introdujo en la preocupación nacional por estos acontecimientos, el tema del respeto de los derechos humanos en pleno conflicto bélico. Tanto los representantes del Estado como varios sectores de la sociedad civil se han pronunciado públicamente por la importancia del respeto de los derechos humanos .[209]

En un estudio elaborado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C., se afirma con razón:

[208] Pablo Salvat B.. "una ética política para un nuevo orden cultural", en *Mensaje* N° 414. Santiago de Chile, noviembre de 1992. p. 525.

[209] Como ejemplo de esto puede verse las ediciones de los diarios nacionales del dos al ocho de enero de 1994. En especial consultar las ediciones de *La Jornada* y *El Financiero* del 6 de enero. México.

> Diversos factores de orden económico, político y social han contribuido a modificar y enriquecer el concepto y la práctica que sobre derechos humanos han tenido tanto el Estado como la sociedad civil en México. Entre 1976 y 1990... los derechos humanos se convirtieron en terreno cada vez más estratégico de la lucha social. Tanto el Estado como la sociedad civil han desarrollado todo un esfuerzo por dotar al término de un significado específico y predominante, así como por servirse de él para llevar adelante sus intereses específicos. Una de las batallas más fuertes se ha dado en torno a la amplitud del concepto de derechos humanos. Mientras que por parte del Estado persiste la postura práctica de que por derechos humanos ha de entenderse la no violación de algunos derechos civiles y políticos de los ciudadanos –especialmente aquellos que se inscriben en al ámbito de competencia de las instancias estatales responsables de la seguridad pública y de la administración de justicia, como son el derecho a la libertad, a no ser sometido a tortura o tratos crueles, a no ser arbitrariamente deteniendo, a circular libremente, a no sufrir injerencias en la vida privada, etcétera; por parte de la sociedad civil se ha sostenido que derechos humanos quiere decir plena vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los ciudadanos y de los grupos sociales.[210]

Queremos resaltar la afirmación en el sentido de que los derechos humanos se han convertido en terreno estratégico de lucha social. Es aquí donde radica el uso alternativo del Derecho como uso alternativo de los derechos humanos. Los derechos humanos son Derecho, constituyen incluso, como derecho subjetivo, el analogado principal del Derecho; así que toda la carga de la juridicidad de los derechos humanos constituye un arma de lucha precisamente por su vigencia, que se traduce en una búsqueda de vida digna para los miembros de la sociedad.

Hoy día la mayoría de los mexicanos sabe que en su país se violan sistemáticamente los derechos humanos. Y cada vez más de ellos se suman

[210] "Los Derechos Humanos: Nuevo Campo de la Lucha Social en México", trabajo colectivo auspiciado y publicado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. México, sin fecha de publicación, p. 7.

a la organización y a la movilización que pretende defenderlos. Todo ello ha derivado en un hecho novedoso: los derechos humanos son hoy un campo estratégico de la lucha social. La sociedad civil, convocada por la defensa y promoción de los derechos humanos, está siendo capaz de actuar protagónicamente en los asuntos de la cosa pública; y lo está haciendo con fuerza, pues consigue procesos de alianza y de unidad intersectoriales y pluralistas que antes no se daban.[211]

En esta lucha social por los derechos humanos es también muy importante resaltar la confrontación respecto del alcance en la concepción misma de derechos humanos. Para el Estado y los sectores dominantes de la sociedad, los derechos humanos son sólo las libertades clásicas que únicamente abarcan ciertos derechos civiles y políticos. En cambio, para los grupos sociales que luchan por la vigencia plena de los derechos humanos, éstos tienen un alcance mucho mayor, pues por derechos humanos se entiende además todos aquellos que implican una mejora sustancial en la calidad de la vida, y que son derechos sociales, económicos y culturales.

Ahora bien, esa lucha por los derechos humanos, concebidos éstos de manera integral, tiene su base no sólo antropológica y social, sino también en el propio derecho objetivo, pues nuestra legislación tiene un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos, los cuales no son sólo las libertades clásicas, sino también los derechos sociales, económicos y culturales.[212]

Esta concepción integral de los derechos humanos, que rebasa con mucho el limitado concepto que en la práctica tratan de sostener el Estado y los sectores dominantes de la sociedad, no sólo ha aparecido en México, sino en muchos otros lugares. Por ejemplo, con relación a Brasil, Miguel Pressburger nos describe el fenómeno diciendo que los movimientos sociales han descubierto que sobre el título *Derechos Humanos* se cobija un elenco infinitamente mayor de derechos y necesidades de aquellos que impulsaban las prácticas de los juristas durante la dictadura militar. Tan fundamental, por ejemplo, es el derecho a un juicio ante el tribunal competente, como es el derecho a la habitación digna, al salario justo, a la alimentación, a la salud, a la educación, etcétera,

[211] *Idem Supra*. p. 50.

[212] Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel. "Derechos Humanos y Derecho Constitucional Mexicano", en *Revista Jurídica* Núm. 3, Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Aguascalientes, septiembre de 1992, págs. 17-27.

derechos éstos sustraídos a más de 70 por ciento de la población, cuya miseria contrasta violentamente con la abundancia de las riquezas generadas y por pocos apropiadas.[213]

El propio Pressburger, después de distinguir entre derechos humanos negativos –aquellos que prohíben al Estado determinadas prácticas– y derechos humanos positivos –aquellos que requieren la acción del Estado para su implementación y ejecución–, señala la lucha social que también se da en Brasil por la vigencia plena de los derechos humanos, ya que "adquieren una nueva connotación y se incorporan, de forma militante, al elenco programático de las entidades de apoyo y de los movimientos sociales".[214]

Existe, pues, en las sociedades latinoamericanas un uso político estratégico de los derechos humanos, un uso alternativo de la juridicidad subjetiva, como alteridad, como lo otro, con relación a los proyectos del Estado y al uso mismo que hace de lo relativo a los derechos humanos.

6.2. La opinión de los Weyl sobre la importancia de los derechos.

Monique y Roland Weyl tienen la misma concepción acerca del uso del Derecho, y no aceptan un rechazo absoluto del mismo, a pesar de considerarlo como un medio de opresión. Hacen una distinción entre el Derecho y los derechos, o sea entre el orden normativo o conjunto de leyes y las facultades o atribuciones que derivan de ese orden normativo y que pertenecen al sujeto. Esto es, manejan en sus consideraciones lo que la doctrina jurídica clásica denomina Derecho objetivo y derechos subjetivos. Y es a partir de esta distinción que hacen su proposición del uso del Derecho en contra del proyecto vigente.

Y así, con esa base, los profesores Weyl, tomando como base la lucha de la clase obrera francesa, escriben:

> En realidad, toda la historia de los progresos de las posiciones combativas de la clase obrera francesa está entretejida con luchas por la conquista de nuevos *derechos* y con la utilización de los *derechos* con-

[213] T. Miguel Pressburger. "Direitos Humanos e Assesorias Jurídicas", en el folleto *Discutindo a Assesoria Popular*. Ed. Instituto Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1992. p. 45.

[214] *Idem Supra*.

quistados para realizar nuevas luchas.

Esta nueva etapa de madurez lograda (cautela ante las ilusiones *del* derecho, pero cautela también ante el menosprecio de *los* derechos) es la que posibilita obtener una mejor comprensión cuando se hace sonar la alarma frente a la nueva e insidiosa ofensiva de disuasión que lleva a cabo la ideología tecnocrática o simplemente tecnicista.

Nada de todo esto constituye sin embargo una rehabilitación del derecho. De lo que se trata es solamente, considerado el derecho como un arma de dominación, una máquina de opresión, de hacer con él lo que Lenin aconsejaba con el fusil de la célebre 'carta de una madre a su hijo': *no rechazarlo, sino aprender a usarlo para volverlo contra el enemigo de clase*.

El derecho sigue siendo, en lo esencial, angañabobos que debe neutralizarse, el instrumento de opresión que hay que impedir que oprima. *Los* derechos que se conquistan no son sino un modo de atrapar al adversario en su propio juego, devolviendo los golpes de *ciertos* derechos contra *el derecho* mismo.

El derecho y los derechos siguen siendo instrumentos de una sociedad gravada por una contradicción fundamental y están en contradicción entre sí: *los derechos son libertades opuestas a la opresión impuesta por el derecho, y carecerían de un sentido sin esa oposición. Que desaparezca la compulsión del derecho, y los derechos a las libertades perderán su razón de ser*.[215]

6.3 Uso alternativo del Derecho y uso pedagógico de los derechos subjetivos.

Creemos que, además de lo que hemos dicho, puede hacerse un uso pedagógico de los derechos subjetivos, de tal manera que resulte una concepción integral del fenómeno jurídico que sea alternativa con relación al modo de entender el Derecho por parte de los grupos dominantes de la sociedad.

En la educación jurídica popular, esto es en la enseñanza del Derecho a los grupos populares, que pretende, en palabras de Manuel Jacques "la socialización del conocimiento jurídico";[216] hemos marcado el acento en la reflexión

[215] Weyl, Monique y Roland. *Revolución y perspectivas del Derecho*. Ed. Grijalvo. México, 1978. p. 21.

[216] Manuel Jacques P.. *Educación para un uso alternativo del Derecho*. Ed. Quercum, Centro de Reflexión y Acción para el cambio, Santiago de Chile, 1985. p. 1.

de sus propios derechos, muchos de ellos reconocidos en la propia legislación, pero también muchos de ellos negados de hecho por la organización de nuestra formación social, y otros incluso no reconocidos y algunos hasta negados por la normatividad del Estado. Esos derechos son la mayoría de las veces intuidos pero no plenamente conocidos. La tarea pedagógica es hacer caer a los educados en la cuenta de la plenitud de su vigencia y en el reconocimiento que muchas veces hace de ellos el Derecho positivo, así como del modo de hacerlos valer.

Manuel Jacques, que tiene una gran experiencia en la educación jurídica popular, nos dice lo siguiente:

Una segunda dimensión educativa, puede abordar la educación para el uso alternativo del derecho, a partir del pensamiento de que el estado de satisfacción de las necesidades humanas fundamentales es la negación de un derecho y, por tanto, tiene expresión como conflicto jurídico.

> Al conceptuar nosotros el conflicto jurídico a partir del estado de insatisfacción de necesidades humanas fundamentales, rechazamos de plano la visión legalista que lo reduce solamente a un conflicto con la norma positiva. Criticamos este enfoque reduccionista, pues reduce el conflicto jurídico a lo legal y, por ende el Derecho a la Ley.
>
> Abordamos así el fenómeno jurídico desde esta noción más comprensiva –en el sentido de que dice relación con el Derecho y no sólo con lo legal–; situamos sus criterios de exigibilidad más allá de la norma formal y vigente, y los extendemos a la posibilidad de establecimiento de derechos que permitan la satisfacción de necesidades fundamentales que no se encuentran consagrados en el ordenamiento o que resultan violados por el sistema, sea mediante la aplicación de modelos económicos o sociales determinados, porque la ausencia de norma lo permite, o porque las ya existentes otorgan tanta libertad, que la conducta amparada por ellas tiende a ejercerse de un modo que impide a otros el acceso a la satisfacción deseada.
>
> Esta visión más amplia del conflicto jurídico nos permite definir áreas de conflicto que coinciden con áreas de insatisfacción de necesidades básicas, o si se prefiere, de violación de Derechos Humanos.[217]

[217] *Idem Supra*. págs. 13, 14 y 15.

El método educativo que Jacques nos propone, lleva implícito un uso pedagógico de los derechos subjetivos, como uso alternativo del Derecho.

A las comunidades cristianas de base, por ejemplo, acostumbradas a la reflexión seria sobre sus vidas y sus necesidades, les es relativamente sencillo juridizar sus conflictos como violación de sus derechos. No parten de catálogos de derechos reconocidos en la ley, sino a la inversa, esté o no en la normatividad, todo aquello que requieren para mejorar su calidad de vida.

Lleva razón Germán Palacio cuando dice que "los servicios jurídicos innovadores, nos han arrojado a un terreno teórico para el cual todavía no tenemos una conceptualización precisa".[218] Este campo teórico corresponde a la Sociología Jurídica el desarrollo, y tiene en él un gran reto. Se trata, ciertamente, de una Sociología Jurídica Militante.

7. Alternatividad del discurso jurídico de los Derechos Humanos.

Miguel Pressburguer señala, insistentemente, que la conceptualización del Derecho en general y de los derechos humanos y la justicia en particular, por parte del Estado y los grupos dominantes, lleva frecuentemente trampas ideológicas de acuerdo al objetivo de dominación social.[219] Se crea –dice el jurista brasileño– "el artificio del Estado de Derecho, formalizando principios de igualdad en donde existe la más perversa desiguldad".[220]

De ahí la importancia del rescate que hacen los grupos populares organizados de toda la juridicidad de los derechos humanos. Porque presentan un discurso jurídico alternativo con relación a los propios derechos del ser humano.

El discurso ideológico dominante rescata la formalidad de los derechos humanos pero oculta la no materialización de los mismos, y asimismo restringe el alcance del concepto "derechos humanos" a las meras libertades civiles y políticas. Los pobres quedan así excluidos de sus mínimos y fundamentales

[218] Palacio, Germán. *Op. Cit.* p. 29.

[219] Cfr. T. Miguel Pressburger. "Direito Isurgente: o Direito dos Oprimidos", en el folleto colectivo *Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos*. Ed. Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1990, p. 6.

[220] Presburger, "Direitos Humanos e Assesorias Jurídicas", *Op. Cit.* p. 47.

derechos, cuyo ejercicio tiene que ver con las condiciones materiales de vida digna, de ahí la importancia de la alternatividad del discurso jurídico de los derechos humanos.

Es este rescate de los derechos humanos considerados de forma integral por los grupos populares y sectores amplios de la sociedad civil, el que hace posible una crítica radical a la juridicidad vigente.

Dice José de Souza Martins:

> El derecho insurgente expresa una crítica al derecho establecido, vigente, institucional, y, por otro lado, la exigencia de una reformulación democrática del Derecho. La sociedad está anunciando un nuevo Derecho, tanto en los países socialistas como en los capitalistas, en donde vivimos un gran momento de transición histórica. La claridad puede no ser muy grande, al principio, pero ya es evidente que la idea no se restringe a una simple interpretación nueva del viejo Derecho. Lo mismo a través de manifestaciones, equivocadas, como los linchamientos, lo que se constata es una crítica a las instituciones jurídicas, al aparato de justicia del estado y al derecho existente.[221]

El uso de los derechos humanos como idea-fuerza alternativa es, pues, de suma importancia, por la trascendentalidad de los propios derechos humanos. Esta trascendentalidad de los derechos del ser humano lo es en el sentido, como dice Pablo Salvat, de que las realizaciones jurídico-políticas concretas no agoten su ideario. "Pueden concebirse, entonces, como una suerte de utopía democrática, imposible de alcanzar a cabalidad, pero que orienta desde ya las libertades parciales."[222]

[221] José de Souza Martins. "Ciudadania, Movimientos Sociais e Entidades de Mediação", el el folleto *Discutindo a Assesoria Popular II*. *Op. Cit.* p. 17.

[222] Salvat. *Op. Cit.* p. 525.

CAPÍTULO V
CASOS Y CUESTIONES CONEXAS AL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Introducción.

Antes de presentar, a manera de ejemplo, algunos casos de uso alternativo del Derecho y algunas cuestiones conexas, vamos a decir, otra vez, unas palabras respecto de estos temas relacionándolos con la sociología jurídica.

Para la sistematización del uso alternativo del Derecho existen diversos marcos teóricos. Así, en el capítulo anterior, teorizamos sobre este uso del Derecho dentro de un cierto marco teórico, en el cual se privilegiaba la visión marxista de Gramsci.

Vamos ahora a traer aquí algunos conceptos de Jean Carbonnier que, desde otra óptica científico social, constituyen presupuestos para la sistematización del uso alternativo del Derecho.

Carbonnier establece lo que denomina los "teoremas fundamentales de la sociología jurídica", a saber:

> "Primer teorema: El derecho es más extenso que las fuentes formales del derecho".[223]

Este primer "teorema" es el que más se relaciona con nuestra temática. El uso alternativo del Derecho en general, y del derecho objetivo en particular, es posible porque la juridicidad no se agota en las normas; "*el derecho es más extenso que la regla de derecho*. El Derecho desborda por todas partes la noción de regla. Hay toda una parte de derecho que no tiene nada que ver con los mandatos abstractos, generales y permanentes..."[224]

[223] Jean Carbonnier. *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 1974. p. 28.

[224] *Idem Supra*. p. 29.

La contienda, el litigio, el pleito, tampoco agota el Derecho, por eso también, dice Carbonnier, lo jurídico rebasa la noción de lo contencioso, "*el derecho es infinitamente más extenso que lo contencioso*."[225]

El segundo teorema que establece Carbonnier no es de ningún modo desdeñable, pues previene en contra la *tentación del panjurismo*: "*El derecho es más pequeño que el conjunto de relaciones entre los hombre*."[226]

El otro aporte importante de nuestro autor está en los conceptos que vierte en lo que llama "teoría sociológica del derecho subjetivo". Dice que las sociología jurídica se ha ocupado del derecho objetivo y no de los derechos subjetivos. "Sin embargo, el derecho subjetivo, si existe, sólo puede existir como fenómeno jurídico y, por consiguiente, social... Aunque... tenga su sede en el individuo, no por ello deja de estar producido por la presencia de los demás y tomado a su cargo por la sociedad, razón por la cual una psicología puramente individual no podría dar razón de él. La sociología o, más precisamente, la psicología social del derecho no deben tener por ello escrúpulos para abordar esta noción."[227]

Cito a continuación los siguientes conceptos de Carbonnier que me parecen *fundamentales* para poder sistematizar el uso alternativo de los derechos subjetivos:

> Los *fenómenos de formación* de los derechos subjetivos son muy diferentes.. Los juristas sólo tienen ojos para los derechos derivativos, precodentes de fuentes soberanas, como la ley y el contrato... Los sociólogos, en cambio, insisten más en la generación espontánea de los derechos subjetivos. La parte que en ella tiene la imaginación es escasa y no se trata del sólo justo título putativo. La frase según la cual la creencia crea el derecho es un aforismo que tiene resonancias sociológicas...
>
> ...Y cierto es también el fenómeno, que funciona secretamente en todas partes, tanto en las instituciones como en los comportamientos, de la constitución de los derechos subjetivos a partir de la nece-

[225] *Idem Supra*. p. 31.
[226] *Idem Supra*.
[227] *Idem Supra*. págs. 131 y 132.

sidad..."[228] Esta cuestión de la relación entre las necesidades y los derechos subjetivos ya los vimos en un capítulo anterior siguiendo al jurista chileno Manuel Jacques.

Ténganse, pues, presentes los anteriores conceptos de Carbonnier en lo que a continuación presentamos, como casos y cuestiones conexas del uso alternativo del Derecho.

El segundo espacio –dijimos– en el cual puede usarse el derecho objetivo de una manera alternativa, es dándole a muchas normas "neutras" un sentido político que lleve una aplicación de parcialidad en beneficio de los pobres.

El hacer uso del resto del Derecho de una manera alternativa, para que tenga eficacia con vistas al cambio social, presupone grupos sociales, organizados por el hacer uso del Derecho de esa manera, al mismo tiempo que van adquiriendo una cultura jurídica alternativa según lo explica arriba.

