

ESTE LIBRO CONSTITUYE MATERIAL DE ESTUDIO Y/O TRABAJO.

Pertenece a:.....

Domicilio:.....

TE:.....

Estudio/trabajo:.....

TE:.....

EN CASO DE EXTRAVÍO, SE AGRADECE SU INMEDIATA DEVOLUCIÓN.

Biblioteca "....." ..... ..... LW 0663
---

**DIEGO J. DUQUELSKY GÓMEZ.**

Profesor Regular Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho en la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.  
Master en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en la  
Universidad Internacional de Andalucía.

## ENTRE LA LEY Y EL DERECHO

“Una aproximación a las prácticas  
jurídicas alternativas”

ISBN: 950-897-073-1

© EDITORIAL ESTUDIO S.A.

Todos los derechos reservados.

Libro de Edición Argentina.



**Editorial Estudio**



Los alcances puramente formales de las declaraciones de derechos y garantías, llevaron a que por mucho tiempo fueran miradas con cierto escepticismo, como un discurso meramente tranquilizador, que prometía precisamente lo que no daba. "Pero -como escribe Carlos Cárcova<sup>103</sup> - en situaciones de crisis, en las que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión."

Y así como se "redescubre" la legalidad, es necesario también darle una nueva atención al Estado. En "Límites y posibilidades de la democracia", Boaventura destaca su papel cada vez más importante en el marco de las luchas populares.

Fundamentalmente por su gran poder simbólico, desde el que es posible hablar políticamente en términos de bien común. "El capital no tiene que mencionarlo, pero el Estado sí", afirma el teórico portugués<sup>104</sup>. Y si bien este discurso puede ser manipulador, al menos es un punto de partida para la elaboración de una cultura alternativa en un mundo dominado por los mass-media, en que los bienes simbólicos pesan más que los materiales.

<sup>103</sup>C. Cárcova, *Las funciones del derecho*, op. cit., p.218.

<sup>104</sup>B. de Sousa Santos, *Límites y posibilidades de la democracia*, op. cit., p.82.

## TERCERA PARTE

### Derecho Alternativo y reapropiación social de la Función Normativa

Hace más de veinte años, uno de los -por entonces- líderes del movimiento del "Uso alternativo del derecho", Pietro Barcellona, se preguntaba como es posible legitimar la acción de las fuerzas políticas y sociales encaminadas a realizar los intereses excluidos; si puede reconocerse la competencia directa de los sujetos colectivos para la autorrealización de sus propios intereses; si la práctica emancipatoria puede ser tomada como fuente de creación de situaciones jurídicas relevantes; si existe una reserva de licitud para todo comportamiento colectivo encaminado a eliminar los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la persona humana<sup>105</sup>.

Y, ya por entonces, asomaba una respuesta que venía dada por la reapropiación social de la función normativa y la difusión de instrumentos de democratización en el tejido de la sociedad civil.

Veremos en esta última etapa del trabajo que hoy, veinte años después, el movimiento de derecho alternativo, parece encaminado en la misma dirección mientras que, a su vez, dos de los -a mi juicio- más importantes teóricos del derecho contemporáneo, Luigi Ferrajoli y Boaventura de Sousa Santos, han retomado y profundizado estas tesis.

<sup>105</sup>P. Barcellona y G. Cotturri, *El Estado y los Juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1996, p.263.

## 1. ¿Qué es el derecho alternativo?

### 1.1. Caracterización y breve historia del movimiento

No es fácil intentar una caracterización unívoca acerca de qué es el derecho alternativo. Uno de sus principales animadores, Amilton Bueno de Carvalho, nos advierte explícitamente sobre el peligro que acarrearía proponer una definición. Para no caer en la dogmatización, tal definición deberá ser lo suficientemente abierta para acoger las transformaciones que se operen en el camino.<sup>106</sup>

Pues bien, lo primero que deberíamos decir sobre el derecho alternativo es que sus propios integrantes lo consideran, más que como una teoría, como un *movimiento*. Y este movimiento se caracteriza, fundamentalmente, "por la búsqueda de un instrumental práctico-teórico destinado a los operadores jurídicos que ambicionan colocar su saber/actuación en la perspectiva de una sociedad radicalmente democrática".<sup>107</sup>

Tal como señalaran Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio<sup>108</sup>, en el seno de los operadores alternativos nos encontramos:

- a) por un lado, con una actitud *crítica*, es decir, opuesta, aunque en forma parcial, con el derecho considerado oficial; y
- b) por otro, con una actitud *utópica*: entendiendo a la jurisprudencia como un ámbito de apoyo y estímulo a las transformaciones sociales.

<sup>106</sup> A. Bueno de Carvalho, *Actuação dos juízes gaúchos no processo do pós-transição democrática (ou Uma praxis em busca de uma teoria)*, en *Direito Alternativo em movimento*, Luam Editora, Rio de Janeiro, 1997

<sup>107</sup> A. Bueno de Carvalho, *Actuação dos juízes gaúchos no processo do pós-transição democrática (ou Uma praxis em busca de uma teoria)*, en *Direito Alternativo em movimento*, op. cit. (la traducción del original en portugués es propia), p. 72

<sup>108</sup> Cfr., Joaquín Herrera Flores y, David Sanchez Rubio, *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica*, en *Jueces para la Democracia*, N° 3/1993, p. 89

De esta unión -sostienen los teóricos españoles- nacerán nuevos planteamientos con la intención de salir al paso de los obstáculos ocasionados por el choque entre la realidad y la idealidad de los conceptos de justicia, derecho, ley, norma, democracia, función judicial, interpretación y aplicación del derecho.

Para comprender cabalmente su proceso de constitución, proponemos esbozar en los próximos párrafos una breve historia del movimiento.

Un hito en la vida del movimiento -que ya forma parte de sus mitos constitutivos, pese a ser un dato de la realidad- lo constituye el episodio que dio difusión pública al derecho alternativo y, sin quererlo, aceleró su proceso de integración.