Pero además de llevarse a cabo con grupos que van adquiriendo cultura jurídica alternativa desideologizadora de la juridicidad vigente, es necesario, como toda acción política, conocer la coyuntura que se presenta para poder actuar con eficacia en un momento dado.

1. Casos.

1.1. Un caso real.

Trataremos de clarificar esto con un ejemplo real, sucedido en la ciudad de Aguascalientes. Desde principios de 1977 surgió en esta ciudad un movimiento popular urbano que provocó que se diera una contradicción directa entre el gobierno y el pueblo, motivada por la prestación de servicios públicos.

La administración municipal de la ciudad de Aguascalientes puso especial énfasis en la obra de pavimentación de una extensa zona de la ciudad en la cual se encuentran comprendidas varias colonias populares. Ahora bien, a pesar del innegable beneficio que reportaba a los colonos el hecho de que frente a su casa y en la calle donde está ubicada haya pavimento, el cobro de tal obra a los colonos les resultaba sumamente gravoso e injusto.

[228] *Idem Supra*. págs. 137 y 138.

Les resulta demasiado oneroso el costo de la pavimentación en razón de que según las leyes de Ingresos y de Hacienda del Municipio de Aguascalientes y de Planeación y Urbanización del Estado de Aguascalientes, el costo total de la obra debía recaer sobre las deterioradas economías de los habitantes de las colonias populares beneficiadas con ese servicio. Desde cinco a diez mil pesos resultaba ser una cantidad demasiado fuerte para una familia obrera que en su mayoría tiene su casa, hecha con muchos sacrificios, en esos barrios.

El hecho de pagar el costo total de la obra de pavimentación por parte del dueño de la casa, era injusto. No iba a ser el único beneficiado. Toda la comunidad resultaba favorecida. Por ejemplo, tomemos en cuenta que en general esta gente no tiene automóvil, pero sí en cambio el que lo tiene gozará de la calle pavimentada para pasar por ahí, y no le habrá costado nada. Lo justo era, como la propia gente del movimiento lo captaba y lo proponía, que el precio del pavimento se dividiera en dos partes: una sería entre toda la colectividad.

Para apoyar de una mera jurídica la lucha de los colonos, se consideró una buena opción el amparo contra leyes, teniendo en cuenta que eran inconstitucionales las leyes mencionadas arriba. Se argumentó que violaban la garantía establecida por la fracción IV del artículo 31 de la Constitución de la República, que prescribe la obligación de los mexicanos de contribuir a los gastos públicos de una manera proporcional y equitativa. En este caso las leyes no son proporcionales por el hecho de que el servicio de pavimentación no sólo beneficia al propietario de la casa, sino a todos los ciudadanos; la proporcionalidad estaría en distribuir las cargas que reporta la obra entre todos los que se benefician de ella. Además, si entendemos que la equidad es la justicia aplicada al caso concreto, nos encontramos que el cobro de pavimentación como se pretendía hacer no era equitativo. ¿Por qué un pobre va a pagar lo mismo que un rico? Tratar igual a los desiguales es inequitativo.

En esta lucha política de los colonos, se usó el amparo contra leyes como instrumento jurídico. Y esa presión jurídica abrió las posibilidades de una negociación política entre la autoridad municipal y los colonos. El pueblo tuvo oportunidad de decir su palabra. Al final no hubo acuerdo, pero el trámite de amparo frenó de hecho –no de derecho– los cobros excesivos que hacía el municipio. En enero de 1978 la nueva administración municipal empezó a negociar con los afectados y a rebajar considerablemente el precio del pavimento.

Varias cosas interesantes encontramos en este caso:

1°.- El Derecho jugó un papel eminentemente político, y el pueblo así lo entendió

2°.- El pueblo descubrió la injusticia del derecho positivo.

3°.- Resolvió con un binomio político-jurídico un problema concreto.

4°.- Al jugarse políticamente, el Derecho sirvió para fortalecer la organización popular.

En resumen: el Derecho se usó alternativamente.

1.2. Otro caso, no menos real, de uso alternativo del Derecho.

En las cinco baladas o cantares del gran escritor peruano Manuel Scorza existe, a manera de intuición, una profunda crítica al Derecho y al mismo tiempo una propuesta de su uso alternativo. Creo no equivocarme al afirmar que su épica, cuyo personaje heroico es el campesino de los Andes Centrales del Perú, permite reconstruir una crítica severa al Derecho y al mismo tiempo proporciona las bases epistemológicas para elaborar una nueva teoría del Derecho que abre espacios para usar la juridicidad de una manera alternativa.

Scorza reconstruye la historia de la lucha de los comuneros peruanos por recuperar sus tierras arrebatadas por latifundistas y compañías trasnacionales. En la quinta de las baladas *La tumba del relámpago*, Scorza narra el inicio de la lucha, junto al pueblo, del abogado Genaro Ledesma, años después dirigente del FOCEP (Frente Obrero, Campesino, Estudiantil y Popular) –la corriente de la izquierda que más votos obtuvo en las elecciones para la Constituyente de 1978–.

Lo que inicia la última etapa de esta lucha campesina narrada por Scorza en *La tumba del relámpago*, son consideraciones de tipo jurídico que hace el propio Genaro Ledesma.

Ledesma busca darle una fundamentación jurídica alternativa a la lucha por la recuperación de las tierras. Del Derecho vigente injusto y protector de los terratenientes, saca una fórmula alternativa que fundamenta, usándose en contrasentido, la propia recuperación de las tierras. Y el mismo título del capítulo en donde Scorza narra ese hecho sugiere el uso alternativo del Derecho: "Genaro Ledesma descubre que el Código Civil puede servir también para hacer justicia".

Voy a transcribir algunos párrafos de ese capítulo de 16 de *La tumba*

del relámpago, los que explican por sí mismos la cuestión del uso alternativo del Derecho:

> Hacía semanas que buscaba la fórmula legal que conviniera a la creciente desesperación de los comuneros. '¡Invente algo para ganar tiempo, doctor!' ¿Tiempo para qué? ¿Para empujar juicios atascados desde hacía decenios o para preparar la más grande recuperación de tierras que conocería la historia del Perú?... Encendió un pequeño calentador de querosone, se preparó un Nescafé fuerte. Estaba por beberlo cuando se volvió excitado hacia la mesa y hojeó afiebradamente el Código Civil: releyó los artículos 827, 828, 829, y 830. La alegría lo desbordó. ¡Había encontrado lo que buscaba! El Código Civil peruano –adaptación de los Códigos franceses, españoles, alemanes, italianos– es novedoso respecto de la posesión. Repasó el artículo 827: 'El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario'. Y el artículo 828: 'Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo 'intermedio' y el artículo 830: "El poseedor puede repelar la fuerza que se emplea contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si es desposeído'...
> El Código Civil peruano, como todos, sirve para defender los intereses de la clase dominante. En este caso para preservar los privilegios de las grandes terratenientes. Al amparo del artículo 828, los hacendados del Perú, se apoderaron de territorios de las comunidades. 'El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario'. ¿Quién podría probar, en el Perú, que un hacendado en posesión de tierras no era propietario?
> Pero esta vez los comuneros les meterían el dedo de la ley al culo. La ley, que estipula que el poseedor es dueño 'mientras no se pruebe lo contrario', ofrece una serie de instrumentos legales para amparar y, en caso necesario, recobrar la propiedad perdida. Los dos más usuales son el 'interdicto de retener' que, como su nombre lo indica, sirve para mantener la posesión, y el 'interdicto de recobrar', que permite recuperar la posesión perdida. En todos los juicios por tierras que Ledesma conocía, los abogados de las comunidades –¡los que no se vendían a la parte contraria!– planteaban el 'interdicto de recobrar'.

> Alegando que la comunidad había sido despojada, solicitaban recuperación de las tierras. Naturalmente, los jueces nunca reconocían a las comunidades el derecho a 'recobrar' sus tierras. ¡El invertiría la figura! Esta vez los comuneros se presentarían como dueños y no como despojados. Si las comunidades 'poseían' la tierra, les tocaba a los hacendados interponer el famoso 'interdicto de recobrar'. Pero para retener hay que tener, pensó Ledesma. Es decir, hay que ocupar. ¡Las comunidades ocuparían las tierras que reclamaban en vano! Los propietarios, sorprendidos, no tendrían otra salida que 'el interdicto de recobrar'. Pero para 'recobrar' se requiere un juicio. Un juicio no dura un día. La comunidad probaría que la tierra es suya desde épocas inmemoriales... En Cerro de Pasco, en todo el Perú, aventadas por la necesidad, las comunidades hacían recuperado, ocasionalmente, sus tierras. En todos los casos –Chinche era sólo el último– las 'invasiones' acababan recuperando tierra solamente en los cementerios[229]

En forma clarísima la novela de Scorza nos muestra el uso alternativo del Derecho. Como normas inscritas dentro de todo un contexto de un Derecho al servicio de la clase dominante, pueden usarse en contrasentido a favor de los dominados. El Derecho es utilizado políticamente.

1.3. Conciencia y uso alternativo del Derecho. (Un caso más).

La cuestión jurídica, cuando se trata de aplicar a las luchas de los grupos populares que buscan hacer valer sus derechos, ya sea tratando de aplicar simplemente la juridicidad del sistema vigente en el sentido dado o bien procurando hacer uso alternativo del Derecho, en casos de contradicciones directas con los poderes político y económico, sólo es plenamente eficaz si ese grupo tiene la conciencia suficientemente desarrollada para: 1° distinguir al enemigo y reconocerlo en el opresor concreto contra el cual hace valer sus derechos; 2° valorar en toda plenitud su propia lucha; y 3° ser lo suficientemente solidario para sostener esa lucha.

A principios del mes de octubre de 1975, a solicitud de un grupo de

[229] Manuel Scorza. *La tumba del relámpago*. Ed. Siglo XXI. México, 1979. págs. 83 y 84.

trece ejidatarios integrantes de la sociedad "La Laguna", del Ejido Valladolid, ubicado en el municipio de Jesús María, en el estado de Aguascalientes, México, se inició la construcción de un balneario sobre las parcelas ejidales dadas en explotación a los miembros de dicha sociedad, alcanzando una extensión aproximada de trece hectáreas.

Para la construcción del balneario, el Ejido de Valladolid había acordado solicitar al hoy liquidado Fondo Nacional de Fomento Ejidal (FONAFE), organismo público descentralizado, un crédito hasta por la cantidad de un millón de pesos.

Entonces el FONAFE, a través del delegado de dicho organismo en el Estado, inició las obras de construcción del balneario sin que los miembros de la sociedad "La Laguna" ni el Ejido participaran en las decisiones respecto de la propia construcción del balneario y que por supuesto afectaba el destino de sus tierras.

Así las cosas, la inversión en la construcción del balneario pronto contravino la intención original del Ejido respecto a la magnitud de las obras y la propia autorización en cuanto a la cantidad solicitada como crédito originalmente. De los planes originales de los campesinos, en cuanto que se construyera una alberca, vestidores y alguna cancha de juego, nada se respetó. Se construyó una obra auténticamente millonaria: una gran alberca y chapoteaderos; canchas de básquetbol, de frontón y squash, un lago artificial; pistas para pequeños carros de carreras; un restaurante en lo alto de una inmensa torre con la intención de hacerlo giratorio; vestidores y baños con acabados de lujo; una pista inmensa para baile; etc.

Y es que, el clima, el precioso paisaje, las aguas termales y la ubicación del balneario, despertaron la codicia de los particulares. El delegado del FONAFE amplió primero, por su propia cuenta, la inversión autorizada por el organismo que representaba, sin el consentimiento de los ejidatarios. Después, el propio delegado, en lo personal, continuó invirtiendo a nombre de la "iniciativa privada", también sin autorización alguna y, por supuesto, sin ninguna base legal. Más tarde, una vez que se hubo liquidado el FONAFE, el ahora ex-delegado y el gobierno del estado de Aguascalientes, compraron al liquidador los derechos que el Fondo Nacional de Fomento Ejidal tenía en la construcción del balneario; esta operación, a mi manera de entender, también ilegal.

Todas estas intervenciones se hicieron con la idea clara de los que

las realizaron de quedarse con el balneario y despojar, encubiertamente, a los campesinos de su tierra y de su agua. Todo esto con apoyo del gobierno del estado de Aguascalientes.

En México, además de existir el régimen de propiedad privada de la tierra con ciertos límites en cuanto a extensión, existe lo que se llama régimen ejidal.

Hasta antes de la Reforma Constitucional al artículo 27 y la promulgación de la *Ley Agraria* de 1992, las tierras llamadas ejidales eran propiedad de la Nación, las cuales eran otorgadas en posesión, uso y usufructo a núcleos de población campesina para su aprovechamiento y explotación. Esas tierras no podían ser enajenadas, ni gravadas, y el titular de las mismas era todo el núcleo de población ejidal, el cual las repartía entre sus miembros para su explotación individual o podía organizar explotación colectiva.

Según el régimen ejidal las inversiones privadas y los derechos adquiridos por particulares en estas tierras eran totalmente ilegales, pues iban contra el propio espíritu de la institución jurídica de los ejidos.

En esta difícil situación ilegal por parte de la "iniciativa privada", se buscó como solución que el propio gobierno del Estado, en el cual se apoyaban, solicitara a los campesinos su anuencia para que esa tierras fueran expropiadas y así la Secretaría de Turismo (ministerio federal) apoyara la creación de una sociedad entre particulares, gobierno del Estado y ejidatarios, en la que los dos primeros tendrían el monto de su parte social con la inversión realizada y los ejidatarios con aquella cantidad de dinero que les dieran por concepto de indemnización con motivo de la expropiación. Por supuesto esa sociedad sólo beneficiaría, verdaderamente, a la "iniciativa privada".

Se realizó una asamblea, no convocada legalmente, en la que participaron la mayoría de los ejidatarios, y en la cual, manejados con demagogia y engaños, el propio gobernador del Estado y un funcionario de la Secretaría de Turismo los convencieron de la conveniencia de la expropiación como "única solución" a la cuestión del balneario. Y la inmensa mayoría firmó su conformidad con la misma, el 24 de abril de 1979.

Los campesinos tenían meses de lucha solicitando se aclarara la situación del controvertido balneario y para que se les rindieran cuentas. Sobre todo estaban interesados aquellos titulares de las parcelas sobre las cuales está la construcción, pues tenían cuatro años sin aprovechar esas excelentes tierras

de riego y sin recibir ningún beneficio del balneario.

Para los ejidatarios el principal enemigo era el ex-delegado del FONAFE el cual, durante toda la obra de la construcción, había convertido el balneario en su feudo. Pero no distinguían en el gobernador a su enemigo. Tenían la creencia ciega de que el gobierno los ayudaría y que era incapaz de engañarlos.

Sin embargo, algunos hechos ocurridos el mismo 24 de abril durante la asamblea, les empezaron a abrir los ojos. En la asamblea, ante la presencia y complacencia de los funcionarios presentes, fue sacado violentamente, por un guardaespaldas del gobernador, del recinto en donde se verificaba, uno de los compañeros abogados que estaba presente porque los miembros de la sociedad "La Laguna" nos habían solicitado la asesoría jurídica; además, fueron pinchados dos neumáticos de una camioneta de los reporteros del diario *Momento*.

Esos acontecimientos y otras circunstancias sirvieron para que los campesinos abrieran los ojos y distinguieran al enemigo. El primer paso de la concientización se empezaba a generar. Abrieron los ojos y descubrieron el engaño y la demagogia del gobierno. Se dieron cuenta que el gobierno del Estado no era su protector sino su enemigo. Y entonces se retractaron de su acuerdo del 24 de abril.

A partir de entonces empezaron una lucha, tanto los miembros de la sociedad "La Laguna" como todo el resto del Ejido, para evitar la expropiación y lograr quedarse con el balneario, el cual empezaron a sentir como suyo. "Primero expropiaron a los ricos para darnos tierras, y ahora nos quieren expropiar para regresarles la tierra a los ricos", decían.

Acordaron posesionarse materialmente del balneario, impidiendo la entrada de cualquiera ajeno al Ejido, turnándose entre los ejidatarios la custodia del mismo.

Para la acción de posesión del balneario sirvió un juicio de ampara, haciendo de él un uso alternativo. Se solicitó del Juez de Distrito, autoridad judicial federal competente, amparo en contra de actos del Gobernador del Estado, del Procurador de Justicia y del Director de la Policía Judicial, el primero como autoridad ordenadora y los segundos como ejecutoras. El acto reclamado era la orden consistente en privar al Ejido de la posesión originaria de las parcelas sobre las cuales se encuentran construidas las instalaciones del "Balneario Valladolid", orden que se consideraba totalmente ilegal, y atentatoria de las garantías individuales. El reclamo del amparo se fundó en que uno de los ing-

enieros que dirigía la obra les manifestó a los campesinos que por órdenes del gobernador sería desposeídos de esa parcelas, y que, en adelante, las ocuparían sólo gente mandada por el propio gobierno.

El Juez de Distrito concedió la "suspensión provisional" del acto reclamado, es decir, que ordenó al gobernador "mantener las cosas en el estado que guardan". Lo que equivalía a seguir con la posesión del balneario por parte de los campesinos.

El proceso de amparo se prolongó. Lo que mantuvo seguros, jurídicamente, a los campesinos con su posesión.

Este hecho de la posesión material del balneario llevó a los ejidatarios a la conclusión de que era conveniente echarlo a andar. Y el balneario se puso en marcha el 15 de septiembre de 1979, y tuvo un gran éxito turístico. Los campesinos asesorados por algunos estudiantes, maestros y profesionistas, administraron por un tiempo ellos solos el complejo turístico.

Sin embargo, la conciencia no era plena, la codicia entre los campesinos se despertó. No se habían desligado de su ideología individualista y competitiva. Los ejidatarios no supieron valorar su lucha solidaria y la importancia de la solidaridad para mantener sus conquistas.

El Derecho se había usado alternativamente. Un proceso de amparo para evitar el despojo había logrado respaldar la recuperación de hecho de la posesión, la cual prácticamente habían perdido; y además fundó también el aprovechamiento económico del balneario.

Sin embargo, esta lucha jurídico-política, no se aprovechó plenamente por la falta de conciencia de solidaridad entre los protagonistas. Como dice con tanta verdad Freire: "En su alienación, los oprimidos quieren a toda costa parecerse al opresor, imitarlo, seguirlo".[230]

Sin conciencia del uso alternativo del Derecho, como toda acción política que procure un verdadero cambio social cualitativo, será totalmente ineficaz. Será un reformismo en el mejor de los casos; y en el peor, una reproducción de un aparato de opresión.

[230] Freire. *Op. Cit.* p. 66.

1.4. Huayacocotla: un caso de distintas facetas de uso alternativo del Derecho.

1.4.1. Huayacocotla.

La cabecera municipal de Huayacocotla se encuentra en la sierra norte del Estado de Veracruz, siendo parte de la región conocida como huasteca veracruzana. Esa región serrana está compuesta por ocho municipios: Huayacocotla, Tlachichilco, Zacualpán, Zontecomatlán, Texcatepec, Benito Juárez, Iuxhuatlán de Madero y parte de Chicontepec, y es habitada por varios grupos étnicos como nahuas, otomíes y tepehuas.