El 24 de octubre de 1990, el *Jornal Folha da Tarde* de San Pablo publicaba bajo el título "Juízes gaúchos colocam Direito acima da lei", un artículo sensacionalista y tendencioso del periodista Luiz Maklouf. El mismo era el resultado de una serie de conversaciones obtenidas *off de record* con un grupo de magistrados de Río Grande do Sul, y daba cuenta de la actividad de alrededor de cuarenta jueces de ese estado, que en sus sentencias venían cuestionando desde hacía algún tiempo, los fundamentos del Derecho, el Poder Judicial y el propio concepto de justicia.<sup>109</sup>

Como es de suponer, el mundo jurídico brasileño se conmocionó frente a la noticia. Edmundo Lima de Arruda Jr., en su trabajo "Direito alternativo - Notas sobre as condições de possibilidade"<sup>110</sup> relata pormenorizadamente los detalles de la reacción que caracteriza como "la embestida grosera de los leguleyos del status quo en la prensa". Desde el citado 24 de octubre de 1990 hasta finales de ese año, los medios de prensa escrita de más circulación publicaron notas de los principales operadores jurídicos del país, la mayoría de ellos atacando la actuación de los jueces alternativos.

<sup>109</sup> Cfr. Luiz Fernando Coelho, *Do direito alternativo*, en *Revista de Direito Alternativo*, N° 1, Académica, San Pablo, 1992

<sup>110</sup> en *Lições de Direito Alternativo*, Académica, San Pablo, 1991, p. 71 y sgtes.

Paradójicamente, este debate público posibilitó que otros profesionales del derecho con inquietudes similares -que venían desarrollando su tarea sobre todo en el ámbito de la abogacía popular- junto a teóricos e intelectuales que en campo universitario adscribían a posiciones críticas, decidieran definitivamente aglutinarse junto a los magistrados gaúchos y formar un frente común desde el que defender sus posiciones.

A partir de entonces comenzaron las actividades públicas del movimiento: foros, debates, encuentros, publicaciones individuales y colectivas; que alcanzaron su punto culminante con la celebración del "Primer Encuentro de Derecho Alternativo". Este congreso, de carácter internacional, celebrado en Florianópolis entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre de 1991 contó con más de un millar de asistentes: abogados populares, procuradores, fiscales, jueces y académicos provenientes sobre todo de las áreas de sociología y filosofía jurídica, no sólo de Brasil sino del resto del continente y algunas destacadas presencias europeas.

Los encuentros internacionales se sucedieron, realizándose el segundo y el tercero en 1993 y 1996, donde la convocatoria no sólo se mantuvo cuantitativamente, sino también desde el punto de vista cualitativo. Para nombrar sólo algunos de los prestigiosos nombres convocados podemos referirnos a autores de la talla de André Jean Arnaud, Alessandro Baratta, Alicia Ruiz, Modesto Saavedra, Raffaele de Giorgi, Joaquín Herrera, Eligio Resta, Oscar Correas, Carlos Cárcova o José Eduardo Faría.

Por otra parte, se desarrollaron reuniones y aparecieron publicaciones referidas a diversas áreas "dogmáticas" del derecho: derecho constitucional, procesal, civil, del trabajo, agrario, etc., todos ellos encarados desde la óptica del derecho alternativo.

## 1.2. Teoría Crítica del Derecho: el derecho como discurso

Como hemos señalado, el derecho alternativo debe ser entendido ante todo como un movimiento. Sin embargo queda claro también que no se lo puede considerar meramente como una corriente limitada al ámbito de la magistratura.

Existe un consenso de fondo sobre los nexos cada vez más profundos entre los miembros del derecho alternativo y las corrientes doctrinales latinoamericanas conocidas como "Teorías Críticas del Derecho" o "Crítica Jurídica".<sup>111</sup>

A los fines de nuestro trabajo, tomaremos tan sólo uno de los aspectos destacados por las corrientes críticas, la caracterización del derecho como "una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos."<sup>112</sup>

El discurso al que nos estamos refiriendo, abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones.<sup>113</sup>

A su vez, el discurso jurídico es, por su propia naturaleza un discurso constituyente, carácter que proviene directamente de su

<sup>111</sup> Para una buena aproximación a las Teorías Críticas del Derecho en América Latina ver C. Cárcova, *Teorías Jurídicas Alternativas*, CEAL, Bs. As., 1993 y A.C. Wolkmer, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, Acadêmica, San Pablo, 1995.

<sup>112</sup> C. Cárcova, *Teorías Jurídicas Alternativas*, en *Derecho política y magistratura*, op. cit., p. 29.

<sup>113</sup> Cfr. A. Ruiz, *Aspectos Ideológicos del discurso jurídico*, op. cit. p. 170 y sgtes.

relación con el poder. Como afirma Alicia Ruiz, se trata de un discurso constituyente porque asigna significaciones especiales a hechos y a palabras más allá de las intenciones de quienes ejecutan los primeros o pronuncian las segundas. El derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y a hacer, "y el sentido con que define estas prácticas viene determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un tiempo y lugar determinado"<sup>114</sup>.

Por otra parte, tal como venimos señalando a lo largo de todo el trabajo, la estrecha relación derecho-poder (entendiendo a este último no como una cosa o un instrumento, sino - desde una teoría relacionista- como una situación estratégica en una sociedad determinada) permite explicar la función paradójica del derecho. Vale decir que el papel del derecho dependerá de una relación de fuerzas que permite determinar que "en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política"<sup>115</sup>.

### 1.3. Niveles del discurso y usos del derecho

Esta caracterización del derecho como una práctica de naturaleza discursiva nos permitirá comprender con mayor profundidad los distintos planos o sentidos con que, como planteáramos en nuestra introducción, puede interpretarse la alocución "derecho alternativo".

Ricardo Entelman, uno de los fundadores de la escuela crítica de Buenos Aires, ha propuesto distinguir, al interior del discurso jurídico tres niveles de análisis. Cabe aclarar que los mismos no deben ser entendidos como compartimentos estancos, configu-

<sup>114</sup> A. Ruiz, Aspectos ideológicos del discurso jurídico, op. cit., p.173..

<sup>115</sup> C. Cárcova, Acerca de las funciones del derecho, op. cit.

rando, por supuesto, una totalidad. Sería un grave error, sostiene Entelman, pensar que los mismos podrían comprenderse por separado o que respondan a distintos fundamentos o finalidades.<sup>116</sup>

El primer nivel, al que podríamos denominar normativo, y sobre el que "pivotan" los dos restantes, está constituido por el discurso producido por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones. Es decir, por aquellos a los que el mismo discurso, a través de reglas de distribución de la palabra, autoriza a decir ciertas cosas bajo precisas reglas de autorreproducción: normas, reglamentos, edictos, sentencias, decretos, contratos formarán parte de este nivel.

El segundo nivel estará integrado por el producto de aquellos que trabajan sobre el primero: por un lado, por la práctica teórica de los juristas (teorías, doctrinas, discusiones); y por otro por las alusiones de su uso y manipulación: el resultado de la práctica profesional de abogados, notarios, liquidadores de impuestos, promotores de seguros, asistentes sociales y demás operadores jurídicos, más o menos cualificados.

Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico es aquel donde se juega el imaginario de una formación social. Será el lugar donde "se almacenarán las creencias producidas por las ficciones, las imaginерías de seguridad, construidas por los mitos; donde tendrán su enclave las apelaciones míticas, los conjuros rituales que prometerán la paz y ahuyentarán la violencia".<sup>117</sup>

Veamos ahora la tipología propuesta por Amilton Bueno de Carvalho en torno a los frentes relativos a los usos del derecho, para, a continuación, "cruzarla" con los niveles del discurso distinguidos por Entelman.

<sup>116</sup> Cfr. R. Entelman, Discurso normativo y organización del poder, en Materiales para una teoría crítica del derecho, op. cit., p.307 y sgtes.

<sup>117</sup> R. Entelman, Discurso normativo y organización del poder, op. cit., p. 308.

a) El tradicional *uso alternativo del derecho*. Siendo el discurso jurídico un orden plagado de baches, silencios y contradicciones, es fatalmente necesario realizar una tarea interpretativa que lo complete y coherente, que llene los espacios vacíos. Esta tarea deberá realizarse, no ya para preservar el *status quo* (como se ha hecho tradicionalmente), sino con la intención de favorecer a los sectores más desprotegidos de la sociedad.

b) *El positivismo de combate*, expresión utilizada por Miguel Pressburger, para caracterizar aquel nivel de disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas y pese a haber sido positivizadas no se aplican.

c) *El derecho alternativo en sentido estricto*, también denominado derecho insurgente, achado na rua, emergente, etc. Es el lugar del pluralismo jurídico, desde el que se cuestiona el monopolio de la producción estatal del derecho, admitiendo la existencia de una pluralidad de ordenes jurídicos generados al interior de las prácticas comunitarias.

A la clasificación propuesta podríamos agregar una cuarta acepción, íntimamente relacionada con las expuestas en los puntos precedentes: *los servicios legales alternativos*. Existen en Latinoamérica organizaciones como el Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA) cuyas actividades no se limitan a la prestación jurídica, ya que procuran, a través de la educación legal y política, la concientización de las organizaciones populares. Por otro lado, el ILSA por ejemplo, apoya desarrollos de tipo teórico a través de publicaciones como *El otro derecho*.

Si bien excedería el marco de este trabajo un análisis profundo de las entidades que desarrollan actividades de asesoría jurídica popular, a modo ejemplificativo vale la pena destacar, además del ILSA, al Instituto de Apoyo Jurídico Popular de Río de Janeiro, coordinado por Miguel Pressburger; el Núcleo de Estudios para la Paz y Derechos Humanos, a cargo de José Geraldo de Souza Jr, de Brasilia; o el Centro de Desarrollo y Estudios Jurídicos y Sociales "Quercum", dirigido en Chile por Manuel Jacques.

Del entrecruzamiento de ambas clasificaciones podríamos concluir que el "uso alternativo del derecho" se situaría principalmente en el primer nivel del discurso jurídico, mientras que el positivismo de combate, no sólo sería parte del nivel normativo (kelsenianamente estamos considerando a las sentencias como un tipo de norma, normas individuales), sino que paralelamente se produciría en el primer y segundo nivel, mediante la actividad profesional tendiente a la efectivización de las conquistas positivizadas.

También en el segundo nivel encontraríamos a las actividades de los servicios legales alternativos, pese a que, mediante sus actividades formativas estaríamos entrando en la conformación del último de los niveles, el imaginario social.

Finalmente, el derecho alternativo en sentido estricto o pluralismo jurídico, se sitúa abiertamente en este tercer nivel, el discurso de los súbditos. Como trataremos de demostrar, con un grado de independencia o protagonismo mucho mayor que el imaginado por Entelman al formular su análisis.

En los próximos apartados pasaremos, entonces, al estudio de cada uno de estos planos en que puede leerse la actividad del movimiento de derecho alternativo.

## 2. El uso alternativo del derecho

### 2.1. Caracterización

El primero de los sentidos de la expresión derecho alternativo se vincula con el tradicional *uso alternativo del derecho*, actividad que se desenvuelve en el propio seno del ordenamiento jurídico positivo utilizando las contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho vigente, buscando, a través de una interpretación cualificada, que los efectos de la norma sean cada vez más democráticos.

A este mismo sentido se refiere Edmundo Lima de Arruda Jr. bajo la denominación del *plano do instituido relido*<sup>118</sup>, al que caracteriza como el lugar de la hermenéutica alternativa, la que no se restringiría tan sólo a la magistratura, sino a todos los operadores jurídicos envueltos en el proceso interpretativo. Según el profesor de Santa Catarina, con el agotamiento relativo del paradigma liberal legal, se abre un campo cada vez más amplio para los actos de interpretación y aplicación de normas.