Se trata de una de las regiones más pobres de México. La mayor parte de sus habitantes viven de la agricultura a nivel de subsistencia (75%). La población se encuentra muy dispersa por las características mismas del terreno, que, además, hace muy difícil la comunicación, pues a la mayoría de las comunidades sólo es posible llegar a pie o a caballo, y hay lugares a los que desde Huayacocotla se hace más de doce horas.

La producción es baja, por tratarse de una agricultura trabajada con técnica rudimentaria y con un mínimo de insumos (semillas, herramientas, fertilizantes, etc.)

La comercialización de sus materias primas es hecha en condiciones desventajosas, frente a grupos económicos poderosos. Esto sucede, sobre todo, con la madera y el caolín.

El desempleo es crónico entre los campesinos sin tierras y los hijos de ejidatarios.

Según un estudio que data de unos años atrás, realizado por la Secretaría de Programación y Presupuesto, se cuenta en la zona norte de la región con 710 000 hectáreas de dotaciones y restituciones ejidales y comunales cuyos beneficiados son unos sesenta y cinco mil campesinos. Sin embargo, en el otro extremo, unos veinte mil propietarios disfrutan de un millón doscientas mil hectáreas, dejando un saldo de doscientos mil campesinos sin tierra.

"Esta concentración de la tierra en manos de unos cuantos mestizos tiene tres raíces: la herencia familiar de los terratenientes de principios de siglo; la herencia política-militar de los encargados de la ejecución del reparto agrario y el acaparamiento de tierras por parte de unos campesinos más acomodados

o 'vivos' a costa de los bienes de las comunidades o de las parcelas ejidales de otros campesinos"[231] –nos dicen Concepción Hernández, Rosario Huerta y Luisa Paré–.

Se trata de una región dominada por el poder de los caciques. El acaparamiento de tierras en pocas manos, a costa de las comunidades indígenas y de los campesinos pobres, el despojo que estos mismos son objeto de sus escasas cabezas de ganado, son por obra y gracia de los caciques. Los caciques son hombres armados y con pistoleros a sueldo, que someten la región a sus intereses y caprichos, sin más ley que el poder que les da su riqueza acumulada y las balas que reparten indiscriminadamente entre todos aquellos que osan oponérseles.

Jueces, agentes del ministerio público, autoridades agrarias y, en general, todo funcionario con algún cargo en la región, se someten a los dictados de los caciques. Los campesinos pobres quedan así sin ningún respaldo.

Los caciques y ganaderos usufructúan tierras que han obtenido por medio de compras ilegales de tierras ejidales y comunales. Esto en complicidad con la Secretaría de la Reforma Agraria, que incluso les ha otorgado certificados de inafectabilidad, para darle un ropaje de legalidad a esas adquisiciones; "la promotoría –(la de la SRA)– de Huayacocotla se dedica a hacer planos para propietarios y a alentar a éstos últimos contra los campesinos."[232]

Sabedores de la complicidad de las autoridades agrarias con los caciques, los campesinos pobres y los indígenas, han tratado de hacer llegar sus reclamos a instancias superiores, como son las autoridades a nivel estatal o del ámbito federal. La Promotoría Agraria, enterada de esto se los hace saber a los caciques, los cuales recurren al asesinato de los líderes.

La situación de la tenencia de la tierra, pues, está caracterizada por el despojo y el acaparamiento por parte de los caciques de parcelas y tierras comunales, en muchas ocasiones con ropaje legaloide por la complicidad de la Secretaría de la Reforma Agraria; y los que se oponen a la conculcación de sus derechos son amenazados o, simple y sencillamente, asesinados.

[231] Concepción Hernández; Rosario Huerta, y Luisa Paré. "Tenencia de la tierra y derechos humanos", *México Indígena*. Revista del Instituto Nacional Indigenista No. 27. Año V, México, marzo-abril de 1989. p. 43.

[232] *Idem Supra*. p. 44.

1.4.2. La lucha por los Derechos Humanos.

Esta situación de violación sistemática, estructural, de los derechos humanos, en especial del derecho –fundamental– a la propia vida y al derecho a la vida digna, ha provocado una reacción en defensa de la dignidad humana en su más amplia acepción. Ha surgido la conciencia y la consecuente organización de diversos grupos campesinos pobres por la defensa de sus derechos.

A ese despertar de la conciencia y a esos intentos de organización popular, no han sido ajenos diversos grupos de promotores: gente del Instituto Indigenista y los jesuitas, calificados por el delegado de la SRA en Veracruz como "grupos radicales".

La labor de los jesuitas forma parte del proyecto de promoción humana de Fomento Cultural y Educativo, A.C. Esta institución nació cuando, en 1970, el grupo educativo del Instituto Patria, A.C. –colegio tradicional de la Compañía de Jesús en la ciudad de México–, decidió cerrar sus puertas con el objeto de crear una nueva organización, que tuviera como objetivo la educación de los sectores pobres suburbanos indígenas.

En 1975 Fomento Cultural y Educativo (FCE) se hizo cargo de una Radio Escuela que había echado a andar Servicios Educativos Radiofónicos de México (SER de México), que tenía como actividad básica la educación para adultos. FCE cambió su objetivo, haciendo de "Radio Huaya" una emisora cultural no formal, abierta a todo público. Se plantearon los siguientes objetivos para la radio:

> "– Dar a conocer la zona, sus valores y problemática.
> –Capacitar para el trabajo a grupos organizados.
> –Fomentar el intercambio, solidaridad y servicio entre los grupos de las diferentes comunidades y rancherías."[233]

En "Radio Huaya" participan los padres jesuitas de la comunidad de Huayacocotla, que están integrados a este proyecto educativo de FCE, en el cual participan también algunos laicos.

A esta labor educativa propiciada por la radio, hay que añadir las activi-

[233] Cfr. Antonio Oseguera. "Una experiencia de comunicación educativa para el desarrollo rural" en *Comunicación y Cultura 8*, México, julio de 1982. p. 35.

dades propias de evangelización que los miembros de la orden de San Ignacio llevan a cabo en la región. Labor de evangelización que integra la denuncia de la injusticia –que es tan seria en ese lugar– y el aspecto de la promoción humana integral. Por eso resulta tan incómoda su labor para los grupos caciquiles regionales; y por eso son objeto de varios ataques, amenazas y calumnias, que incluso han obligado a sus superiores a salir en su defensa.[234]

Pero los jesuitas no son los únicos cristianos empeñados en la defensa de la vida en la región– Pedro Aranda Díaz, obispo de Tulancingo, y los párrocos de Pahuatlán, Honey, Tlacuilotepec, Naupan, Huehuetla, Agua Blanca, Huayacocotla, Zacualpan, Tutotepec, Tenango de Doria, San Bartolo Tutotepec y Metepec, pertenecientes todos ellos a la Vicaría Pastoral de la Sierra de Puebla, Hidalgo y Veracruz, a fines de septiembre de 1984 sacaron un comunicado denunciando la situación de "terror y sufrimiento" que prevalece entre los campesinos de esa región, en su mayoría de origen otomí, causada por el despojo de sus tierras y de sus animales y el asesinato impune de muchos de ellos, todo esto por la acción despiadada de los caciques. El documento tiene la valentía de no quedarse en la descripción de cuestiones generales, sino que describe hechos bien concretos y señala a los caciques por sus nombres y apellidos. En el comunicado se expresa que "el número de asesinatos es alarmante y no pocas veces los homicidios quedan impunes y aun se ven protegidos", provocando el éxodo de las familias. Dicen textualmente: "Tenemos ya la realidad dolorosa de varios grupos de *refugiados* precariamente asentados y carentes de toda ayuda. Algunos permanecen en sus hogares, amenazados y llenos de incertidumbre, por no tener siquiera medios económicos para salir."[235]

El propio obispo de Tulancingo, el párroco de Huayacocotla y su equipo de trabajo, así como la comunidad jesuita, sacaron otro comunicado el 23 de diciembre de 1986, en términos similares al anterior y, además, con varios aportes de esperanza. Más adelante citaremos algún texto de este importante documento.

No sólo el equipo de "Radio Huaya", la comunidad jesuita, el obispo y algunos de sus párrocos, están empeñados, en calidad de promotores, en

[234] Comunicación dirigida al gobernador de Veracruz, firmada por el Provincial y el Viceprovincial de la Compañía de Jesús, en *Excélsior*, 4 de junio de 1987. p. 14.

[235] Cfr. Miguel Concha. "Obispos y Párrocos", en *La Jornada* de México, 6 de octubre de 1984.

que impere la justicia. Existe gente del Instituto Nacional Indigenista que, de manera honesta y valiente, apoya a los campesinos pobres.

Este equipo de trabajo es respaldado, en el aspecto de la asesoría jurídica y el litigio, por las abogadas Concepción Hernández y Rosario Huerta. Con valentía, con trabajo tesonero, con imaginación, ha hecho una muy valiosa labor entre los campesinos pobres de Huayacocotla: han defendido sus derechos, haciendo uso alternativo de las leyes, buscando todo aquello que es aprovechable en la normatividad jurídica.

1.4.3. La lucha jurídica.

La lucha de los campesinos pobres de Huayacocotla, por la defensa de sus derechos, se inició hace ya tiempo. Antes, incluso, de que llegaran a esa zona Conchita y Rosario. Esa lucha se comenzó cuando empezaron a tomar conciencia y vieron que era posible la organización. El caminar no ha sido fácil, pero se ha avanzado; hay logros muy importantes.

La lucha jurídica en Huayacocotla ha tomado, en mi concepto, tres formas distintas que se interrelacionan, a saber: como *uso alternativo del Derecho objetivo*, como *Derecho que nace del pueblo* y como *justicia reclamada*.

A) El uso alternativo del Derecho.

Uno de los problemas jurídicos, dicho de otro modo, una de las necesidades más sentidas en la región, es o era el de encontrar formas jurídicas adecuadas para sus diversas agrupaciones o asociaciones, que fueran las más convenientes de acuerdo a su objetivo.

Después de un largo trabajo de concientización y organización, se da como fruto maduro una unión de ejidos con el objeto de explotar y procesar la madera. Había entonces que buscar la forma jurídica más adecuada a sus pretensiones, que los hiciera sujetos de crédito y que no dependieran directamente de la Secretaría de la Reforma Agraria, siempre entorpecedora de los trámites de los ejidos y coludida con los caciques.

Se optó por crear una Unidad de Producción de acuerdo a las disposiciones normativas de la Ley de Fomento Agropecuario. Con esto de logró el objetivo de darle una forma jurídica a la unión de ejidos, que, además, tuviera

capacidad en Derecho para realizar los actos y contratos necesarios para alcanzar sus propósitos; y sin afectar su régimen jurídico de ejidos en lo particular, como unidad de producción pasaban a depender, no ya de la SRA, sino de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos. Así nació la "Unión de Productores Forestales Adalberto Tejeda", que tan buenos resultados ha dado, siendo "un ejemplo para todo el país del manejo integral y racional de los bosques."[236]

En la fundación de esta unidad de producción, hay, claramente, uso alternativo del Derecho. En primer lugar existe la búsqueda de la normatividad utilizable. Pues como nos dice Luiz Edson Fachin es cuestión fundamental para el uso alternativo del Derecho, un trabajo de *búsqueda* jurídica en el ordenamiento legal en vigor; y para decir *búsqueda* usa el término brasileño *garimpagem*; y de *garimpeiro*, que significa buscador de metales y piedras preciosas.[237]

En segundo término, se trata de un uso alternativo del Derecho en el sentido más exacto de la expresión, pues se hizo uso de una ley, como es la del Fomento Agropecuario, tan cuestionada por abrir de lleno la posibilidad de la inversión de capital privado en los ejidos y comunidades, constituyendo el peligro de que de hecho los ejidatarios y comuneros se conviertan en asalariados en sus propias tierras. En una ley así, tan criticada por expertos que analizan la situación agraria desde los campesinos pobres, es donde, gracias a las contradicciones aprovechables del sistema legal, se encuentra la forma jurídica más beneficiosa para la unión de ejidos madereros de Huayacocotla. Dice otro autor brasileño, Roberto Lyra Filho: "en la hipocresía de hacer lo contrario de lo que dicen (esto es, decir que van a realizar la justicia, en las normas, en cuanto resguardan sus privilegios) los dominantes se contradicen, dejando agujeros, por donde los juristas de vanguardia pueden enfilar la palanca del progreso."[238]

La "Unión de Productores Forestales Adalberto Tejeda", es una unidad de producción que integra sólo ejidos, sin participación de pequeños propietarios ni capital privado.

[236] Hernández, Huerta y Paré. *Op. Cit.* p. 46.

[237] Cfr. Fachin. *Op. Cit.* págs. 21 y 22.

[238] Citado por Neviton de Oliveira Batista Guedes en "Hermenéutica : fontes, interpretação do direito. O "Uso alternativo do direito", *O Direito Achado na Rua*. Curso de Extensão Universitária á Distancia 1. Universidade de Brasilia.

B) Derecho que nace del pueblo.

Además del uso alternativo del Derecho, en Huayacocotla, los campesinos organizados, han adoptado también como modalidad frente a lo jurídico, lo que hemos llamado "el Derecho que nace del pueblo". No sólo hacen uso del Derecho objetivo que establece el Estado para defensa de sus derechos y para organizarse, sino que también crean sus propias normas, elaboran su Derecho objetivo. Esto constituye una reapropiación del poder normativo; significa quitarle al Estado el monopolio de la creación del Derecho.

La unidad de producción a la que nos hemos referido, nos ofrece también el ejemplo más claro de ello. De manera democrática y participativa han elaborado sus estatutos, han fijado las relaciones entre los miembros que la componen, y han establecido todo lo concerniente a la relación con los que prestan sus servicios en la empresa maderera, buscando condiciones más justas, basadas en la solidaridad, que obviamente superan a las condiciones laborales que establece la Ley Federal del Trabajo.

La importancia de la generación de normatividad en el seno de las comunidades y organizaciones populares, es que, habitualmente –y es el caso de Huayacocotla–, presenta alternativas a la lógica del Derecho dominante, porque la desmitifica y prefigura un nuevo tipo de relaciones sociales.

C) La Justicia Reclamada.

El 13 de diciembre de 1986, Luis Mendoza Rivera, cacique de Amaxac, dio muerte a Alberto Mendoza Barrón, a su esposa Leonor Leyva Espinoza y a la hija de ambos, Valentina, de sólo cuatro años de edad. Esa fue sólo la última fechoría de Luis Mendoza y su gente, antes de que el cacique fuera detenido. Los días anteriores habían estado marcados por otros asesinatos, incendios, despojos y robos, llevados a cabo por los pistoleros de Mendoza, en la propia comunidad de Amaxac, municipio de Texcatepec, perteneciente a la parroquia de Huayacocotla.

Las familias de los campesinos –de origen otomí–, afectados por los asesinatos, el despojo y el robo, se unieron decididas a reclamar justicia. Con el apoyo de las diversas comunidades cristianas de Tzicatlán, Pericón, Tierra Colorada, Amaxac, Ayotuxtla y Texcatepec, vencieron su miedo, y en búsqueda

de una solución no violenta y conforme a ley, decidieron hacer su reclamo directamente ante el entonces gobernador del Estado de Veracruz, Fernando Gutiérrez Barrios. El grupo de campesinos fue apoyado por el Comité de Solidaridad con Grupos Étnicos Marginados, A.C. y la Comisión de Derechos Humanos de Veracruz.

Esta justicia reclamada por aquellos que sistemáticamente padecen la injusticia, rindió frutos. El 21 de diciembre de 1986, el "gran" cacique de la Sierra Madre Oriental, fue detenido, en un operativo en el que participaron más de cuarenta y dos policías judiciales. Más de treinta y tres asesinatos, despojo de tierra a más de cien campesinos, robo de más de doscientas cabezas de ganado, son algunos de los cargos que se le hacen a Luis Mendoza Rivera y su gente.

Durante la instrucción del proceso penal seguido al cacique, los campesinos otomíes han seguido unidos y persistentes en su reclamo de justicia: han aportado testimonios de cargo en contra de Luis Mendoza y han iniciado un reclamo agrario de la tierra en posesión del cacique y su familia.

En efecto, los días 22 y 23 de septiembre de 1988, quince testigos de cargo y agraviados dieron sus testimonios ante el Juzgado en donde se instruye el proceso a Mendoza. Las declaraciones de los agraviados son impresionantes; constituyen un enorme rosario de injurias y atropellos, de muerte.[239] El expediente penal se ha convertido en un documento que sintetiza a la *justicia reclamada*, que en el caso concreto "se trata de una cuestión de vida o muerte de los pobres".[240]

Por otro lado, en diciembre de 1987, la comunidad de Amaxac inició el expediente de ampliación y señalaron con ese objeto las tierras acaparadas por los Mendoza: "en estos momentos se tiene un censo actualizado y se está finiquitando el trámite de privación de los derechos a la familia Mendoza. Por fin, parece existir cierta voluntad política de acabar con el caciquismo."[241] Ojalá, así sea; pues la seguridad en la tenencia de la tierra por parte de los campesinos pobres, requiere acabar con los caciques.

El reclamo de justicia ha unido y organizado a los pueblos de Huayaco-

[239] Cfr. Hernández, Huerta y Paré. *Op. Cit.* p. 46.

[240] *Comunicado a la Comunidad Parroquial de Huayacocotla y Texcatepec, Veracruz*, suscrito por el obispo de Tulancingo, Pedro Aranda Díaz, el párroco Hilario Ponce López y la Comunidad de jesuitas de Huayacocotla, 23 de diciembre de 1986.

[241] Hernández, Huerta y Paré. *Op. Cit.* p. 46.

cotla. Dice David Velasco "descubrimos una dimensión diversa de la capacidad organizativa del pueblo: en la sierra, los más pobres, los que considerábamos que no tenían capacidad, se están organizando alrededor de una demanda muy simple: en defensa de la vida y contra el despojo de la tierra."[242]

La justicia reclamada en Huayacocotla, se sintetiza en los esfuerzos de los campesinos pobres por el respeto a dos derechos humanos fundamentales –en el sentido de que fundan, que sirven de base a los demás–: el derecho a la vida y el derecho a la tierra (que se traduce en el derecho a los medios para una vida digna).

1.5. Un caso de uso alternativo de los derechos subjetivos: un centro de derechos humanos con base popular.

La labor de asesoría y educación jurídica popular llevada a cabo por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, (CEJYS o CENEJUS) con Comunidades Eclesiales de Base del Estado de Guanajuato, dio lugar a al formación de una "Comisión Jurídica" que, en el seno de las propias comunidades, ha ayudado a popularizar el Derecho, entendido éste, ante todo, como derechos humanos, y tratando que éstos puedan ser respetados haciendo valer las leyes.

Actualmente las necesidades de las Comunidades y su propio impulso, han hecho evolucionar el proceso jurídico o juridización de sus problemas hasta plantearse la conveniencia y utilidad de formar una Comisión de Derechos Humanos, la cual se encuentra en vías de constituirse.

A continuación diré algunas palabras acerca del proceso de juridización de esas comunidades, en cuanto al modo que han ido entendiendo el Derecho y el uso que le han dado.

1.5.1. Con el Derecho topamos.

Debido al gran impulso que desde hace más de veinte años el P. Rogelio Segundo ha dado al fomento de Comunidades Eclesiales de Base en el centro

[242] David Velasco Yánez. *Autobiografía desde la óptica de la Opción por los Pobres*. Inédito. Presentado en un Seminario, en enero de 1988, en el Centro de Reflexión Teológica.

del País, se constituyo Acción Social Educativa de Celaya, A.C., hace algunos años, con el fin de dar apoyo integral a esos núcleos de inspiración cristiana. La labor de esta asociación civil se ha centrado en promover y apoyar la educación y organización de las comunidades más pobres y carentes de servicios de la región norte del estado de Guanajuato, lo que ha venido haciendo a través de diversas acciones y esfuerzos, de acuerdo a sus posibilidades y a las necesidades que se van presentando.

Esas comunidades, apenas en el inicio de su caminar en la búsqueda de resolver sus más apremiantes necesidades vitales, se topan, por un lado, con el complejo mundo de lo jurídico y por otro, con aquellos encargados de aplicar la normatividad positiva. En otras palabras, pronto aparece en el horizonte de comprensión de los miembros de las comunidades y en sus acciones concretas, la cuestión del Derecho. Esto va, primero, con simples trámites burocráticos que deben realizarse, hasta con problemas de enfrentamientos con autoridades que actúan arbitrariamente, llegando algunos asuntos a la competencia de los juzgados tanto civiles como penales y de Distrito en caso de materia de amparo. Y segundo, esa cuestión del Derecho, empieza a hacerse consciente como derechos humanos que se tienen y que es necesario exigir para obtener el pleno respeto y goce de los mismos.

Al juridizarse, en el sentido arriba anotado, el caminar de las comunidades, se ve la necesidad que éstas tengan conocimientos básicos de las leyes y de asesorías jurídicas para los problemas concretos. Comienzan, entonces, con solicitarnos asesoría jurídica para casos específicos y de ahí surge la idea de comenzar con cursos o reuniones de estudio de algunas materias de Derecho para promotores. Estas se celebran en cinco ocasiones, ocupando cada una tres días, en abril y noviembre de 1988, abril y noviembre de 1989 y abril de 1990. En estas sesiones de estudio se enfatizó lo relativo a los derechos humanos relacionándolos con sus necesidades concretas.

Como frutos de estas reuniones de estudio, de acuerdo a la evaluación de los propios promotores participantes, tenemos los siguientes: "luces de lo que es el Derecho", "inquietud sobre lo jurídico", "mayor interés en los problemas de la comunidad", "nuevo camino para afrontar los problemas" y la formación de una Comisión Jurídica.

La Comisión jurídica se integró con promotores miembros de las comunidades, y empezó a funcionar en junio de 1989. Se comenzó con una re-

unión mensual dedicada al estudio sistemático de diversas materias de Derecho; se inició con una Introducción al Derecho y al Estado, después se analizaron las "garantías individuales" y algunas nociones de amparo, para pasar después al estudio del Derecho y al Estado, después se analizaron las "garantías individuales" y algunas nociones de amparo, para pasar después al estudio del Derecho penal y el procedimiento en esta materia. Además, de manera simultánea al estudio teórico señalado, las sesiones se ocupaban del análisis de problemas jurídicos concretos de las comunidades a los que había que darles solución urgente con trámites administrativos y judiciales. Parte del tiempo de esa reunión mensual se dedica a la consulta de casos particulares de los miembros de las comunidades.

En lo que se refiere a la resolución administrativa y judicial de los problemas concretos de los grupos, los miembros de la Comisión Jurídica juegan un papel muy importante en su tramitación, asesorados en esto, por los abogados del CEJYS.

En una evaluación hecha por los miembros de la Comisión Jurídica junto con otros promotores, a fines de octubre de 1991, se refirieron a los frutos que la propia Comisión había dado. Dijeron, entre otras cosas, lo siguiente: "Es ya más fácil redactar algún escrito, pues se fundamenta con la ley"; "tenemos más seguridad en el exigir"; "ya no hay tanto miedo ante las autoridades"; "el trabajo de la C.J. ha ayudado a debilitar a los caciques"; "las autoridades de las comunidades ya no hacen lo que quieren"; "la C.J. complementa el trabajo de pastoral"; "la C.J. nos ha dado la seguridad de que juntos podemos resolver un problema". También se hizo mención, en la evaluación, de los litigios planteados, de algunas defensas asumidas y del conflicto que motivó que campesinos y colonos se organizaran en San Luis de la Paz y culminaran en plantón exigiendo justicia para sus compañeros ante las autoridades.

Este trabajo de la C.J., difundiendo el conocimiento de los derechos humanos, haciendo conciencia de la existencia de los mismos y la importancia de hacerlos valer, y asumiendo su defensa en la medida de sus posibilidades, dio origen a la idea de crear un centro de derechos humanos invitando a colaborar en el mismo a personas con cierta presencia social y que en su área de trabajo estuvieran dando "aportes para la construcción de una sociedad más justa"; se dice en la convocatoria.

1.5.2. Un centro de derechos humanos distinto.

Este centro de defensa y promoción de los derechos humanos, que se ha propuesto tenga como centro de operaciones la ciudad de Dolores Hidalgo, Guanajuato, tiene características singulares.

Se trata de un centro de derechos humanos que tiene su origen en una amplia red de comunidades campesinas y suburbanas que constituyen su base y que lo impulsan. No es como el resto de los centros de derechos humanos no gubernamentales, formados algunos de ellos por un grupo de gente notable y de buena voluntad que ofrecen su servicio al resto de la sociedad, y formados otros por la iniciativa e impulso del titular u ordinario de alguna diócesis o por alguna congregación religiosa.

Llama la atención, además el hecho de que tienen como documento base un diagnóstico sobre la situación que viven las comunidades, elaborando desde el punto de vista de los derechos humanos, y que en ese diagnóstico, sin dejarlo de lado, no se da prioridad a cuestiones como el abuso policial, que es el caballito de batalla de estos organismos, sino que resalta necesidades sentidas de las comunidades como una ausencia de la actualización de derechos humanos vitales. El listado de derechos que se analizan en cuanto a si son efectivos o no, son los siguientes: a la salud, a la educación, a la alimentación, servicios, seguridad pública, vivienda, aprovechamiento de los frutos de la tierra, fuentes de trabajo, descanso y recreación y comunicación. Se trata de un diagnóstico a partir de derechos sociales diríamos, y que se sintetizan en el *derecho a una vida digna*.

Se trata de un centro de derechos humanos producto de un movimiento social de *pobres* en cuanto sujetos usuarios de la juridicidad alternativa, los que, como dice José Eduardo Faria, "a partir de valores comunitarios de fuerte connotación ideológica y un cierto contenido utópico, descubriendo la importancia de un uso 'alternativo' del derecho vigente y valorizando estrategias inéditas de articulación, movilización y socialización de los grupos y clases subalternas en los espacios colectivos de la vida cotidiana",[243] asumen conductas que reflejan una alteridad respecto de aquellos patrones que les son impuestos por el Estado y los grupos dominantes.

[243] Citado por Pressburger. "Direitos Humanos e assessorias jurídicas". *Op. Cit.* p. 49.

2. Cuestiones conexas con el uso alternativo del Derecho.

Pasaremos ahora a analizar algunas cuestiones relacionadas íntimamente con el uso alternativo del Derecho.

2.1. La Chicana.

Una muy vieja cuestión derivada de la práctica de la abogacía es lo relativo a la chicana, que no es otra cosa que una triquiñuela, un enredo, un embuste, dentro de los procedimientos judiciales con el fin de dilatar, complicar y confundir la administración de justicia.

En el concepto público la chicana es la cosa más condenable por los abogados. Por otro lado, varias disposiciones legales, en todo el mundo, prescriben sanciones a los abogados chicaneros y condenan la práctica de la chicana.

Sin embargo de los juristas más inteligentes y de ética profesional lejos de toda sospecha de iniquidad, apartándose de un purismo moralista sin crítica y de un legalismo totalizante, admiten el uso de la chicana como algo recomendable y éticamente bueno para los casos en que de no usarse exista el peligro de que se cometan injusticias. Entre estos juristas se encuentra el famoso Ángel Ossorio[244], y seguramente el uruguayo Eduardo J. Couture se adheriría a esta opinión pues entre sus famosos mandamientos para el abogado está aquel en el cual se establece que en contraposición al Derecho con la justicia es necesario optar por la segunda.[245]

Ahora bien, si descubrimos de una manera más crítica esa oposición entre Derecho y justicia, con un instrumental que nos permite conocer la estructuración injusta de la sociedad, y asumimos con una ética histórica la práctica jurídica dentro de ese marco, debemos concluir que es necesario hacer uso de la chicana para defender a los pobres del poderío de los ricos. Ya no es el caso concreto de injusticia al cual se refiero Osorio, sino la defensa de una clase

[244] Cfr. Ángel Osorio. *El Alma de la Toga*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1975.

[245] Eduardo J. Couture. "Los Mandamientos del Abogado", en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. N° 34. México, julio-septiembre de 1961. (Es el Cuarto Mandamiento).

social a la que le han sido negados sus derechos elementales por la juridicidad vigente solapadora de una injusticia estructural.

La chicana a favor de las clases dominadas, de los *pobres*, en un medio de usar alternativamente el Derecho.

Por ejemplo: nos encontramos con un terrateniente urbano que tiene todo el "derecho" para echar a cuarenta familias de una vecindad; es muy posible que en este caso, además de la organización de la gente, el único medio que puede ser efectivo, para la defensa de los inquilinos, es hacer uso de la chicana ante los tribunales, entreteniendo o entorpeciendo la secuencia del procedimiento.

2.2. La utopía de generar la juridicidad de Utopía.

Oscar Correas señala dos grandes espacios, en América Latina, para las tareas de los abogados que tengan "espíritu democrático y la vocación de servicio a los sectores oprimidos": el ejercicio mismo de la profesión y la crítica jurídica. Dentro del primer rubro incluye: la asesoría jurídica de sindicatos y otras corporaciones (campesinos, comuneros, movimientos vecinales, de profesionales, etcétera); las defensas penales y la defensa del ciudadano frente al autoritarismo del Estado; y la participación hacia dentro del propio aparato administrativo del Estado y en tareas legislativas. Respecto del segundo aspecto, esto es la crítica jurídica, como actividad teórico-académica, sería una labor de defensa del Estado de Derecho frente a las normas autoritarias, como un control de la práctica jurídica en búsqueda de nuevas formas democráticas, esto como un primer aspecto; y el otro campo de la actividad de la crítica jurídica, sería la elaboración de una teoría crítica del Derecho.[246] Nosotros agregamos a las tareas de ese abogado comprometido con las causas populares un tercer campo, el de la educación jurídica-popular. Este constituye un espacio de enorme importancia en defensa de los derechos humanos y la búsqueda de la justicia.

Ya lo manifestamos reiteradamente, el uso del Derecho al servicio del pueblo debe ir acompañado de una cultura jurídica alternativa tanto del intelectual orgánico como del pueblo mismo.

[246] Oscar Correas. "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina", *Crítica Jurídica* Núm. 1 Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, págs. 55 y sig.

El uso del Derecho, de toda juridicidad, al servicio del pueblo debe ir acompañado de una educación jurídica al propio pueblo.

La experiencia nos ha enseñado que el pueblo latinoamericano es muy legalista. Exige sus derechos si lleva la seguridad de actuar dentro de la legalidad y con la idea de que es justo lo que se pide.

Por lo tanto, es muy importante que el pueblo conozca las leyes y tenga una conciencia crítica de las mismas. Esto se puede lograr con los grupos organizados, o bien organizando grupos con este fin, impartiéndoles clases de Derecho, de un amanera sencilla y en términos comprensibles al pueblo, y además ayudados con folletos que expliquen lo jurídico-positivo y que desideologicen la juridicidad vigente.

Además de que el pueblo conozca sus derechos y sepa hacerlos valer críticamente, es necesario que llegue prescindir de los profesionales del Derecho, generando en sus mismas organizaciones personas preparadas que ejerzan la abogacía. Los abogados que estén con el pueblo, además de asesorar jurídicamente sus luchas, debían echarse a cuestas la tarea de preparar gente del propio pueblo que ejerza la abogacía. Es necesario que el abogado deje de ser imprescindible.

En este sentido hablamos de lograr la juridicidad de *Utopía*, pues Tomás Moro explica: "No admiten que haya abogados, porque quieren que ante los Tribunales cada quien exponga su razón... Así ocurre en Utopía todos son jurisconsultos..."[247]

En nuestros países abunda, desgraciadamente, la experiencia de la injusticia, de la violación sistemática de los Derechos. Es la experiencia concreta que del Derecho tienen los pobres. Creemos, entonces, como indica el maestro Efraín González Morfín, que es un buen método pedagógico para exponer y desarrollar el Derecho, la insistencia y acentuación de los derechos subjetivos, es decir en aquellos derechos que tienen las personas y los grupos de los sectores pobres y que les son sistemáticamente negados. De tal modo que la educación jurídica popular se encamina a dar a conocer sus derechos a los pobres, para que, organizándose, luche por hacerlos valer.

En los últimos años, a todo lo largo y lo ancho de América Latina, felizmente, han proliferando las asociaciones e instituciones dedicadas a la educación jurídica-popular.

[247] Tomás Moro. *Utopía*. Ed. Zaro. Madrid, 1971. p. 57.

Manuel Jacques que tan bien dice acerca de la educación para el uso alternativo del Derecho, habla de cuatro dimensiones educativas en este sentido: "la referida a la socialización del conocimiento jurídico, a la educación para el conflicto jurídico, una tercera dirigida a la educación en el uso de estrategias de defensa de derechos fundamentales y una última dirigida a la educación para la creación de normas jurídicas."[248]

Es importante lo que escriben Durán e Iglesias, desde su experiencia salvadoreña, en relación al binomio del uso alternativo del Derecho y la educación de los derechos humanos:

> La principal finalidad de este novedoso enfoque alternativo es crear una conciencia crítica y cuestionadora que conduzca a la realización de acciones transformadoras y por consiguiente a la modificación de la realidad injusta desde una situación y temporalidad específica. Se pretende establecer una relación dialéctica entre el individuo, la comunidad y el medio social a través de la educación en el uso alternativo del Derecho, para adquirir un fuerte compromiso con los cambios.[249]

Y para cerrar este apartado relativo a la importancia de la educación jurídica-popular, no resisto la tentación de citar a Rodell:

> Todo lo que se necesita hacer para poner a los abogados en su lugar, despojándolos de su poderío, es apenas rasgar el velo de misterio superior que ahora rodea y protege a la ley. Si fuera posible hace que la gente se diera cuenta hasta donde la ponderada majestad de la ley es una farsa, y cuántos de sus famosos procedimientos no son otra cosa que prestidigitación lógica, no permitirían que los abogados siguieran llevándolos de las narices.[250]

[248] Jacques. *Op. Cit.* p. 1.

[249] Durán Martínez, Walter Eduardo e Iglesias Herrera, Ricardo Alberto. "La teoría del uso alternativo del derecho y su aplicación en la educación de los derechos humanos", en *El Otro Derecho* 4. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, noviembre de 1989. p. 141.

[250] Fred Rodell. ¡*Ay de vosotros, abogados*! Ed. Depalma. Buenos Aires, 1966. p. 38.

CAPÍTULO VI
HERMENÉUTICA ANALÓGICA, JUSTICIA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Introducción.

El 7 de Octubre de 1998 la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, resolvió las contradicciones de tesis que habían sostenido algunos tribunales colegiados, relacionadas con el cobro de intereses en cierto tipo de contrato de apertura de crédito, capitalización de intereses y otros temas afines. Su fallo fue estableciendo jurisprudencia sobre la legalidad del llamado *anatocismo*, esto es el cobro de interés sobre interés, estableciendo la legalidad de esta práctica bancaria.[251]

La resolución, se ha dicho, es legal pero injusta.

Algunos juristas han comentado que, desde el punto de vista técnico jurídico, la resolución de nuestro máximo Tribunal es inobjetable, pues está perfectamente fundada en la ley, y su interpretación es correcta.

Nosotros creemos que la resolución de la Corte pudo haber sido en sentido contrario a como se dictó, esto es declarando ilegal el *anatocismo*, e igualmente el fallo podría haber estado fundado en la propia ley y, además, en un concepto jurídico más amplio que la propia legalidad, que es la justicia misma.[252] Pero esta hubiera implicado hacer *uso alternativo del derecho.*

El *uso alternativo del derecho*, como hemos visto, emerge como una corriente teórica y práctica de la juridicidad en contra de los mitos de la cultura jurídica moderna capitalista, contestando o negando que las tareas de interpre-

[251] Cfr. Comunicado de Prensa n° 138, Suprema Corte Justicia de la Nación, Dirección de Comunicación Social, México, 7 de Octubre de 1998; *Proceso* n° 1145, México, 11 de Octubre de 1998.

[252] Un ministro de la Suprema Corte de Justicia así lo consideró y votó en contra de la teis jurisprudencial, me refiero al maestro Don Juventino Castro: Cfr. Juventino V. Castro. *La Suprema Corte de la Nación ante la ley injusta*. *Un fallo histórico respecto al llamado Anatocismo*, Ed. Porrúa, México, 1999.

tación y aplicación del derecho sean estrictamente científicas[253], sosteniendo en contrapartida, "la función política del derecho"[254]. Surge a principios de los años setenta del siglo pasado en Italia, impulsada por un grupo de jueces asociados con el colectivo denominado *Magistratura Democrática*. Siguiendo a los principales teóricos, como Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Pietro Barcellona y otros, el iusfilosofo español Saavedra, define así el *uso alternativo del derecho*: 'la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o, lo que es lo mismo, de aplicar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Para ello se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico especialmente el plano judicial– unos determinados intereses o una determinada practica social: los intereses y la práctica de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación.[255]

Como dijimos anteriormente, a fines de 1990 un grupo de jueces de Río Grande do Sul, ocuparon la primera plana de los diarios brasileños más importantes dando origen a un debate nacional sobre el modo en que los jueces deben usar la ley para administrar justicia. La discusión se originó porque este grupo de jueces "gauchos" han fundado sus sentencias en criterios de justicia y no en la ley, siendo lo anterior totalmente contrario a las teorías jurídicas más aceptadas desde hace dos siglos. Todo esto, por cierto, con rasgadura de toga de los juristas tradicionales.

Esta práctica jurídica heterodoxa de los jueces de Río Grande do Sul, comenzó a consolidarse y a constituirse como movimiento. Conocido como "Movimiento de Derecho Alternativo", en 1986 durante el Congreso de la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul. Pero antes de esta experiencia latinoamericana de *uso alternativo del derecho* desde el poder judicial, esta práctica jurídica alternativa se había dado como una necesidad práctica social de

[253] Nicolás Ma. López Calera, "Sobre el alcance teórico de uso alternativo del derecho", en *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*, del propio López Calera, Modesto Saavedra López y Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978, p.12.

[254] López Calera, *Op. cit.* p.40.

[255] Saavedra López, "Interpretación Jurídica y Uso Alternativo del Derecho", en *Sobre el Uso Alternativo del Derecho. Op. cit.* p.40.

los abogados y de los diversos promotores sociales que han puesto sus conocimientos y destrezas al servicio de grupos, con necesidades vitales sentidas, dentro del proceso popular de nuestros países. Y es que, estas necesidades de los grupos populares, se topan, de una u otra forma, con el complejo fenómeno de la juridicidad.

1. *Uso alternativo del derecho*, movimiento ligado a la hermenéutica.