Amilton Bueno de Carvalho nos describe algunos efectos prácticos producidos por esta óptica hermenéutica alternativa en los campos civil y criminal. Así, por ejemplo, en lo civil, se amplía el concepto de bienes inembargables a todos aquellos que preservan la vida con dignidad; se reconoce el derecho de ocupación de áreas improductivas por parte de los sin tierra; y se tiene al principio de buena fe como principio universal de derecho.

En el ámbito penal, se amplía el concepto de hurto famélico, aceptando aún el de robo famélico; se extiende la caracterización de los delitos bagatelares; se flexibiliza la apreciación de delitos

<sup>118</sup> Cfr. E. Lima de Arruda Jr. *Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares*, en *Lições de Direito Alternativo 2*, De. Académica, San Pablo, 1992, p. 174 y sgts.

sexuales no violentos; y se refuerza la tendencia a evitar, siempre que sea posible, las condenas de reos a presidio, ante el caos del sistema penitenciario.<sup>119</sup>

Sin duda alguna este primer sentido del derecho alternativo nos remite a la corriente jurisprudencial nacida en Italia durante los años setenta, que fue conocida y divulgada bajo el rótulo de "uso alternativo del diritto".

Pero, en forma previa, será menester repasar algunos conceptos básicos en torno al carácter ideológico de las técnicas de interpretación de la ley.

### 2.2. Algunas palabras sobre la interpretación

Para la dogmática jurídica tradicional, la tarea del juez o del intérprete se reduciría a descubrir la regla general que ha de resolver el caso concreto que se presenta. Esta tarea se alcanzaría, si la complejidad del caso lo requiriese, mediante la integración sistemática, coherente y dinámica, de conceptos y figuras jurídicas tomadas de todo el ordenamiento. De este modo, el material estaría dado exclusivamente por el orden jurídico, y nada en la actividad del juez o del intérprete podría describirse como "creación".<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Cfr. A. Bueno de Carvalho, *Actuação dos juizes gaúchos no processo do pós-transição democrática (ou Uma praxis em busca de uma teoria)*, en *Direito Alternativo em movimento*, Luam Editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 81.

<sup>120</sup> Cfr. G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1968. Este clásico texto del iusfilósofo argentino es fruto de una larga confrontación con Sebastián Soler, polémica que se desarrolló de la siguiente forma: Soler, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962 y *Fe en el derecho*, Tea, Bs. As., 1956; Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1968; Soler, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969; Carrió, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1971 y Soler, *El juez y el súbdito*, La Ley, 142-1094.



Sin embargo, no es necesario esperar al surgimiento de posturas radicales como las del uso alternativo del derecho para encontrar severos cuestionamientos a tal concepción formalista.

El propio Hans Kelsen ha cuestionado la posibilidad de suministrar un criterio o método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma jurídica. De allí se desprende el carácter ilusorio e ideológico de la pretendida seguridad jurídica que se basa en considerar al derecho "como un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres, y en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo"<sup>121</sup>.

Ya en nuestra introducción señalábamos que la vieja disputa entre "formalistas" y "realistas" se encuentra actualmente superada. Y que en tal sentido fueron sustanciales los aportes de las corrientes hermenéuticas, de quien -como anticipáramos- Gadamer es su referente paradigmático. Vale la pena reiterar la cita: "Para el autor de *Verdad y Método*, la interpretación supone un acuerdo entre la objetividad de un texto y la subjetividad de un lector. Ambos cambian al superarse la tensión inicial. Todo acto de lectura moviliza las ideas previas, los prejuicios y preconceptos del lector que organizan un esquema propio que no siempre es posible reducir al texto"<sup>122</sup>.

**Recordemos que la hermenéutica puede ser considerada uno de los peñaños que a lo largo del siglo XX han conformado la**

<sup>121</sup>H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Bs. As. 1973, p. 171. Mucho más violenta aun es la reacción antiformalista representada por las corrientes realistas en sus vertientes norteamericana y escandinava entre cuyos máximos exponentes reconocemos a autores como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, o el propio Alf Ross.

<sup>122</sup>Cfr. Carlos Cárcova, *Jusnaturalismo vs. Positvismo Jurídico: un debate superado en Derecho, política y Magistratura*, Biblos, Bs. As. 1996.

idea de *verstehen* o comprensión, en la filosofía y la metodología de las ciencias sociales.<sup>123</sup>

Según Enrique Marí<sup>124</sup>, para Gadamer, la tarea del jurista dedicado a comprender y desentrañar textos normativos, no difiere, entre otras, de las del teólogo, el historiador o el filólogo. Al jurista le corresponde restituir a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y, por esta vía, reproducir la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a confluír estos distintos intérpretes.

Por otro lado, debemos destacar el hecho de que aun cuando el intérprete viva en la idea espontánea y casi natural, frente a la ley vigente, de que su sentido jurídico es unívoco, atarse al texto no significa atarse al sentido original de la norma.

"Al defender su opinión de que el jurista no elige su punto de mira frente al texto, sino que su lugar le está predeterminado, a la manera en que la perspectiva de un cuadro predetermina el ojo que lo percibe, Gadamer ofrece un argumento que abona la tesis sobre el enlace básico entre modernidad e interpretación de la ley"<sup>125</sup>.

Un sugestivo análisis de las relaciones entre las escuelas interpretativas y los factores sociopolíticos propios de una deter-

<sup>123</sup> Según Federico Schuster, la idea de comprensión tendría su origen a fines del siglo pasado en Dilthey y la noción de "empatía"; pasando luego por los tipos ideales de Weber; la reconstrucción fenomenológica de la noción de comprensión en la filosofía de Schütz; la versión lingüística de Peter Winch; la hermenéutica, representada fundamentalmente por Gadamer y Ricoeur y finalmente, la que denomina "segunda solución lingüística", representada por D. Davidson. Cfr. F. Schuster, *El oficio de investigador*, Fac. de Filosofía y Letras, Bs. As., 1995, p. 15 y sgtes.

<sup>124</sup> E. Marí, *La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad*, en A.A.V.V. *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>125</sup> E. Marí, op. cit., p. 237.

minada formación histórica podemos encontrarlo en un viejo artículo de Carlos Cossio, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época"<sup>126</sup>.

Así, por ejemplo, vemos como en Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía se posesionó del parlamento, y sus propios diputados fueron los legisladores. El poder judicial en cambio, siguió durante un tiempo bajo el poder del *ancien regime*, razón por la cual, la nueva clase triunfante corría el riesgo de ver frustradas sus reformas en dicha instancia. No ha de extrañarnos, entonces - sostiene Cossio-, que apareciera la escuela del empirismo exegético, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención psicológica del legislador.

En Inglaterra, por su parte, la revolución burguesa había ocurrido cien años antes que en Francia, pero sin disolver la estratificación nobiliaria de la sociedad y el gobierno. Agudamente señala el filósofo egológico "tan pronto como advertimos que fueron legistas burgueses quienes actuaron como jueces del reino desde entonces y a raíz de dicha revolución, tampoco es extraño que la teoría jurídica venga a decirnos, aquí, que todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en el precedente"<sup>127</sup>.

El historicismo casuístico es definido como la ciencia normativa propia del Common Law, de modo tal que cuando la burguesía inglesa llega al parlamento en el siglo XIX, transformándolo en el supremo órgano gubernamental, cuenta con el hecho de que tales precedentes ya venían siendo sentados por jueces burgueses desde hacía doscientos años.

Finalmente, en Alemania, la estructura feudal llegaba al siglo XIX prácticamente intacta, sin haberse producido allí la revo-

<sup>126</sup>en Revista La Ley, Tomo 108, Sección Doctrina, p. 1088 y sgtes., ponencia leída en sesión plenaria del IV Congreso Nacional de Filosofía celebrado en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, Brasil, 4 a 10 de noviembre de 1962.

<sup>127</sup>C. Cossio, op. cit., p.1090.

lución burguesa. Ello explica -según Cossio- el surgimiento de la "jurisprudencia de conceptos" como modelo propio de la ciencia jurídica alemana. Veamos por qué:

La burguesía alemana, como poder social dominante, no teniendo precedentes judiciales, ni pudiendo contar con la intención de sus legisladores, recurrió a las universidades y a los juristas para obtener su derecho, con lo que nace un racionalismo dogmático que invoca el espíritu del pueblo y que asegura que las normas y las instituciones ya están contenidas en los conceptos jurídicos fundamentales.

### 2.3. Italia, años setenta: "uso alternativo del diritto"

Hechas estas observaciones previas en torno a la interpretación, trataremos en el presente apartado de caracterizar los rasgos fundamentales del ciclo protagonizado por el movimiento italiano del "uso alternativo del diritto".

Será necesario entonces, en este momento del trabajo, estudiar los orígenes teóricos y políticos del movimiento. Luego, dedicarse a su producción teórica, y a la influencia ejercida en Europa, fundamentalmente en España.

A inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, corriente interna de la Associazione Nazionale Magistrati fundada en 1964, comienza a teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho<sup>128</sup>.

La práctica concreta de la jurisdicción, particularmente en el área del derecho del trabajo, reveló una sensibilidad de am-

<sup>128</sup> Cfr. Pietro Costa *La alternativa "tomada en serio": manifiestos jurídicos de los años setenta*, en Anales de la cátedra de Francisco Suárez N° 30/ 1990.

plios sectores del Poder Judicial, que fue seguida por una respuesta inmediata de los teóricos del derecho.<sup>129</sup>

En dicho contexto, se desarrolló en Catania, los días 15 al 17 de mayo de 1972 una reunión clave, organizada por el Departamento Jurídico de la Facultad de Ciencias Políticas. De ella surgieron los materiales que luego se conocieron en dos volúmenes titulados *L'uso alternativo del diritto*. Los mismos fueron a su vez traducidos al castellano por Juan Ramón Capella, y editados por la Editorial Fontamara, Barcelona, 1977.

Entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattati, Domenico Pulfano, Francesco Misiani, etc. A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el statu-quo existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.<sup>130</sup>

El trabajo de subsunción del hecho en la norma no es científico ni lógico. En este método, sostienen, hay una grave deformación, en cuanto que la norma se convierte en lo relevante, mientras que lo real -las determinaciones socioeconómicas- resulta irrelevante. Nicolás López Calera destaca que "la jurisprudencia alternativa rechaza esta primacía de la norma como criterio primario de conocimiento de la realidad y trata de cambiar estas rela-

<sup>129</sup> Cfr. Roberto Bergalli, *Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión "uso alternativo del derecho"?*, en *Revista de Derecho Alternativo*, N.º 1, 1992, p. 19 y sigtes.

<sup>130</sup> Cfr. Carlos M Cárcova, *Teorías Jurídicas Alternativas*, CEAL, Bs. As., 1993.

ciones norma-hecho y sacar de las normas jurídicas los criterios de valoración fácticamente relevantes, es decir, realmente progresivos para la liberación de la clase obrera."<sup>131</sup>

En síntesis, puede entenderse por 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. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y -conforme la interpretación de Modesto Saavedra<sup>132</sup>- su idoneidad como factor de cambio social.

Sin embargo, debemos dejar en claro que ninguno de los defensores del uso alternativo del derecho ha creído nunca que la revolución proletaria habría de hacerse prioritaria o fundamentalmente por medio del derecho. Lo que destacan estos autores es la importancia relativa del nivel jurídico en las sociedades capitalistas avanzadas. Su abandono o marginación dentro de la lucha de clases podría significar un entorpecimiento del triunfo proletario, o una falencia de sus estrategias.