Lédio Rosa de Andrade, teórico y juez alternativista brasileño, propone la locución *Derecho Alternativo* (*Direito Alternativo*) como género que admite tres especies: el "positivismo de combate"; el "uso alternativo del derecho" y el "derecho alternativo" en sentido estricto.[256] El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, a las clases populares, a los pobres, sean realmente afectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. Esta primera acepción de Derecho Alternativo, nosotros la hemos considerado como uno de los espacios del *uso alternativo del derecho*. La tercera especie, esto es el "derecho alternativo" en sentido estricto constituye el "pluralismo jurídico" del que teoriza Antonio Carlos Wolkmer[257]; y que otros hemos llamado "el derecho que nace del pueblo"[258], que consiste en aquella juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales, como los usos y costumbres de los pueblos indígenas o el derecho que se ha dado a sí mismo para organizar la tenencia de la tierra el Movimiento de los *sem terra* (MST) en Brasil; constituye lo que se ha llamado *o direito achado na rua*,[259] y también *direito insurgente*[260].

[256] Cfr. Ledio Rosa de Andrade, *O que é direito alternativo?*, Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1998, págs. 46-48.

[257] Cfr. Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*, *Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1994.

[258] Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El Derecho que nace del pueblo*, *Op. Cit*.

[259] Se trata de una locución utilizada por los juristas brasileños Roberto Lyra y José Geraldo de Sousa Júnior; ver: *O Direito Achado na Rua*, Curso de Extensão Universitária Distância 1, Universidad de Brasilia, Brasilia, 1987.

[260] Cfr. Miguel Pressburger "Direito Insurgente: o direito dos oprimidos", en *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*, *Op. Cit*.

El *uso alternativo del derecho* es la segunda especie de "derecho alternativo" según la clasificación de Rosa de Andrade, y lo relaciona directamente con la hermenéutica jurídica. Así sostiene que el uso *alternativo del derecho* "es el proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante."[261] Así hará interpretación extensiva de los textos legales que favorecen al pueblo, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas.[262] Como movimiento ligado a la hermenéutica jurídica, el *uso alternativo del derecho* tiene las certezas que anota Bourdieu relativas al "campo jurídico" y a la "fuerza del derecho":

> La interpretación opera la h*istorización de la norma,* adaptando las fuentes a las nuevas circunstancias, y descubriendo en ellas posibilidades inéditas, dejando de lado lo superado y lo caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que a veces llega hasta la determinación o el equívoco, la operación hermenéutica de la *declaratio* dispone de una inmensa libertad. No es nada extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable, flexible y poliformo, sea utilizado, en realidad, para contribuir a racionalizar *ex post* decisiones en las que él no ha tenido ninguna participación. Los juristas y los jueces disponen todos, aunque en grados muy diferentes, del poder de explotar la polisemia o la anfibología de las fórmulas jurídicas recurriendo bien a la *restrictio*, procedimiento necesario para no aplicar una ley que, entendida en sentido literal debería ser aplicada, bien a la *extensio*, procedimiento que permite aplicar una ley que, tomada al pie de la letra no debería serlo, o incluso recurriendo a todas las técnicas que como la analogía, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, etc. Tienden a obtener el máximo partido de la elasticidad de la ley, de sus contradicciones, sus equívocos o sus lagunas.[263]

Por su parte María de Lourdes de Souza, en una estupenda obra sobre

[261] Rosa de Andrade, *O que é... Op. cit.* p.47.

[262] Cfr. Rosa de Andrade, *O que é... Op. cit.* p.47.

[263] Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Ed. Descleé de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 2000, p.184.

el tema, comienza su estudio sobre el *uso alternativo del derecho*, tratando cuestiones teóricas básicas sobre lo jurídico en especial referidas a la hermenéutica y sosteniendo que esta actividad teórico-práctica del *uso alternativo del derecho* encuentra sus fundamentos en una postura hermenéutica antiformalista y en el neomarxismo como "praxis revolucionaria y/o trasformadora de las realidades jurídica, social y política."[264]

2. Hermenéutica analógica.

La llamada hermenéutica jurídica, que es la que llevamos a cabo los abogados al interpretar el Derecho, al tratar de comprender la juridicidad, tiene pleno sentido si se le liga a supuestos antropológicos, ontológicos y éticos. Esto es, si tenemos como base el conocimiento del ser del Derecho y del lugar del ser humano ante la juridicidad y si además conocemos la realidad social concreta en donde se aplica. Hemos trabajado la analogía para desentrañar el ser del Derecho y la relación de los seres humanos con la juridicidad; ahora, siguiendo con la analogía, queremos proponer una hermenéutica jurídica analógica en sus notas más elementales.

Es una hermenéutica analógica "porque centra la interpretación o comprensión más allá de la univocidad y de la equivocidad"[265]. La analogía se coloca como intermedia entre la univocidad y la equivocidad. Lo equívoco es lo que se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente diverso; lo unívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente idéntico. Y "lo análogo es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido, en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad; es idéntico según algo, según algún respecto, y diverso de modo simple…; esto es, es diverso de por sí y principalmente de modo secundario."[266]

Nos previene Beuchot de los peligros que se vienen sobre toda hermenéutica: el del relativismo y el del univocismo. En el primer supuesto todas las interpretaciones son válidas; en el segundo sólo una interpretación puede

[264] Lourdes de Souza, *Op. Cit.*, p.29.

[265] Mauricio Beuchot, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Ed. Universidad Autónoma de México, México, 2002. p.37.

[266] Beuchot, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 1997, p.27.

ser valida o verdadera. El primer extremo es el relativismo o equivocismo y el segundo es univocismo.

También puede verse de otro modo. La hermenéutica que llama Beuchot "positivista", que sostiene que sólo hay una única interpretación valedera, las otras son incorrectas; y la hermenéutica "romántica", en la que predomina la subjetividad. "En su aspecto rudimentario, el positivismo adoptó la forma cientificista del siglo XIX, en la que sólo valía la integración reduccionista científica de cualquier texto o acción o evento; siempre una sola y única interpretación."[267] La hermenéutica "romántica" es lo opuesto al positivismo; daba predominio a la subjetividad; "el romanticismo estuvo emparentado con esa subjetividad absoluta del idealismo… reaccionaba contra las ciencias formales y naturales que le presentaba el positivismo, pero no contra las ciencias sociales que nacían…"[268]

En las direcciones metodológicas de la ciencia jurídica con su propuesta interpretativa, ha dominado con clara hegemonía la hermenéutica positivista en dos vertientes: la Escuela de la Exégesis[269] y el dogmatismo o Jurisprudencia de Conceptos[270]. Este dominio de la hermenéutica positivista tuvo su reacción en una cierta hermenéutica romántica como la de algunos cultivadores del Movimiento del Derecho Libre[271] y la de los sociologismos jurídicos.

Refiriéndose a la interpretación en general, Beuchot escribe:

> Para remediar esa caída en los extremos, podemos proponer un medio analógico, que sería una hermenéutica en la que las interpretaciones no fueran todas inconmensurables, equívocas, ni todas tuvieran que ser idénticas por sólo haber una posible, unívoca, sino que fueran en parte comunicables, precisamente por tener una parte de comunidad o igualdad, pero preponderadamente diversas, por guardar en cierta

[267] *Idem Supra*. p.34.

[268] *Idem Supra*. p.35 y 36.

[269] Cfr. J. Bonnecase, *Op.Cit.*

[270] Cfr. Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *Obras Completas*, Tomo 5. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1988.

[271] Cfr. Nicolás María López Calera, *Teoría del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 141-143.

medida la particularidad del intérprete. [272]

Por lo que ve a la hermenéutica jurídica, la *epiqueya* o equidad, constituye la clave de una interpretación jurídica analógica.

3. Interpretación y *epiqueya*.

La ley, en cuanto que conjunto de normas, es una expresión de Derecho muy importante y básica para la convivencia humana. Pero no constituye la única expresión del Derecho, ya que, como hemos visto, lo jurídico está constituido por varias realidades relacionadas entre sí: la propia normatividad, ciertamente, pero también los derechos subjetivos o facultades que tienen las personas sobre lo suyo y lo justo objetivo, cosa o conducta debida a otro, como expresión concreta de la justicia. Y de la justicia vamos a hablar, más propiamente de la *equidad* que es la corrección de lo "justo legal" o ley. Sobre esto escribe Suárez, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás:

> En este sentido tomó Aristóteles la equidad cuando dijo que era la corrección de lo justo, se entiende de lo justo legal, y a la virtud de la cual procede este acto la llamó *epiqueya* de la cual trata también Santo Tomás. A ella le toca en las cosas particulares obrar contra la letra de la ley humana cuando su observancia sería contraria a la equidad natural, y entonces el juez no obra conforme al *ius* –se entiende, materialmente y tal como suena– sino conforme a lo equitativo y bueno; esto es observar el *ius* conforme a su intención, y hacer lo contrario sería violarlo…[273]

Suárez distingue entre interpretación y *epiqueya*. La primera tiene un sentido mucho más amplio que la segunda; toda *epiqueya* es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es *epiqueya*. Las leyes necesitan siempre la interpretación por su oscuridad o ambigüedad, pero no todas estas inter-

[272] Beuchot. *Tratado de Hermenéutica, Op. cit.* págas. 37 y 38.

[273] Francisco Suárez, S.I. *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Versión bilingüe de *De Legibus*. Trad. José Ramón Enguillor Muniozguren, S.I. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Lib. I, Cap. II, Nº 10, (Tomo I, pág. 13).

pretaciones constituyen *epiqueya*, "sino solamente por las cuales interpretamos que una ley falla en un caso particular por razón de su universalidad, es decir, porque la ley se dio en términos generales y en algún caso particular falla de tal manera que en él no puede observarse justamente".[274]

Gadamer, siguiendo las enseñanzas de Aristóteles, dice que un una situación concreta, el que aplica el Derecho, no será obligado a hacer concesiones respecto "a la ley en sentido estricto, pero no porque no sea posible hacer las cosas mejor, sino porque de otro modo no sería justo. Haciendo concesiones frente a la ley no elimina aspectos de la justicia, sino que por el contrario, encuentra un derecho mejor."[275] Y agrega que la hermenéutica jurídica tiene aquí su verdadero lugar:

> La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.[276]

Al aplicarse la ley debe ligarse ésta con la razón, con la razón jurídica. La razón jurídica no es sólo de la ley, sino razón del Derecho –ley ciertamente, pero también derechos subjetivos y justicia–; y prioritariamente justicia, que al aplicarse al caso concreto viene a ser *equidad* o *epiqueya*. Así que la ley precisa de aplicarse con *razón de equidad*.

Beuchot recuerda que la jurisprudencia tiene mucho que ver con la interpretación. Nos muestra como su nombre mismo de *jurisprudencia* acude a la prudencia o *frónesis* para determinar lo que es justo; y agrega que también interviene, en la jurisprudencia, la equidad o *epiqueya* para hacer ver cómo se aplica una ley a un caso concreto. "Todo esto tiene ya mucho que ver con la hermenéutica analógica, pues tanto la prudencia como la equidad son virtudes eminentemente analógicas o proporcionales, son la analogía misma puesta en práctica."[277]

[274] *Idem Supra*, Libro II, Cao. XVI, Nº 4, (Tomo I, p. 174).

[275] Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método I*. Ed. Sígueme, Salamanca, 1996. p.389.

[276] *Idem Supra*. p.390.

[277] Beuchot, *Perfiles… Op. cit.* p.97.

4. Algunas notas sobre el *garantismo.*

Algunos autores europeos, sobre todo italianos, que hace aproximadamente treinta años impulsaron el movimiento del *uso alternativo del derecho*, como Luigi Ferrajoli, hoy sostienen teóricamente otra postura con relación a lo jurídico, aunque no contraria sí distinta a la alternativa, llamada *garantismo*.

Ferrajoli habla de tres acepciones de la palabra *garantismo*, que implican tres realidades diversas pero relacionadas. Una primera acepción se refiere a un modelo normativo de derecho, en donde se establecen niveles de normas, distinguiendo entre el modelo jurídico que establece la Constitución (normas constitucionales) y el resto de las normas del sistema; distinguiendo también entre ese modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema por él regido. La segunda acepción de garantismo es una teoría jurídica que distingue entre *validez* y *efectividad* como categorías distintas entre sí, pero también distintas respecto de la existencia y vigencia de normas. Este segundo modo de entender el *garantismo*, implica una crítica de las leyes vigentes, por parte de juristas y jueces, contraponiendo validez y efectividad a vigencia; se trata de una crítica interna al Derecho, no externa, crítica jurídica entonces.[278] El tercer modo de expresarse el *garantismo* constituye una filosofía política "que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos."[279] Aquí equivale a recoger un punto de vista externo; tiene que ver con la *legitimación* o *deslegitimación* ético-política del Derecho y el Estado.

Ferrajoli propone un modelo de Estado de Derecho democrático. Sostiene que el Estado de Derecho debe tener una legitimación formal y una legitimación sustancial. El Estado de Derecho es aquel que se encuentra sometido a las leyes, que deben ser generales y abstractas. Pero existen, podríamos decir, dos versiones de Estado de Derecho: una débil, en sentido *lato*, formal, es cuando cualquier poder es conferido por la ley y se ejerce conforme a ella; y una fuerte, en sentido estricto o sustancial, se entiende que "cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus con-

[278] Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, págs.851-853.

[279] Ferrajoli, *Derecho y Razón… Op. cit.* p.853.

tenidos."[280] En el primer sentido, cualquier Estado es Estado de Derecho, en el segundo sólo los "Estados constitucionales", "que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder."[281] Es esta segunda versión de Estado de Derecho la que equivale a *garantismo*. Se trata no sólo de un estado legal, es decir regulado por la ley, sino que se caracteriza en el pleno formal por el principio de legalidad (legitimación formal) y en el plano sustancial, por el funcionamiento de todos los poderes del Estado "al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como uno de los poderes correlativos de los ciudadanos de activar la tutela judicial."[282]Se trata de una legitimación sustancial, de contenidos sustanciales.

Ferrajoli distingue, también, entre "democracia formal" y "democracia sustancial"; el *garantismo* constituye la base de la democracia sustancial. Esta democracia recoge garantías liberales y sociales y las reglas tanto del Estado de Derecho liberal, como del social. La regla del primero se expresa así: no sobre todo de puede decidir, ni por mayoría; y la regla del segundo: no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría (sobre cuestiones de supervivencia y subsistencia, por ejemplo). En el resto vale la regla democrática de la mayoría.[283]

Después Ferrajoli desarrolla la teoría del *derecho ilegítimo*. Aquí parte de distinguir entre "iuspositivismo dogmático" y "iuspositivismo crítico". Y lo que distingue a uno de otro, es precisamente su diversa posición frente a las nociones clave de *derecho vigente*, *derecho válido* y *derecho efectivo*.

> Llamo «iuspositivismo dogmático» a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad; tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes solamente las normas efectivas.[284]

[280] *Idem Supra*, p.856.
[281] *Idem Supra*.
[282] *Idem Supra*, p.857.
[283] Cfr. Ferrajoli, *Derecho y Razón… Op. cit.* p.871.
[284] Ferrajoli, *Derecho y Razón… Op. cit.* p.871.

La teoría garantista o de "positivismo crítico", parte de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad.

> "Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como de la competencia del órgano que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior."[285]

Ferrajoli dice que este planteamiento de "positivismo crítico", se ve en el modo en que se entienden el trabajo del jurista en general y de los jueces, y se "pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente."[286]

Esta cuestión tiene relación directa con la hermenéutica. La propuesta garantista es que el jurista y el juez, interpreten las leyes de acuerdo al criterio de validez y no sólo de vigencia, y adopten sus criterios de acuerdo a la validez y no sólo a la vigencia de la ley. La validez viene dada por la normatividad constitucional que recoge *valores* tales como la igualdad, la libertad y las garantías de los derechos de los ciudadanos.[287] Ferrajoli, en este sentido, enfatiza el trabajo interpretativo de los jueces, él lo fue y además juez alternativista:

> Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad, normalmente distinta del juez llamado a aplicarla, como es por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que por razones obvias de certeza y de funcionalidad asiste a cada ley vigente,

[285] *Idem Supra*, p.874.
[286] *Idem Supra*, p.872.
[287] Cfr. Ferrajoli, *Derecho y Razón… Op. cit.* p.874.

> permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica de juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.[288]

En fin, la técnica garantista, que debe expresarse en su hermenéutica jurídica, "consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos."[289]

5. *Uso alternativo del derecho* y *garantismo*.

Las teorías del *uso alternativo del derecho* y del *garantismo* tienen, como hemos dejado ver ya, los mismos progenitores, pero son sin duda dos teorías distintas. Lourdes Souza se pregunta: "¿hay un nexo de sentido que une las dos teorías? O, por el contrario ¿son teorías antitéticas e incompatibles?"[290] Para responder a esos cuestionamientos, lo primero que pone a consideración es la distinta fuente doctrinal de uno y otro proyecto; así el *uso alternativo del derecho* basa su teoría en el neomarxismo, y el *garantismo*, por su parte, en la teoría liberal del iluminismo. Esto implica diversos objetivos y estrategias, que Lourdes de Souza explica: "El uso alternativo del derecho auto-justifica su proyecto sobre la instrumentalización política del derecho; en tanto que el garantismo se auto-propone como objetivo la instrumentalización de la política por el derecho."[291]

Lourdes de Souza, a continuación, hace consideraciones sobre los motivos y las causas que determinaron el giro de las tesis alternativistas hacia el garantismo. Ese cambio de rumbo comienza a darse a partir del tercer Congreso de *Magistratura Democrática* en 1977, cuando los jueces alternativistas italianos comienzan a adoptar actitudes autocríticas con su programa jurisprudencial de uso alternativo; explícitamente hacen crítica de la exagerada politización de las decisiones judiciales. Esto implicaba unos usos instrumentales políticos del

[288] *Idem Supra*, p.873.

[289] *Idem Supra*, p.877.

[290] María de Lourdes Souza, "Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV, Madrid, 1998, p.234.

[291] *Idem Supra*.

sistema legal que atentaban contra las garantías básicas establecidas en la Constitución; esto aunado a debilidades teóricas de las tesis alternativistas.[292]

Vamos ahora a considerar los puntos paradigmáticos de coincidencia y de divergencia entre una y otra teoría y práctica del Derecho. Souza nos recuerda el principal alegato alternativista: "el derecho es ante todo una forma política que condensa la voluntad de los sectores dominantes en una sociedad"[293]; agregan los alternativistas que el ordenamiento jurídico es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas.

> De tal forma que el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas es una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria.
> La retórica hermenéutica alternativista se desarrolla sobre la base de la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales.[294]

También María de Lourdes Souza nos describe características básicas del *garantismo*. Nos recuerda que recurre al iluminismo, a la cultura liberal-burguesa, como modelo, que deriva en positivismo jurídico. Desde este fundamento trata de llevar a sus raíces los valores y principios del sistema de garantías, dándoles un sentido fuerte y fundamentos. Y, como hemos visto, para el *garantismo* la legalidad del derecho moderno tiene condiciones formales y sustanciales o de contenido; distinguiendo entre vigencia y validez. Se basa en el Estado constitucional de Derecho, resaltando la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. Este punto concreto, de resaltar la importancia del texto constitucional como normativa fundamental, conteniendo reconocimiento y defensa de derechos así como de valores, es un lugar de coincidencia, de encuentro, de afinidad con los alternativistas.