En cuanto a su desarrollo en el resto de Europa señalaremos brevemente dos fenómenos. En primer lugar, cabe destacar -siguiendo a Perfecto Andrés Ibañez- que al filo de los años setenta comenzaron a registrarse los primeros síntomas de permeabilidad de algunos sectores de la magistratura española a planteamientos críticos, que se manifiestan en la aparición de algunos documentos como *Justicia y Política 1972*, experiencias colecti-

<sup>131</sup> N. López Calera, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978, p. 17.

<sup>132</sup> Cfr. M. Saavedra López, *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.

vas como Justicia Democrática o el escrito de los jueces del territorio de Barcelona de enero de 1976<sup>133</sup>.

Por otra parte -si bien no puede considerarse una consecuencia del uso alternativo italiano, sino más bien el producto de las mismas raíces coyunturales- es significativo el aporte del Sindicato de la Magistratura y del Sindicato de Abogados de Francia. Tales colectivos, creados en la gran ebullición del mayo de 1968, cumplieron un papel nada desdeñable en el campo de la crítica jurídica. Antoine Jeammaud, por ejemplo, reconoce que el movimiento teórico universitario que constituye *Critique du droit*, debe mucho a la "onda de choque inducida en el mundo de los juristas por la creación y los cuestionamientos del Sindicato de la Magistratura".<sup>134</sup>

La última cuestión será tratar de determinar como ha cerrado su ciclo, si es que lo ha hecho, el Uso Alternativo. Una lectura posible la debemos a Pietro Costa. Para éste, la aventura acabaría de *muerde natural*, ante la crisis del marxismo y desaparición del telón de fondo desde el que se proyectaba la estrategia politizadora del movimiento. Barcellona, en cambio, esgrime otra interpretación. Lo que los *alternativistas* habrían propuesto era una estrategia más compleja: la operación de hacer explotar, dentro del sistema y la teoría de las fuentes del derecho, la idea democrática. Esta segunda lectura tendría la ventaja, como sostiene Mariano Maresca<sup>135</sup>, de dejar el problema abierto a nuevas reflexiones y, a su vez, replantear el papel de lo jurídico en la recuperación de la democracia como horizonte real, no sólo formal, del desarrollo de las relaciones sociales.

<sup>133</sup>Cfr. Perfecto Andrés Ibañez, *Uso alternativo del derecho y práctica judicial*, en *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.

<sup>134</sup>A. Jeammaud, *Algunos cuestiones a abordar en común para fazer avanzar o conhecimento crítico do direito*, en *Crítica do Direito e do Estado*, Graal, Rio de Janeiro, 1984, p. 75 (la traducción del original en portugués es propia).

<sup>135</sup>Cfr. Mariano Maresca, *El lugar de la justicia*, en *Jueces para la Democracia*, N° 3/1993.

### 3. El "positivismo de combate"

#### 3.1. Caracterización

Tal como habíamos anticipado, la segunda de las acepciones de la expresión "derecho alternativo" recogida por Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio en su trabajo *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica*<sup>136</sup> se vincula con el llamado "positivismo de combate", utilizado para caracterizar aquel nivel de disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas y pese a haber sido positivizadas no se aplican.

Edmundo Lima de Arruda Jr. también se refiere a este sentido en su tipología sobre los usos del derecho. Así es que reconoce en primer lugar este nivel al que denomina "*plano do instituído sonogado*", es decir, encubierto, oculto. La explicación se este "ocultamiento" la podemos encontrar, según Arruda, en la superposición de la razón instrumental neoliberal sobre la racionalidad formal, siendo entonces negados principios de gran potencial presentes en el constitucionalismo de base más elemental.<sup>137</sup>

#### 3.2. Derecho Alternativo y Constitución

Vale la pena recordar también que desde la reinstauración de la democracia en América Latina, gran parte de los países del subcontinente renovaron sus órdenes constitucionales, como así también entraron en vigor como derecho positivo la mayoría de

<sup>136</sup> En *Jueces para la Democracia*, N° 3, 1993, p. 89. Una primera aproximación a esta temática pudo encontrarse en el punto dedicado a los Nuevos Movimientos Sociales frente a la legalidad denominado "La otra cara de la moneda II: desde los NMS".

<sup>137</sup> Cfr. E. Lima de Arruda Jr. *Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços prelliminares*, en *Lições de Direito Alternativo 2*, De. Académica, San Pablo, 1992, p. 174 y sgts.

los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos<sup>138</sup>.

Por ejemplo, en Argentina la reforma de 1994 no sólo incorporó nuevos derechos y garantías<sup>139</sup>, sino que expresamente otorgó rango o jerarquía constitucional a los siguientes tratados internacionales:

- a) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,
- b) la Declaración Universal de Derechos Humanos,
- c) la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,
- d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
- e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
- f) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,
- g) el Pacto de San José de Costa Rica,
- h) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,
- i) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,
- j) la Convención sobre los Derechos del Niño.

Muy semejante es el caso de Brasil, cuya constitución actual -dice Amilton Bueno de Carvalho- es "pródiga en la positivación de principios".<sup>140</sup> La misma condensa un compromiso entre las clases y fracciones que participaron en el juego político que condujo a su elaboración.

<sup>138</sup> A modo ilustrativo podemos citar la reforma brasileña de 1988, la argentina de 1994 o la colombiana de 1995.

<sup>139</sup> Como el habeas corpus, el habeas data, el derecho de resistencia a la opresión contra los gobiernos de facto, la consulta popular, los derechos ecológicos, del consumidor, de los indígenas, etc.

<sup>140</sup> A. Bueno de Carvalho, *Atuação dos juízes gaúchos no processo do pós-transição democrática (ou Uma praxis em busca de uma teoria)*, en *Direito Alternativo em movimento*, Luam Editora, Rio de Janeiro, 1997, p. 80.