[292] Cfr. Souza, *"Del uso alternativo…"*, *Op. cit.* págs.235.243.

[293] Souza, "Del uso alternativo…", *Op. cit*. p.243. En apoyo de eta afirmación la autora a pie de página hace una larga cita de un texto de Accattatis, Senese y el mismísimo Ferrajoli.

[294] *Idem Supra*.

> El garantismo trata de resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en el principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Esta postura, tiene ciertas afinidades con la teoría alternativista, que ha sido pionera en la defensa de la Constitución como punto de partida y como punto de confluencia de toda y cualquier interpretación de las normas jurídicas. Incluso se puede decir que la valorización de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad es patrimonio de los alternativistas.[295]

Souza, sin embargo, considera esta similitud más virtual que real, por el distinto modo en que una y otra teoría valoran los derechos constitucionales. El *uso alternativo del derecho* toma los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, y el *garantismo*, por el contrario, como mecanismo de defensa, estabilización e integración del orden jurídico. Ese distinto modo de encarar los derechos fundamentales constitucionales se explica por los contextos socio-jurídicos diversos en que se desarrolla una y otra teoría; conflictivo, desigualitario y con prácticas autoritarias en el caso de los alternativistas (América Latina); en un contexto democrático más o menos igualitario y justo, pero con tendencias regresivas, en el caso de los garantistas (Europa).

> Como se puede ver, aunque el énfasis en la utilización de las normas constitucionales para la relectura de las normas ordinarias es uno de los puntos comunes entre las dos teorías, los alegatos justificadores son muy distintos. En pocas palabras, el uso alternativo intenta utilizar el sistema jurídico positivo para realizar objetivos extrajurídicos, mientras que el garantismo rehabilita los mecanismos internos de control y garantía de la legalidad, para que actúen de modo correctivo y proyectivo sobre el sistema de legalidad.[296]

Otro punto importante de comparación entre las dos teorías está en lo que se refiere al modo en que entienden el papel de los jueces. Tema éste vin-

[295] *Idem Supra*, págs.247-248.
[296] *Idem Supra*, p.249.

culado directamente con la labor hermenéutica de los juzgadores. Los sostenedores del *uso alternativo del derecho*, hacen una crítica de los métodos tradicionales de interpretación, como el exegético con la subsunción, porque se prestan a reforzar el estado de dominación existente (capitalismo); pero al mismo tiempo tienen la pretensión, de que los jueces con sus decisiones, a través de su labor interpretativa, reviertan los efectos político clasistas en beneficio de los grupos sin poder. El *garantismo*, por su parte, también propone un cambio en el rol que se asigna a la jurisdicción institucionalmente. El juez no está sujeto a la ley en términos meramente formales, sino que su sujeción deviene de elementos materiales, es decir porque la normatividad reúne condiciones sustanciales de validez, que, como hemos visto, se liga a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, El juez se convierte en garante de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, incluso frente al mismo legislador.[297]

Con relación a la práctica judicial existen entre una y otra teoría, convergencias y discrepancias. Coinciden en que no reducen el rol del juez a un actuar mecánico. Discrepan en que el uso alternativo del derecho da al juez un cierto papel político para el cambio social; y el garantismo desvincula y trata de preservar la función jurisdiccional de posturas politizantes.
En el bien decir de Lourdes de Souza:

> Las dos teorías defienden que la práctica judicial no tiene un carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supeditada a la ejecución de los principios y valores formulados en el nivel normativo superior. En este sentido, ambas teorías cuestionan y rechazan los dogmas tradicionales que reservan al Juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el derecho vigente, defendiendo, en contrapartida, la bipolaridad de dicha actividad, o sea, como una actividad cognoscitiva y como actividad de denotación y de dicción del derecho. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades comunes, hay también diferencias acusadas entre ambas. La principal es que el uso alternativo del derecho desacredita los parámetros formales limitadores de la manipulabilidad normativa, con el objetivo de permitir una efectiva funcionalidad política de la jurisdicción simétri-

[297] Cfr. Souza, *Del uso alternativo… Op. cit.* págs.249-250.

> ca con una línea político-institucional representada por el socialismo. Mientras el garantismo trata de desvincular y preservar la función jurisdiccional de cualquier influencia politizante, incluso contra las fuerzas democráticas mayoritarias, con el objetivo de frenar y corregir los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas que pueden incurrir tanto los sujetos políticos como sociales.[298]

En buena medida, a pesar de sus caminos teóricos distintos, el *uso alternativo del derecho* y el *garantismo*, a final de cuentas, tienen una misma meta práctica: la realización efectiva, real, del programa normativo constitucional, considerado como la máxima expresión de los valores de libertad, igualdad y justicia, de una democracia sustancial; María de Lourdes de Souza considera que entre una y otra doctrina jurídica existe una línea de continuidad y lo que ha habido ha sido un cambio de estrategia; pero ambas "conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i) lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital".[299]

6. Politización del Derecho y hermenéutica analógica.

Una de las críticas más fuertes que se enderezan en contra de la hermenéutica propuesta por el *uso alternativo del Derecho*, es la de su politización, esto es, que se sustituye a la política por la norma. Gómez Romero formula la crítica de este modo:

> Por lo que se refiere a la *aplicación* del derecho, el uso alternativo propone invertir también la relación de la subsunción jurídica, esto es, aplicar los hechos a la norma, en vez de realizar la operación inversa... El juzgador, por ende, no debe aceptar la acotación de lo 'jurídicamente relevante' impuesta por un enunciado normativo elaborado bajo canónes burgueses, sino 'ver la realidad en toda su amplitud, comprensiva de un orden social discriminatorio, injusto y con frecuencia inhumano'.
>
> En esto último reside, precisamente, el mayor exceso del uso alter-

[298] Souza, *"Del uso alternativo… Op. cit.* págs.251-252.
[299] *Idem Supra*, p.255.

> nativo del derecho: la disolución de toda dimensión normativa en un fenómeno de poder. La experiencia histórica nos ha demostrado el peligro inherente a menospreciar la garantía del derecho –por muy burgués que sea– y sustituirle por la política. Bástenos recordar, a este respecto, las purgas estalinistas. El *principio de retribución*, sin lugar a dudas, es uno de las baluartes fundamentales de la libertad, puesto que garantiza que únicamente seremos castigados en virtud de lo que *hacemos*, y no por lo que *somos*.[300]

Los propios alternativistas han hecho autocrítica de sus excesos de politización del Derecho en el sentido denunciado por Gómez Romero. En nuestro medio latinoamericano, el juez alternativista Amilton Bueno de Carvalho, al describir las etapas por las que ha pasado el movimiento alternativista, visto desde los jueces, describe los tiempos que denomina de la "adolescencia" del grupo.

> En este momento de adolescencia, el mundo fue dividido entre 'pobres y ricos', 'nosotros y ellos', 'héroes y bandidos' La visión se caracterizó por ser maniquea.
> La tendencia era decidir en favor de los pobres, tan sólo por el hecho de la pobreza. Era algo dogmático. Se cambió el dogma de la legalidad estricta por el de la pobreza. Todo era cuestión de declaración de renta: litigio entre arrendador y arrendatario, las decisiones eran en protección del arrendatario, tan sólo por el hecho de imaginar como el 'débil lucha contra el fuerte'.[301]

El propio Bueno de Carvalho considera superada esa etapa de maniqueísmo político. Ahora el juez alternativista parte, en sus decisiones, de tener a la vista un horizonte utópico: *vida digna para todos*. "La interpretación, pues, debe tener como norte u horizonte vida en abundancia para todos."[302]

[300] Luis Gómez Romero. "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda?", en *Juez. Cuadernos de Investigación sobre la Judicatura*, Vol. II, N° 4, México, Primavera, 2004, págs. 41 y 42.

[301] Amilton Bueno de Carvalho, *Direito alternativo em movimiento*, Ed. LUAM, Río de Janeiro, 1997, págs. 76 y 77.

[302] *Idem Supra*, p. 79.

> La legalidad y su interpretación, así, aterrizan los principios y persiguen incesantemente la utopía.
> Entonces el límite del juzgador pasa a ser en una punta el hecho concreto y en la otra los principios generales del derecho. Y si la legalidad no está de acuerdo con los principios pierde su legitimidad y se está autorizado a negarla.[303]

El "juez gaucho" considera que los *principios generales del derecho* son la reserva de la civilización "en la perspectiva de la utópica vida digna para todos"[304]

Lo que propone Amilton Bueno de Carvalho para la interpretación que se hace desde el *uso alternativo del Derecho*, en la que deriva de la aplicación de una hermenéutica analógica. Lo que significa que la crítica de la radicalización política hecha al *uso alternativo del Derecho*, puede ser salvada con la aplicación de la hermenéutica analógica y teniendo en cuenta los principios básicos de lo jurídico fundados en la plena dignidad humana de todos, base de todos los derechos y criterio de justicia.

La interpretación jurídica no es sólo interpretación de normas, sino también de hechos y actos humanos concretos que se relacionan con las normas; y de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales, contexto de esas normas, y de esos hechos y de esos actos. "Para el derecho ninguna realidad es extraña porque todos los aspectos de la realidad tienen o pueden tener relación con las personas humanas, que son el origen, la causa eficiente y los destinatarios de las normas jurídicas"[305] Además, esa realidad se nos presenta con datos constantes, invariables, permanentes y con datos cambiantes, mutables; en la realidad se da identidad en el cambio[306]; por lo que su conocimiento requiere de una racionalidad analógica que dé razón de lo permanente y lo variable.

A los hechos y actos concretos que se juzgan, sobre los cuales se va a pronunciar el juez, se le va a aplicar el Derecho. No sólo la ley, sino integral-

[303] *Idem Supra.*

[304] *Idem Supra.*

[305] Efraín González Morfín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Iberoamericana y Oxford, México, 1999, pág. 75.

[306] *Idem Supra*, p. 78.

mente el Derecho en toda su riqueza analógica, como ley, ciertamente, pero también como derechos subjetivos y como justicia. Por lo que, si la norma es hecha a un lado por preferir la justicia salvaguardando los derechos básicos, no hay una sustitución del Derecho por la política, no se diluye el Derecho por la aplicación de principios políticos, sino que se prefiere un *derecho mejor*, esto es el principio de justicia a la norma. *El derecho no se hace a un lado, sino que se le aplica; no hay vacío al desplazar la ley, sino que aparece el propio Derecho, como derechos humanos salvaguardados y como justicia.*

Y, por último, la apelación a los *principios generales del Derecho*, es en buena medida la convocación a la *equidad* que es el principio jurídico básico en cuanto que aplicación de la justicia al caso concreto. Y, como hemos visto, junto con la *prudencia*, se trata de dos virtudes analógicas en íntima relación con lo jurídico.

Pensamos, entonces, que la *hermenéutica analógica*, tanto como interpretación del Derecho en un sentido integral; como visión de la realidad social con sus datos fijos y cambiantes; con la aplicación del Derecho como ley, derechos subjetivos y justicia; y con la equidad y la prudencia al juzgar; al aplicarse esa *hermenéutica analógica* al uso alternativo del Derecho, evita los excesos de un uso político indiscriminado.

7. Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del *uso alternativo del derecho*.

¿Ha sido superado el *uso alternativo del derecho* por el *garantismo*? El *garantismo*, con su "cambio de estrategia", sustituye al *uso alternativo del derecho*?

O como cuestiona López Calera:

"¿Tiene sentido el *uso alternativo del derecho* a finales del siglo XX?"[307] mejor ¿A principios del XXI?

Algunos consideran, como el propio López Calera que un "alternativismo fuerte" sólo tiene sentido "cuando los derechos y libertades fundamentales de amplias masas de población están seriamente cuestionadas", en lugares "con conflictos y desigualdades sociales muy graves"; pues de no ser así lo que cabe es sólo un "*uso alternativo razonable"*, "que no cuestiona el principio de legalidad"

[307] Nicolás López Calera "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?, en *Claves de Razón Práctica* N°. 72, Madrid, mayo de 1997, p.32.

sobre todo la legalidad constitucional. En realidad ese *uso alternativo razonable* es equiparable al *garantismo*.[308]

Sostenemos que, aunque el traslado del alternativismo al garantismo sea sólo "cambio de estrategia" y ambas teorías tengan "una misma meta práctica"[309], como sostiene Lourdes Souza; el hecho de que el garantismo abandone al neomarxismo y adopte las tesis jurídicas del iluminismo, esto es "los principios de la cultura legal-positivista de raíz liberal"[310], le hace tener una visión distinta del Derecho y de sus usuarios prioritarios desde el punto de vista de la justicia. El hecho de que se abandone en sí el neomarxismo no tiene demasiada importancia; lo trascendente está en que al adoptar el iluminismo el sujeto viene a ser el ciudadano, deja de ser el sujeto primordial el *pobre*. Lleva razón Jon Sobrino cuando dice que en las sociedades que tienen como máximo valor a la democracia "en el centro no está el pobre –el sufriente– sino el ciudadano".[311] En nuestro medio los empobrecidos en sus derechos son mayoría.

Por lo tanto, sostenemos que sigue siendo válido el *uso alternativo del derecho*. Y no sólo "en países con conflictos y desigualdades sociales muy graves", o sociedades "poco juridizadas". Porque los *pobres*, los empobrecidos están en todas partes; hoy, más claramente que nunca, la injusticia es global, es planetaria. Acaso la satisfecha Europa y el prepotente Estados Unidos están "libres" de *pobres* o están preservados de injusticia.

Gustavo Gutiérrez en un trabajo de reciente publicación, al estar tratando de la injusticia que padecen actualmente los pobres, en este mundo globalizado de economía neoliberal, escribe:

> Esta situación, tal como la conocemos actualmente, con su carga de muerte injusta y prematura, lanza un cuestionamiento radical y englobante a la conciencia humana y a la manera de aproximarse a la fe cristiana.[312]

[308] Cfr. López Calera, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", *Op. cit.* págs.32-35.

[309] Souza, "Del uso alternativo…", *Op. cit.* p.252.

[310] *Idem Supra*, p.249.

[311] Jon Sobrino, *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p.176.

[312] Gustavo Gutiérrez, "Una óptica teocéntrica", en *Páginas* N° 177, Lima, octubre de 2002, pág.7.

Y agrega el teólogo peruano que esto configura un "campo hermenéutico"; que él lo propone para la relectura del mensaje bíblico y seguimiento de Jesús, y nosotros nos atrevemos a llevarlo al mundo del Derecho, a la juridicidad. Lo que significa que estamos proponiendo como clave de interpretación del Derecho visto integralmente, de la juridicidad toda, "la muerte injusta y prematura" de los pobres.

La propuesta de este "campo hermenéutico" —la *muerte injusta y prematura de los pobres*—, está fundada en la provocación del otro y radicalmente del inequívocamente otro, *el prójimo* por la justicia, por la eficacia histórica de sus derechos. Del conocimiento de la realidad sabemos, que no existen las posibilidades y condiciones de vida digna para todos, lo que origina esa *muerte injusta y prematura* para muchos.

Al incorporarse este "campo hermenéutico" a la interpretación del Derecho, lo jurídico adquiere otra dimensión, se ve distinto. Se trata de una *hermenéutica analéctica*[313], esto es la *hermenéutica analógica* llevada a la dimensión del inequívocamente otro, del prójimo como víctima concreto de la injusticia, como necesitado. Aquí está la racionalidad del uso alternativo del derecho.

El uso alternativo del derecho, en cuando que haga uso de la hermenéutica analógica, su interpretación jurídica no será la de la univocidad de la ley por la ley misma, pero tampoco interpretará equívocamente, en el todo se vale. Hará uso de las dos virtudes analógicas ligadas al derecho, la *equidad* y la *prudencia*, considerando siempre el criterio analéctico de que el Derecho no puede permitir e incluso debe poner remedio a la muerte injusta y prematura de los pobres.

[313] Cfr. Dussel, *Filosofía de la Liberación*. Ed. Edicol. México, 1977.

CAPÍTULO VII
NOTAS SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO: LA REAPROPIACIÓN DEL PODER NORMATIVO

1. San José Bojay: una historia no muy vieja.

Voy a referirme concretamente a la experiencia de una comunidad campesina y de su organización. La juridicidad a nivel de conciencia y la instancia organizativa de esta comunidad, revelan una nueva concepción jurídica que nace del propio pueblo y que constituye una alternativa respecto de la juridicidad del sistema vigente.

La comunidad campesina a que me refiero se encuentra ocupando las tierras de la exhacienda de San José Bojay del municipio de Atitalaquia, en el estado de Hidalgo, en el distrito judicial de Tula.

Hace algunos años, aparceros e hijos de aparceros de la hacienda de San José Bojay de Atitalaquia, decidieron ocupar las tierras de esa hacienda con el fin de construir una colonia y de cultivarla en su propio provecho, teniendo como una de sus bases el abandono de la tierra por sus propietarios. Hasta la fecha continúan así logrando positivos avances en cuanto a unión y organización. Hasta hace poco nadie les había hecho reclamo alguno.

Fue hasta mil novecientos setenta y nueve que los herederos de José Ramón Lugo, propietario de esas tierras, les empezaron a hacer reclamos. El señor Lugo había adquirido en 1929, por contrato de compra-venta celebrado con Ignacio de Villar Villamil, la hacienda en cuestión.

1.1. La juridicidad del pueblo vs. La juridicidad vigente.

El reclamo de los herederos ha hecho que surja por parte de los campesinos una justificación jurídica de su posesión y aprovechamiento de la tierra. Es una justificación jurídica alternativa, que nace de su conciencia de ex-

plotados con la intuición de que tienen derecho a no serlo. Su defensa jurídica se opone a la juridicidad de la ley vigente.

El pueblo latinoamericano es muy legalista. Exige sus derechos si tiene conciencia de que obra conforme a Derecho, esto es, de acuerdo con la ley. Sin embargo, la exigencia del pueblo de sus derechos, de acuerdo con el Derecho, no necesariamente se hace con base en el derecho vigente o positivo. El pueblo puede manejar también conceptos jurídicos basados en el sentimiento de justicia que deviene como consecuencia del conocimiento que adquiere por su experiencia e historia de pueblo explotado. Esa juridicidad que fundamenta la exigencia de sus derechos está más allá del Derecho Positivo. Se funda en la concepción misma de la justicia. Está basada en un concepto histórico de justicia, alternativo al concepto de "justicia conservadora" de la legalidad vigente.

En San José Bojay, los comuneros se dicen propietarios de las tierras porque sus abuelos, sus padres y ellos siempre las cultivaron. Ellos son los que las han hecho producir. Sus antepasados (padres y abuelos) dejaron su vida haciendo producir esa tierra que ahora ellos mismos trabajan. Alegan que los patrones jamás trabajaron esa tierra, ya que siempre la dieron "a medias", celebrando contratos de aparcería. Los herederos del hacendado reclaman sus tierras con la legalidad vigente, es decir, con la instancia normativa de la clase dominante. Ellos alegan ser "legítimos herederos" de esas tierras, pues son hijos del propietario y tienen los títulos para hacer el reclamo.

La juridicidad nace de la concepción misma de la justicia, que fundamenta el derecho a la tierra en el trabajo de la misma de generación en generación, se antepone a la juridicidad del Derecho vigente que fundamenta el derecho de propiedad en títulos, registros y derecho sucesorio.

"La tierra es del que la trabaja" vs. "la tierra es del heredero de aquél que tenía el título de propiedad" aunque no la trabaje y ni la conozca siquiera.

Por un lado está la juridicidad que nace en la conciencia del pueblo explotado que exige justicia y por el otro la juridicidad de la clase dominante que tiene como fundamento de sus privilegios normas jurídicas vigentes pero injustas. Constituye, para decirlo en los términos de Dussel, la "ilegalidad de la justicia" vs. "la legalidad de la justicia".[314]

[314] Dussel. *Para una Ética de la Liberación Latinoamericana*. *Op. Cit.* p. 66.

1.2. Organización alternativa: propiedad comunitaria.

Los colonos o comuneros de San José Bojay no sólo tienen un fundamento jurídico alternativo para defender la posesión de la tierra que les da de comer. Sino que además organizan la tenencia, el uso y el aprovechamiento de una manera distinta, alternativa.

No están organizados de una manera individual y exclusiva, sino en un dominio de uso comunitario. La tierra es de todos y de nadie. Los frutos de la misma se reparten de acuerdo al trabajo y a sus necesidades. Al organizar la tenencia, el uso y el aprovechamiento de la tierra de esa manera, están creando, práxicamente , un Derecho nuevo. Un Derecho que es alternativo del vigente. La juridicidad de su organización es comunitaria; no individualista, que es el sello característico de la juridicidad del sistema.

Esto es lo que constituye propiamente la reapropiación del poder normativo. Entre ellos rige otra juridicidad que ellos mismos han creado. Sus relaciones jurídicas respecto a los bienes han sido dadas por ellos mismos.

2. El ejercicio del poder normativo de los pobres.

Los sindicatos, los grupos campesinos reclamantes de tierra, las sociedades cooperativas, los comités de barrios, las juntas cívicas, las organizaciones de colonos, las agrupaciones gremiales, y en general, todo tipo de organización que surja de distintos sectores del pueblo, tienen la oportunidad de producir su propio derecho, su manera propia de organizarse; y esto sucedía hasta con los comités de organización auto-administrativa del actual Programa Nacional de Solidaridad (PRONASOL) que auspiciaba el Estado mexicano, y que a pesar de estar coptados políticamente, tiene razón Correas al afirmar "nadie podría, aún, afirmar cuál será el futuro de este sinfín de agrupaciones si comienzan, organizados, a reclamar lo que ya el estado no quiera darles."[315]

Es aquí, en las distintas organizaciones del pueblo, en donde pueden nacer normas nuevas que en un momento dado pueden adquirir la suficiente fuerza para incidir en la organización del Estado. Ya que "en todas ellas se forma y se expresa una voluntad colectiva que tiene la función de ordenar o

[315] Oscar Correas. "Marxismo y Derecho en América Latina, Hoy", en *Liçoes*... 2 *Op. Cit.* p. 156.

regular las relaciones sociales".[316]

Esto constituye la reapropiación del poder normativo. Y el reto es que la normatividad del pueblo genere una juridicidad alternativa respecto a la organización jurídica y del poder de la sociedad individual-capitalista.

Los *pobres*, pues, no sólo hacen uso del Derecho objetivo que establece el Estado para defensa de sus derechos y para organizarse. También crean sus propias normas, elaboran su Derecho objetivo. Esto constituye el reapropiarse del poder normativo; significa quitarle al Estado el monopolio de la creación del Derecho.

Esto lleva a que se introduzca una normatividad paralela, con una relación compleja entre los dos Derechos. Muchas veces el Derecho producido en el seno de las comunidades, está totalmente al margen del Derecho del Estado y de sus aparatos administrativos de coacción y de poder. Pero también, en muchos casos, se produce un choque entre las dos normatividades, y parte de la lucha de los pobres consiste en hacer prevalecer su Derecho. También se presentan los casos en que el Estado homologa parte de la normatividad producida en el seno de las comunidades, y entonces ejerce un control sobre la misma, tratando de adaptarlo a su propia lógica.

El tipo de normatividades generadas en el seno de estas comunidades, ofrece un reto inmenso para su análisis, pues es un fenómeno muy complejo. Algunas normas se crean simplemente porque se adaptan mejor a su forma de vida; otra son para mejorar la calidad de vida; otras totalmente alternativas a la lógica del Derecho de la formación social y francamente enfrentadas a la juridicidad del Estado y a sus aparatos de coacción; una más supliendo o llenando lagunas del Derecho del Estado o de sus actividades inherentes, etc. La gama que ofrece este Derecho del pueblo es, pues, muy amplia y difícil de desentrañar.

Desde mi punto de vista, la importancia de este uso de la juridicidad por los pobres, lo constituye el hecho de presentar alternativas a la lógica del Derecho dominante, porque lo desmitifica y prefigura en un nuevo tipo de relaciones sociales. Implica la maduración de ciertos sectores de la sociedad civil, que van gestando una red de relaciones sociales distintas, a la de formación social imperante de dominantes y dominados.

[316] Barcellona y Cotturri. *Op. Cit.* p. 46.

3. Por un paradigma del Derecho que de cuenta del pluralismo jurídico.

Antonio Carlos Wolkmer es quien ha teorizado sobre la búsqueda de nuevos fundamentos en la teoría jurídica, que permitan entender y ayuden a desarrollar el pluralismo jurídico como derecho alternativo. La reflexión teórico-jurídica del profesor de la Universidad de Santa Catarina es sumamente sugerente, ya que permite poner bases teóricas sólidas a ese fenómeno cada vez más frecuente de juridicidades plurales.
El doctor Wolkmer establece cual es la agenda teórica a agotar en este punto, al decir:

> La discusión y la articulación de un proyecto alternativo que conduzca a un 'nuevo Derecho' pasa, hoy en día, necesariamente por la redefinición de una racionalidad emancipadora, por el cuestionamiento de los valores y por la fundamentación de una ética política de la praxis comunitaria, por el redescubrimiento de un 'nuevo sujeto histórico' y, finalmente, por el reconocimiento de los movimientos y de las prácticas sociales como fuentes generadoras del pluralismo jurídico.[317]

Wolkmer insiste en la ética de la *alteridad*, como base de un pluralismo jurídico alternativo, que implica la responsabilidad por el *otro*, lo que hace posible la riqueza de la vivencia comunitaria y la convivencia de las diferencias.

El nuevo *sujeto-histórico*, con ética de *alteridad*, que al crear Derecho rebasa por insuficiente el "monismo normativo lógico-feudal de la cultura moderna liberal-burguesa capitalista"[318], y que concibe el Derecho "en tanto que dogma normativo producido por la fuerza y por la imposición del Estado"[319], ese nuevo *sujeto-histórico*, decimos, lo constituyen los *movimiento sociales* que "recrean y reinventan, por medio de sus prácticas participativas, la esfera de la vida pública"[320], con varios "centros de producción normativa" y con un carácter

[317] Antonio Carlos Wolkmer. "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas", en *El Otro Derecho* 7. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, enero de 1991. p. 33.
[318] *Idem Supra*. p. 39.
[319] *Idem Supra*. p. 32.
[320] Wolkmer. "Direito Comunitario..." *Op. Cit*. p. 129.

múltiple y heterogéneo.

> La revelación de esas manifestaciones legales plurales que no se sujetan al formalismo a-histórico de las fuentes convencionales está asentada en el espacio conflictivo y de confrontación social, causado por las privaciones, exenciones y necesidades de fuerzas sociales portadoras de intereses y reivindicaciones, pero, dado el proceso, eficaces y legítimas.[321]

Tenemos pues, que el uso alternativo del Derecho, dentro de las mismas organizaciones populares, puede generar un derecho nuevo, alternativo del vigente, que apunte a una reorganización de la misma sociedad política.

Un derecho plural, distinto del Derecho del Estado, que no sea justo, estrictamente no es Derecho. Sólo reconocemos el pluralismo jurídico en cuanto que busca la justicia.

Ese derecho que nace del pueblo debe ser el Derecho del futuro. Como explican Tigar y Levy "las normas de hoy se generaron en luchas sociales revolucionarias de una clase cuyos intereses sirven"[322]; de esa misma manera el pueblo explotado, hoy, va generando el Derecho que regirá en el advenimiento de una nueva sociedad que será parida por la lucha organizada de ese mismo pueblo. Será el momento en que se pueda hablar de legalidad de la justicia.

[321] *Idem Supra*. p. 128.
[322] Tigar y Levy. *Op. Cit.* p. 11.

CAPÍTULO VIII
NECESIDAD DE PROFESIONALES DEL DERECHO CON ÉTICA HISTÓRICA

Ya nos referimos anteriormente a la obra del peruano Manuel Scorza e hicimos alusión a las intuiciones jurídicas de su literatura. Pues bien, en la segunda de sus baladas, *Historia de Garabombo e Invisible*, se encuentra un diálogo, que, visto desde la perspectiva de nuestra profesión, nos cuestiona bastante.

El marco en el cual se encierra el diálogo es el siguiente: un grupo grande de campesinos por fin se ha apoderado de las tierras que alguna vez fueron de ellos pero que habían sido usurpadas por los hacendados; el ejército marcha ya para desalojarlos y entonces el abogado de los campesinos, un tal doctor Mandujales, les aconseja que se salgan y que después las volverán a ocupar. El mensajero del abogado manifiesta: "Pero el doctor Mandujales dice que si no nos retiramos correrá sangre –¿La suya o la nuestra?– gritó Melecio Cuéllar. –¿Cuándo los abogados derraman sangre?"[323]

El mismo Melecio Cuéllar tenía la respuesta a su pregunta: nunca. ¿Por qué? Muy sencillo: porque nunca nos comprometemos por la causa del pobre, de aquel que, muchas veces por alcanzar sus derechos, sí derrama sangre. Nuestra herramienta, es decir, nuestra instrucción jurídica, la usamos únicamente a favor de quien nos paga bien. Cómo vamos entonces a derramar sangre, si siempre estamos del lado de aquel que es el único que puede hacerla derramar: el capital y su aliado el poder político.

En un Congreso Mundial de juristas, celebrado en Dakart en 1968, los participantes hicieron confesión de su culpa. Reconocieron expresamente que "en las zonas subdesarrolladas los juristas se integran demasiado estrechamente a los sectores capitalistas, admiten frecuentemente las injusticias, olvidando su deber fundamental de promover la justicia social y de favorecer la igualdad de

[323] Manuel Scorza, *Historia de Garabombo el Invisible* Ed. Planeta. Barcelona, 1972, pág. 224.

oportunidades para todos los hombres".[324]

El "mea culpa" de los juristas reunidos en Dakart es muy sintomático. Deja fuera de toda duda el hecho de que los abogados estamos aliados al poderoso. Fuera defensas y pretextos, hemos quedado confesos con las declaraciones de Dakart.

Pero dejemos el extremo que constituye el "derramar sangre" y las declaraciones de los congresos internacionales. Veamos el reclamo concreto que un grupo de obreros le hacían a una compañera: "Los estudiantes hablan muy bonito, pero al terminar la carrera sólo se dedican a hacer dinero... no comparten sus conocimientos ni luchan con nosotros los pobres".

La profesión se ha entendido como un privilegio exclusivo que otorga derechos especiales. Algo así como una patente. Como una serie de conocimientos adquiridos "quemándose las pestañas"; que deben dar para vivir "bien" y gozar de prestigio social.

Pues bien, todo lo que he expresado sobre la necesidad y el sentido del uso del Derecho al servicio de las clases dominadas requiere de profesionales que hagan a un lado el individualismo de la educación profesional y se hagan solidarios con las luchas y la causa de los oprimidos.

En otras palabras, se requiere de profesionales con una ética histórica. No de una moral que se quede dentro de los planteamientos clásicos, es decir ser "honrados", porque ese simple hecho nos hace ser "buenos" cómplices del sistema. Debe ser una ética que, después de una reflexión sobre la realidad histórico-social que vivimos, nos comprometa a transformarla buscando la auténtica justicia. Como escribe Dussel, la conciencia ética es "la capacidad que se tiene de escuchar la voz del otro, palabra transontológica que irrumpe desde más allá del sistema vigente"[325]

Las circunstancias histórico-concretas obligan a acciones éticas concretas de acuerdo con esas circunstancias, y desde la perspectiva del oprimido que interpela con su llamado. Juan Carlos Scannone escribe: "¿Desde dónde surge esa interpretación y ese llamado? Ya lo dijimos: surgen desde los pobres. Ellos cuestionan éticamente con su pobreza y opresión al mundo de la dominación y lucro del que son la excrescencia marginal y marginada, y convocan a trabajar

[324] Varios Autores: *Progreso Técnico y Liberación*. Encuentro Latinoamericano de Profesionistas. Ed. Jus. México, 1974. pág. 357.

[325] Enrique Dussel, *Filosofía de la Liberación*. *Op.Cit.,* pág. 68.

por un mundo más justo y más humano"[326]

Sólo con una conciencia ética histórica que lleve a comprometerse a los juristas con la causa de las clases dominadas puede llevarse a cabo este programa que le asignan a los abogados Barcellona y Cotturri, y que no es otra cosa que lo denominado aquí *uso alternativo del Derecho*: "He aquí, pues, la condición de una política para los juristas: he aquí la indicación de actuar con la finalidad de sumar a los juristas en torno a los lugares en donde se producen estos choques y junto a los sujetos que son portadores de las instancias transformadoras, o sea los sujetos excluidos. El razonamiento se desplaza así hacía el sujeto histórico que hoy desempeña un papel de antagonista frente al designio que nace del sistema, y por tanto, puesto en positivo, evidencia el objetivo de batir a las rentas parasitarias donde este objetivo se presenta como instrumento para ampliar los elementos de contradicción. Invertir en estos sectores para modificar en alguna medida la lógica del desarrollo mismo: He aquí pues la tarea que consideramos que los juristas pueden desempeñar útilmente; esforzarse por legitimar la práctica social que se plantea como actuación de estas instancias de transformación, tratar de estructurar normativamente los intereses de los sujetos excluidos; preparar y elaborar los instrumentos y dispositivos técnicos que permitan una inserción del sujeto excluido en el área del ejercicio del poder"[327]

Sólo un abogado con ética histórica podrá hacer vigente la justicia real. Entenderá que la justicia que busca del Derecho auténtico no es la "justicia" del sistema totalizado, sino aquella justicia que reclama el otro desde la exterioridad del sistema. Y el instrumental jurídico, en manos del jurista que busca la justicia desde los dominados, se convierte así, de herramienta opresiva, en una muy útil arma de liberación.

[326] Juan Carlos Scannone, *Teología de la Liberación y Praxis Popular*. Ed. Sígueme. Salamanca, 1976. pág. 241.

[327] Barcellona y Cotturri. *Op. Cit.*. pág. 209.

ANEXO
Grupo de Trabajo *Derecho y Emancipación Social* Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

Síntesis Programática*

Un derecho para la emancipación social

La riqueza sociocultural de América Latina, que se traduce en una insospechada diversidad de formas de resolver conflictos, en la singularidad de las problemáticas locales, nacionales y globales, y en el abismo existente entre las promesas del derecho y las complejas realidades sociales, hacen necesario un esfuerzo conjunto centrado en análisis sociojurídicos rigurosos orientados hacia la promoción de prácticas jurídicas y sociales alternativa y emancipadoras.

Este esfuerzo parte de una crítica profunda a la práctica y el conocimiento jurídico convencionales, que han facilitado el uso del derecho como instrumento de dominación y alentado la reproducción de la exclusión y las dramáticas desigualdades sociales que caracterizan a nuestras sociedades. La historia de nuestros países ofrece abundante ilustración sobre la aplicación selectiva y diferenciada de normas y derechos, de contenidos normativos y procedimientos arbitrarios impuestos por los poderes políticos y económicos que impiden la conformación de una ciudadanía incluyente.

No obstante, rechazamos una visión fatalista en relación con las posibilidades emancipadoras del derecho. Son igualmente abundantes las experiencias de lucha pasadas y presentes por la vida, el trabajo y contra el abuso del poder y la soberanía de los pueblos. Partimos de la reivindicación de estas experiencias para repensar el presente y construir otro futuro. Hitos históricos como las constituciones progresistas expedidas en las últimas dos décadas a lo largo y ancho de la región y el avance en la protección nacional e internacional de los derechos de grupos subalternos como los pueblos indígenas, constituyen se-

* Basado en el encuentro fundacional del grupo, celebrado en la Universidad de Guadalajara, diciembre 1-3, 2005.

ñales alentadoras para esta tarea de lucha jurídica por los derechos a la igualdad, las diferencias y la participación democrática. Contra la visión hegemónica del derecho, este pensamiento y esta práctica parten de la convicción de la primacía de la dignidad humana sobre el mercado, el respeto a las diferencias culturales y la defensa de una visión económica y política capaz de promover nexos interculturales y solidarios entre los pueblos de América Latina y del mundo.

Derecho emancipador y teoría crítica

Nuestro trabajo busca impulsar teorías jurídicas y sociales críticas que no sólo sirvan para interpretar la variada y compleja realidad de nuestro continente, sino para transformarla en un espacio de construcción de nuevos horizontes políticos en los que el derecho puede jugar un papel fundamental.

La especificidad de nuestro contexto social e institucional latinoamericano, así como la singularidad de las tradiciones jurídicas híbridas que han tomado arraigo en nuestros países, hacen necesaria una redefinición del derecho que responda a problemáticas sociales concretas con soluciones creadas a partir de perspectivas culturales propias, sin excluir los importantes aportes de otras regiones del mundo.

La plataforma para este esfuerzo es la defensa de dignidad humana, la democracia y el respeto a las diferencias. Un derecho emancipador debe crecer en amplios espacios de participación en escala local, nacional, regional y global. Buscamos un derecho solidario que pueda impulsar los procesos de emancipación y contribuir desde las prácticas jurídicas a la construcción de sociedades más autónomas y justas.

Para ello, consideramos fundamental definir una nueva epistemología del derecho. Es necesario revisar conjuntamente los conceptos clásicos de justicia, derechos humanos, Estado, soberanía, democracia, igualdad, libertad y emancipación, para incluir nuevas formas de organización política y social. Para ello es fundamental rescatar la memoria de las expresiones socioculturales del Sur global, en general, y de América Latina, en particular, que contienen las semillas de una práctica jurídica emancipadora excluidas de las aproximaciones al derecho canónicas producidas en el Norte global. La teoría crítica debe enmarcarse en un contexto social, cultural e histórico amplio, que explique las desigualdades y las exclusiones y que anime la resistencia contra ellas.

Por ello, reconocemos la necesidad de una crítica interna y externa del derecho que permita identificarlo como un fenómeno social integrado a procesos políticos, culturales y económicos, y no sólo como una técnica de ordenamiento social. Esta perspectiva permite explorar nuevas posibilidades de creación, interpretación y aplicación del derecho que promuevan los procesos de emancipación social.

En este sentido, creemos fundamental generar una profunda discusión sobre el pluralismo jurídico y reconocer que muchas prácticas jurídicas no oficiales son valiosas fuentes para la creación de normas, instituciones y prácticas del derecho. El estudio del pluralismo jurídico se hace vital en un espacio en el que conviven expresiones culturales y maneras diferentes de resolver conflictos basadas en la reparación y el diálogo antes que la coacción, desde la justicia comunitaria en zonas marginadas de las urbes hasta las formas de administración de justicia de los pueblos indígenas. Una justicia cada vez más democrática exige el reconocimiento de la diversidad de prácticas jurídicas.