Por tal razón es que uno de los más prestigiosos constitucionalistas que forma parte del movimiento de derecho alternativo, Clèmerson Merlin Clève, sostiene que "en el Brasil contemporáneo, constituye una misión del derecho alternativo producir la defensa de la Constitución. La Constitución brasileña, tan vilipendiada, criticada y menospreciada, merece consideración. Sí, porque en ese documento mal escrito y contradictorio, el derecho alternativo encontrará una reserva impresionante de *topois* argumentativos justificadores de una renovada óptica jurídica y de la defensa de los intereses que, para el derecho alternativo, se deben defender"<sup>141</sup>.

Para el derecho alternativo, la constitución es uno de los grandes espacios en que se opera la lucha político-jurídica. Por ello debemos entender que el proceso constituyente se desarrolla sin interrupción, incluso después de la promulgación de las normas constitucionales.

Las luchas que originalmente se trababan en la Asamblea Constituyente, se transfieren al campo de la práctica efectiva de la hermenéutica constitucional y la aplicación de sus disposiciones. Afirmar la pertinencia de la ejecución inmediata de los dispositivos constitucionales, apuntar la exigencia de integración legislativa o sostener la prevalencia de determinada interpretación, son actos cuyo compromiso ideológico no puede ser ocultado.<sup>142</sup>

Esta segunda acepción de derecho alternativo, decíamos en nuestra introducción, tiene múltiples puntos en común con la Teoría Garantista, desarrollada fundamentalmente por Luigi Ferrajoli, y con la que ya tuvimos contacto en varios pasajes de nuestro trabajo.

<sup>141</sup> C. M. Clève, *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para una dogmática constitucional emancipatoria)*, en "Seleções jurídicas - Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro - Junho 93", COAD-ADV 01/94, p.45. (La traducción del original en portugués es propia).

<sup>142</sup> C. M. Clève, op. cit. p. 47 y sgtes.

### 3.3. El Garantismo

Podemos afirmar que *Derecho y Razón*, de Luigi Ferrajoli es una de las obras que han tenido mayor impacto en la cultura jurídica de los últimos tiempos, desde su publicación en 1990, y particularmente en el ámbito latinoamericano a partir de la aparición de la versión castellana en 1995.

No debemos olvidar, además, que su autor había sido uno de los principales animadores del movimiento del *Uso alternativo del derecho* en Italia de los años setenta. De allí el particular atractivo que presenta para nosotros.

Si bien el garantismo tuvo como objeto inicial contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, terminó constituyendo una auténtica teoría jurídica, filosófica, hermenéutica y política. Porque, reconoce Ferrajoli, la crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia<sup>143</sup>.

El modelo o sistema garantista, al que su autor califica como "positivista crítico"<sup>144</sup>, propone alterar al "positivismo dogmático" o "paleopositivismo" en diversos planos<sup>145</sup>:

a) en el plano de la teoría del derecho, donde propone la disociación entre validez y vigencia de la norma y, con ello, reconduce la relación entre forma y sustancia de las decisiones;

b) en el plano de la teoría política, donde también la alteración de las relaciones forma-contenido implican el reconocimiento de una dimensión sustancial de la democracia;

<sup>143</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 28 y , *El derecho como sistema de garantías*, op. cit., p.8. Los diversos aspectos de la crisis del derecho que reconoce Ferrajoli fueron tratados a lo largo de este trabajo. Por ejemplo, la *crisis de legalidad* que afecta a las prácticas de los poderes estatales, la *crisis del estado de bienestar*, o la *crisis de los estado nación*.

<sup>144</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 871 y sgtes.

<sup>145</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *El derecho como sistema de garantías*, op. cit., p. 10.

c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, redefiniendo el papel del juez y los fundamentos de su legitimación; y

d) en el plano de la meta-teoría del derecho, es decir, del rol de la ciencia jurídica, a la que ya no le cabrá una función meramente descriptiva.

Trataremos en los siguientes párrafos de delinear los puntos centrales de cada uno de estos niveles propuestos por Ferrajoli, los que constituyen el núcleo de su postura<sup>146</sup>.

La primera de las alteraciones producidas por el modelo garantista apunta al plano de la Teoría del Derecho, más específicamente a la propia noción de "validez" de las normas jurídicas.

Según Ferrajoli, los máximos teóricos del derecho han identificado la "validez" de las normas, sea cual fuera su contenido, con su existencia. Es decir, con su pertenencia a cierto ordenamiento, la que viene determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo.

Esta concepción simplificada de la validez, de alcance puramente formal, implica para Ferrajoli, una simplificación e incompreensión de la legalidad de un estado constitucional de derecho. Esto se debe a que el sistema de normas *sobre* la producción de normas, no se compone tan sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos. Incluye a su vez una serie de normas sustanciales, principios constitucionales y derechos fundamentales, que limitan y vinculan el poder legislativo, imponiéndole o excluyéndole determinados contenidos.

De este modo, la ciencia del derecho ha tenido que enfrentarse al problema de normas que, por más que tengan existencia formal,

<sup>146</sup> Cabe aclarar, no obstante, que no pretendemos agotar en modo alguno, en estos pocos párrafos, la riqueza de casi mil páginas de extensión, una profundidad conceptual impresionante, y una erudición poco usual.

o vigencia, se encuentran en contradicción con normas sustanciales sobre su producción.

Esta distinción conceptual obedece a los infructuosos resultados a los que llevaron las concepciones tradicionales de Hans Kelsen o Herbert Hart. Para el primero, la aporía de los desniveles normativos se resolvería manteniendo la validez de las normas inferiores, aún en los casos de contradicción con principios sustanciales de orden superior, mientras tales normas no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. De esta manera -sostiene el teórico garantista- Kelsen confunde la anulación con la abrogación y calca peligrosamente el "deber ser" sobre el "ser" del derecho, mediante el establecimiento de una presunción general de legitimidad de todas las normas vigentes como válidas.<sup>147</sup>

Hart, por el contrario, en "El concepto de derecho", ha negado la validez de tales normas, reconociendo a las normas sustanciales sobre la validez la misma trascendencia o importancia que a las formales. El resultado es, para Ferrajoli, aun más insostenible. Tal posición implicaría negar la existencia de las normas formales, pero no sustancialmente conformes con las relativas a su producción. El vicio, en este caso, sería inverso al kelseniano: calcar al ser sobre el deber ser del derecho y desconocer, en consecuencia, como no vigentes, las normas inválidas y sin embargo aplicadas hasta que se produzca su anulación.