Métodos y estrategias

La teoría crítica no sólo implica nuevas palabras y nuevos conceptos, sino también nuevos métodos. Implica también una preocupación constante sobre los múltiples sentidos que estos conceptos y campos analíticos tienen en distintos contextos socioculturales. Es por ello que resaltamos la importancia de la combinación del análisis teórico riguroso con la investigación empírica detallada.

Por tanto, nos esforzamos por formular teorías intermedias, que puedan aplicarse a discusiones sociales y políticas concretas y que eviten generalizaciones riesgosas y marcos conceptuales monológicos y rígidos. Damos relieve a la tarea de integrar los esfuerzos y prácticas que adopten perspectivas interdisciplinarias y multiculturales de investigación. Queremos fomentar la participación de diversos sectores sociales en nuestras actividades, promover la circulación de nuevas ideas y vincular estrategias emancipadoras en otras esferas, como en las artísticas, culturales, económicas, políticas y ambientales.

Dos rasgos finales caracterizan nuestra aproximación a los estudios y debates sociojurídicos. De un lado, nuestro trabajo evita la tendencia dominante a centrarse en la escala nacional. En lugar de analizar la realidad del derecho en

cada país, como si éste fuese una unidad autosuficiente, acometemos análisis comparados y transnacionales. Por ello, en términos geográficos nuestro trabajo combina las escalas local, nacional, regional y global. De esta forma, buscamos incluir en nuestros análisis los múltiples procesos jurídicos y políticos que superan la escala nacional –procesos generalmente sintetizados mediante el concepto de "globalización"—, cuya interacción compleja con procesos locales y nacionales explica la realidad del derecho en nuestros contextos.

Al hacerlo, resaltamos las profundas asimetrías de poder que existen entre los actores globales hegemónicos –los países del Norte global y las empresas multinacionales— y los actores subordinados del Sur global, entendido como una realidad política y social antes que geográfica. El Sur global aparece aquí, entonces, como una metáfora que incluye a los grupos marginados de todo el mundo, desde las clases y grupos subalternos de los países pobres de la periferia mundial, hasta los grupos desaventajados de los países centrales. Contra las relaciones de poder de este tipo de globalización –desde el imperialismo económico hasta el neocolonialismo cultural—, resaltamos las estrategias jurídicas y políticas transfronterizas mediante las cuales el movimiento internacional por la justicia social intenta construir una globalización contrahegemónica.

De otro lado, dentro de este amplio escenario geográfico, nuestro trabajo privilegia el estudio y la intervención práctica sobre las realidades del Sur global. Para avanzar en esta dirección, el grupo asume el diálogo Sur-Sur (por ejemplo, el diálogo entre académicos y activistas sociojurídicos de América Latina y África) como un componente imprescindible de la promoción de una práctica jurídica y social emancipadora en la región.

En este contexto, nuestra tarea común y colectiva es contribuir desde la teoría y la práctica para que el derecho sea un recurso estratégico emancipador que permita avanzar hacia sociedades más democráticas, justas y participativas.

Boaventura de Sousa Santos, Universidad de Coimbra, Portugal
Agustín Grijalva, Universidad Andina, Ecuador
Gina Chávez, Universidad Andina, Ecuador
David Sánchez Rubio, Universidad de Sevilla, España
Jesús Antonio de la Torre Rangel, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México

Maria Paula Meneses, Universidad Eduardo Monlane, Universidad de Coimbra, Moçambique
Ramiro Contreras Acevedo, Universidad de Guadalajara, México
André Oliveira Sango, Universidad Agostinho Neto, Angola
Atilio Boron, CLACSO, Argentina
Andrea Vlahusic, CLACSO, Argentina
Patricia Scarponetti, CIJS/UNC, Argentina
António Carlos Wolkmer, Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil
César Rodríguez, Universidad de los Andes, Colombia
Mauricio García Villegas, Universidad Nacional de Bogotá, Colombia
Manuel Jaques, Universidad Bolivariana, Chile

BIBLIOGRAFÍA

Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Ed. Presses Universitaries de France, París, 1975,

Barcellona, Pietro y Cotturri, Giuseppe. *El Estado y los Juristas*. Ed, Fontanella. Barcelona, 1972.

Bargalli, Roberto. "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión 'uso alternativo del derecho'?, en *Revista de Direito Alternativo*. Bueno de Carvalho Amilton (organizador). Ed. Académica. São Paulo, 1992.

Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Ed. Universidad Autónoma de México, México, 2002..

Beuchot, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, México, Facultad de Filosoía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 1997.

Bloch, Ernest. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980..

Bochenski, J.M. *Introducción al Pensamiento Filosófico*. Ed. Herder. Barcelona, 1971.

Bonnecase, J., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*. Ed. Cajica, Puebla, 1944.

Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc, *Las argucias de la razón imperialista*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Ed. Descleé de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 2000.

Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo em movimiento*, Ed. LUAM, Río de Janeiro, 1997.

Caixe, Vanderley. "Consideraciones del trabajo del abogado junto a los campesinos", Capítulo IX de *El Derecho que nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes. México, 1986.

Carbonnier, Jean. *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 1974.

Castro, Juventino V.. *La Suprema Corte de la Nación ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado Anatocismo*, Ed. Porrúa, México, 1999.

Comunicado a la Comunidad Parroquial de Huayacocotla y Texcatepec, Veracruz, suscrito por el obispo de Tulancingo, Pedro Aranda Díaz, el párroco Hilario Ponce López y la Comunidad de jesuitas de Huayacocotla, 23 de diciembre de 1986.

Concha, Miguel. "Obispos y Párrocos", en *La Jornada* de México, 6 de octubre de 1984.

Correa Sutil Jorge. "Críticas a la labor judicial", en *Mensaje* N° 362, Santiago de Chile, septiembre de 1987.

Correas, Oscar, "Teoría Sociológica del Derecho y Sociología Jurídica" I Parte, en *Crítica Jurídica* N° 7, Ed. Universidad Autónoma de Puebla. México, 1987.

Correas, Oscar. "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina", *Crítica Jurídica* Núm. 1 Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984.

Correas, Oscar. *Crítica de la Ideología Jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1993.

Correas, Oscar. *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*. Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Guerrero. Puebla 1982.
Correas, Oscar. *La Ciencia Jurídica*. Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa. Culiacán, 1980.
Couture., Eduardo J. "Los Mandamientos del Abogado", en *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. N° 34. México, julio-septiembre de 1961
David, Rene. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Aguilar. Madrid, 1977.
De la Torre Rangel, Jesús Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Constitucional Mexicano", en *Revista Jurídica* Núm. 3, Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Aguascalientes, septiembre de 1992.
De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*. Ed. Jus. México, 1993.
De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *El Derecho que nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes (CIRA). Aguascalientes, 1986; Fundación para la Investigación y la Cultura, ASONAL JUDICIAL e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2004; Ed. Porrúa, México, 2005.
De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Hacia una Organización Jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*. Ed. Jus. México, 1977.
De la Torre Villar y García Laguardia. *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano*. Ed. UNAM. México, 1976.
De Oliveira Batista Guedes, Neviton en "Hermenéutica : fontes, interpretação do direito. O "Uso alternativo do direito", *O Direito Achado na Rua*. Curso de Extensão Universitária á Distancia 1. Universidade de Brasilia.
De Sousa Santos, Boaventura, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Ed. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 1999.
De Sousa Santos, Boaventura, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, México, 1998.
De Souza Martins, José. "Ciudadania, Movimientos Sociais e Entidades de Mediação", el el folleto *Discutindo a Assesoria Popular II*, Ed. Instituto Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, Octubre de 1992.
De Souza Martins, José. *A. Militarização da Questao Agraria no Brasil*. Ed. Vozes. Petrópolis, 1985.
Del Arenal Fenochio, Jaime, "A 200 años de la codificación napoleónica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* N° 28, de la Escuela Libre de Derecho, México, 2004.
Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Ed. Taurus. Madrid, 1980.
Durán Martínez, Walter Eduardo e Iglesias Herrera, Ricardo Alberto. "La teoría del uso alternativo del derecho y su aplicación en la educación de los derechos humanos", en *El Otro Derecho* 4. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, noviembre de 1989.
Dussel, Enrique, *Para una ética de la liberación latinoamericana*. T. II. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 1973.

Dussel, Enrique, *Filosofía de la Liberación*. Ed. Edicol. México, 1977.
Fachin, Luiz Edson. "Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e Injustiças", *Direito Insurgente*. Anais de Fundação, Insituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988. Río de Janeiro.
Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
Foucault, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1980,
Freire, Paulo. *Concientización*. Ed. Asociación de Publicaciones Educativas, Bogotá, 1974.
Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Método I*. Ed. Sígueme, Salamanca, 1996.
Gleizal, Jean-Jacques, "L' ensignement du droit", en *Por une critique du droit*. Ed. Maspero. París, 1978.
Gómez Romero, Luis. "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda?", en *Juez. Cuadernos de Investigación sobre la Judicatura*, Vol. II, N° 4, México, Primavera, 2004.
González Morfín, Efraín, "Analogía, ser del Derecho y ser de la Sociedad" en *Jurídica N° 6*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1974.
González Morfín, Efraín, *Temas de Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Iberoamericana y Oxford, México, 1999.
González Morfín, Efraín. "Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos", *Jurídica* N° 19, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1988-1989.
González, Genaro Ma.. *Catolicismo y Revolución*. Imprenta Murguía. México, 1960.
Gramsci, Antonio. *Obras de... 1. Cuadernos de la Cárcel: Notas sobre Maquiavelo, sobre Política y sobre el Estado Moderno*. Juan Pablo Editor, México, 1975.
Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
Gutelman, Michel. *Capitalismo y Reforma Agraria en México*. Ed. Era México, 1975.
Gutiérrez, Gustavo, "Una óptica teocéntrica", en *Páginas* N° 177, Lima, octubre de 2002.
Hayek, Friedrich A.. *Derecho, legislación y libertad*. Vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1978.
Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *Obras Completas*, Tomo 5. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1988.
Hernández, Concepción; Huerta, Rosario, y Paré, Luisa. "Tenencia de la tierra y derechos humanos", *México Indígena*. Revista del Instituto Nacional Indigenista No. 27. Año V, México, marzo-abril de 1989.
Jacques P., Manuel. "Una concepción metodológica del uso alternativo del Derecho", en *El Otro Derecho* N° 1, Ed Temis e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, agosto de 1988.
Jacques P., Manuel. *Educación para un uso alternativo del Derecho*. Ed. Quercum, Centro de Reflexión y Acción para el cambio, Santiago de Chile, 1985.
Juristes-Solidarités, *Prácticas del Derecho, producciones de Derecho: iniciativas populares*, Ed. Tricle y Juristes-Solidarités, Montevideo, 1998,.
Lima de Arruda Jr, Edmundo. "Direito Alternativo –Notas sobre as condiçiões de possibilidade", en *Liçoes de Direito Alternativo 1*. Ed. Académica São Paulo, 1991.
López Calera, Nicolás "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?, en *Claves de Razón Práctica* N°. 72, Madrid, mayo de 1997.
López Calera, Nicolás Ma., Saavedra López, Modesto y Andrés Ibáñez, Perfecto, *Sobre el Uso*

Alternativo del Derecho, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978.
López Calera, Nicolás María, *Teoría del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 141-143.
Luis XIV. *Memorias sobre el arte de gobernar*. Ed. Espasa Calpe Col. Austral. Buenos Aires, 1947.
Macpherson, C.B.. *La teoría política del individualismo posesivo*. Ed. Fontanella. Barcelona, 1979,.
Márquez Piñero, Rafael. *Sociología Jurídica*. Ed. Trillas. México, 1992.
Marryman, John. *La tradición jurídica romano-canónica*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1971. .
Mendieta y Núñez, Lucio. *El Problema Agrario en México*. Ed. Porrúa. México, 1974.
Miaille, Michel. *Une Introduction critique au Droit*. Ed. François Maspero. París. 1976.
Miranda, José Porfirio. *Marx y la Biblia. Crítica a la Filosofía de la Opresión*. México, 1971.
Miranda, Porfirio. "?Qué hacer ante la modernidad?", en *La Jornada Semanal* N° 233. México, 28 de noviembre de 1993.
Moncayo, Héctor. "El Derecho Alternativo en primera plana", en *Portavoz* N° 27. Boletín de los Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y el Caribe. Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, febrero de 1991.
Moreno de Alba, José N. "Minucias del Lenguaje", en *Este País* No. 112, México, julio, 2000.
Moro Tomás. *Utopía*. Ed. Zero. Madrid, 1971.
Muñoz Gómez, Jesús Antonio. "Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho", en *El Otro Derecho* N° 1, Ed. Temis e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, agosto de 1988.
Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho* Ed. Ariel. Barcelona, 1983.
Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho de propiedad privada*. Ed. Temis. Bogotá, 1979.
Ortiz Pincheti, J. Agustín. "El poder discrecional en la transformación del Derecho Mercantil Mexicano", en *Jurídica* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 9. México, julio de 1977.
Oseguera, Antonio. "Una experiencia de comunicación educativa para el desarrollo rural" en *Comunicación y Cultura 8*, México, julio de 1982.
Osorio, Ángel. *El Alma de la Toga*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1975.
Palacio, Germán. "Prácticas Jurídicas Alternativas (P.J.A.)". en *Documentos* N° 6 relativo al Primer Encuentro Nacional de Servicios Legales Populares del Paraguay, celebrado en la Ciudad del Este en noviembre de 1989. Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Asociación Interamericana de Servicios Legales. Bogotá, 1990.
Planiol, Marcel con la colaboración de George Ripert. *Tratado elemental de Derecho Civil*, *Tratado General de Contratos*. Ed. Cajica. Puebla, 1947. .
Portelli, Hugues. *Gramsci y el Bloque Histórico*. Ed. Siglo XXI. México, 1977.
Pressburger, Miguel. *A Propiedade da Terra na Constituçiao*. Ed. Apoio Jurídico Popular. Rio de Janeiro, 1986.
Pressburger, T. Miguel. "Direito Isurgente: o Direito dos Oprimidos", en el folleto colectivo *Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos*. Ed. Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1990,
Pressburger, T. Miguel. "Direitos Humanos e Assesorias Jurídicas", en el folleto *Discutindo a Assesoria Popular*. Ed. Instituto Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1992.

Ramos Filho, Wilson "Direito pós-moderno:caos criativo e neoliberalismo", en *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interinter-disciplinar*, Ed. Instituto Brasileiro de Estudos Juridicos, Curitiba, 1996,

Rehbinder, Manfred. *Sociología del Derecho*. Ed. Pirámide. Madrid, 1981.

Ríos A., Lautaro. "Ley, derecho y justicia", en *Mensaje* N° 366. Santiago de Chile, enero-febrero de 1988.

Rodell, Fred. ¡*Ay de vosotros, abogados*! Ed. Depalma. Buenos Aires, 1966.

Rojas Hurtado, Fernando. "Comparación entre las tendencias de los servicios legales de Norteamérica, Europa y América Latina. (Primera Parte), en *El Otro Derecho* N° 1. Ed. Temis y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) Bogotá, agosto de 1988.

Romero, Amanda. "El neoliberalismo, los derechos humanos y el 'nuevo paradigma'." *EL Otro Derecho* N° 11. Ed. Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá, julio de 1992.

Rosa de Andrade, Ledio, *O que é direito alternativo?*, Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1998.

Rosillo Martínez, Alejandro, "El 'Derecho' en la tradición bíblica, un concepto análogo", en *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, Compilador Jesús Antonio de la Torre Rangel, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, págs. 211-286.

Rosillo Martínez, Alejandro: *Que fluya la justicia. Justicia y derechos humanos en los textos bíblicos: una lectura jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Reflexión Teológica, A.C., San Luis Potosí, 2003.

Salvat B., Pablo. "Una ética política para un nuevo orden cultural", en *Mensaje* N° 414. Santiago de Chile, noviembre de 1992..

Sampay, Arturo Enrique. "Constitución, Justicia y Revolución en el mundo contemporáneo", en *Liberación y Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires. Buenos Aires, enero-abril de 1974.

Sánchez, Roberto. "El carácter del Derecho en el Estado Liberal y Autoritario" en *Mensaje* N° 262. Santiago de Chile, septiembre de 1977.

Scannone, Juan Carlos, *Teología de la Liberación y Praxis Popular*. Ed. Sígueme. Salamanca, 1976.

Scorza, Manuel, *Historia de Garabombo el Invisible* Ed. Planeta. Barcelona, 1972,

Scorza, Manuel. *La tumba del relámpago*. Ed. Siglo XXI. México, 1979.

Skogly, Sigrun I. "Desarrollo económico, deuda y derechos humanos: ¿un desarrollo sostenible para Africa?". *El Otro Derecho* N° 9. Ed. Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá, diciembre de 1991.

Sobrino, Jon, *Cristología desde América Latina*, Ed. Centro de Reflexión Teológica, México, 1976.

Sobrino, Jon, *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

Souza, María de Lourdes, "Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV, Madrid, 1998.

Suárez, Francisco, S.I. *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Versión bilingüe de *De Legibus*. Trad. José Ramón Enguillor Muniozguren, S.I. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*. Ed. Porrúa. México.

Tigar, Michael E. y Levy, Mandelaine R.. *El Derecho y el Ascenso del Capitalismo*. ED. Siglo XXI. México, 1978.

Treves, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Ed. Taurus. Madrid, 1978..
Valls, Quico. "Justicia Democrática: el uso crítico de la Constitución" (Conversación con perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José Ma. Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El Viejo Topo* N° 55. Barcelona, abril de 1981.
Varios Autores, *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*. Ed. Apoio Jurídico Popular. Rio de Janeiro, octubre de 1990.
Varios Autores: *Progreso Técnico y Liberación*. Encuentro Latinoamericano de Profesionistas. Ed. Jus. México, 1974.
Velasco Yánez, David. *Autobiografía desde la óptica de la Opción por los Pobres*. Inédito. Presentado en un Seminario, en enero de 1988, en el Centro de Reflexión Teológica.
Vilas, Carlos María. *Derecho y Estado en una economía dependiente*. Ed. Guadalupe. Buenos Aires, 1974.
Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1996.
Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Tomo I. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1974.
Weckmann, Luis. *La sociedad feudal*. Ed. Jus. México, 1944.
Weyl, Monique y Weyl, Roland. *Revolución y perspectivas del Derecho*. Ed. Grijalvo. México, 1978.
Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico*, *Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1994.
Wolkmer, Antonio Carlos. "Direito Comunitário Alternativo: Elementos para un ordenamiento teórico práctico", en *Lições de Direito Alternativo 2*. Editora Académica. São Paulo, 1992..
Wolkmer, Antonio Carlos. "Pluralismo Jurídico, movimiento sociales y prácticas alternativas", en *El Otro Derecho* 7. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, enero de 1991.
Wolkmer, Antonio Carlos. "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas", en *El Otro Derecho* 7. Ed. Temis e ILSA. Bogotá, enero de 1991
Wolkmer, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. Editora Académica. Sao Paulo, 1991; en castellano: *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2003, con Introducción y Notas de César A. Rodríguez

EL DERECHO COMO ARMA DE LIBERACIÓN EN AMÉRICA LATINA. SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO, de Jesús Antonio de la Torre Rangel, se terminó de imprimir en San Luis Potosí, el mes de mayo de 2006. Se imprimió en los talleres de TGráfico, y consta de 1,000 ejemplares más sobrantes de reposición.