Ferrajoli, denomina "iuspositivismo dogmático" a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad<sup>148</sup>.

Para superar las aporías a las que se enfrentan las teorías tradicionales en torno a la validez, el garantismo propone distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas:

<sup>147</sup> L. Ferrajoli, *El derecho como sistema de garantías*, op. cit. p. 11.

<sup>148</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. p. 871 y sgtes.

i) la "vigencia" o "existencia", que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y

ii) la "validez" propiamente dicha que, por el contrario, tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido.

Esta distinción resulta esencial para comprender la estructura normativa del estado de derecho caracterizada<sup>149</sup>:

a) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico respecto del superior;

b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y validez de las segundas;

c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; y

d) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial.

La doble sujeción del derecho al derecho que implica reconceptualizar la relación entre forma y sustancia -entre signos y significados- se traduce, por su parte, una nueva dimensión sustancial de la democracia.

Y así como el concepto de vigencia (dimensión formal) se vincula directamente con lo que llamaremos "democracia política",

<sup>149</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. p. 872.





que hace referencia fundamentalmente al "quién" y al "cómo" de las decisiones ; la noción de validez (dimensión material) se relaciona con la que Ferrajoli denomina "democracia sustancial", pues-to que se refiere a lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría.

La democracia política, al igual que el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, pero vinculada y delimitada por los Derechos fundamentales. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede decidir legítimamente la violación de un derecho de libertad, o la no satisfacción de un derecho social.

Por supuesto, -como ya anticipáramos- por su misma naturaleza, esta estructura está destinada a un grado más o menos elevado de ineficacia : las antinomias, violaciones consistentes en acciones, permanecen mientras no son resueltas a través de la anulación de las normas indebidamente vigentes. Las lagunas, violaciones consistentes en omisiones, permanecen hasta que son colmadas por la emisión de las normas indebidamente no vigentes.

Las alteraciones producidas por el modelo garantista en el plano de la jurisdicción y del rol de la ciencia jurídica se vinculan directamente con dos dogmas del iuspositivismo dogmático que reconoce Ferrajoli : la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica.

La sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la constitución.

En este papel del juez como garante de los derechos fundamentales se basa la legitimación democrática de la jurisdicción. Pero no de la democracia política, sino, por el contrario, de la democracia sustancial. No deriva entonces, de la voluntad de la mayoría, sino, precisamente, de su oponibilidad. En tal sentido, afirma Ferrajoli que ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar

con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas.<sup>150</sup>

Del mismo modo, entra en crisis el viejo modelo de ciencia jurídica propuesto por el paleopositivismo. La tarea del jurista, desde la perspectiva garantista (o positivista crítica) no es, entonces, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas en forma coherente y con una plenitud que en verdad no poseen, sino, por el contrario, denunciar la existencia de antinomias y lagunas.

Una legalidad compleja como la descripta, confiere a la razón jurídica el nuevo reto de cumplir con una papel crítico y proyectivo a la vez : "la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección"<sup>151</sup>.

Mucho quedaría por ver y por decir de la teoría garantista. No obstante lo cual, consideramos que es suficiente para dejar en claro el vínculo existente entre este modelo teórico y el "derecho alternativo".

El propio Ferrajoli se refirió a este nexo en el año 1992 en Madrid, España, durante las jornadas sobre "La crisis del derecho y sus alternativas", organizadas por el Consejo General del Poder

<sup>150</sup> En este punto Ferrajoli se sitúa frente a las doctrinas consensualistas y discursivas de la verdad, a las que tacha de inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso. Teorías "que -nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)- algunos penalistas y procesalistas querían importar ahora en el proceso penal, quizá para la justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de la pena" L. Ferrajoli, *El derecho como sistema de garantías*, op. cit., p.15.

<sup>151</sup> L. Ferrajoli, *El derecho como sistema de garantías*, op. cit., p.16.

Judicial. Dejemos que sean sus propias palabras las que cierren este momento de nuestro trabajo:

"Esto y no otra cosa -dicho sea incidentalmente- entendíamos hace veinte años con la expresión *jurisprudencia alternativa*, recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibañez y en torno a la que se han producido tantos equívocos : interpretación de la ley conforme la constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional ; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad"<sup>152</sup>.

#### 4. Pluralismo jurídico

##### 4.1. Orígenes y evolución

El tercer sentido de la alocución derecho alternativo se refiere al denominado *pluralismo jurídico*, o *derecho alternativo en sentido estricto*. Partiendo de una visión anti-monista del derecho, se postula que el Estado no es el único sujeto creador de normas jurídicas. Es la sociedad quien genera sus propias normas, y este derecho no debe ser considerado inferior al derecho estatal.

Este nivel, que también ha sido rotulado como *derecho insurgente* o *derecho achado na rua*, se sitúa para Edmundo Lima de Arruda Jr. en el *plano do instituinte negado*, y se caracteriza por no ser un lugar exclusivo de los operadores jurídicos, sino de fundamentalmente de los movimientos sociales.

<sup>152</sup> Dicha ponencia fue posteriormente publicada bajo el rótulo de "El derecho como sistema de garantías" por la Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, artículo sobre el que hemos trabajado en numerosas secciones de este trabajo. L. Ferrajoli, El derecho como sistema de garantías, op. cit., p. 14.

Debemos señalar, además, la existencia de diferentes posturas al interior del movimiento de derecho alternativo frente a la problemática del pluralismo. A ellas dedicaremos un apartado específico.

Este tipo de investigaciones -entre las que se destacan los trabajos de campo realizados en una favela de Río de Janeiro por Boaventura de Sousa Santos- tuvo una remota inspiración en la tradición romántica antiformalista de finales del siglo XIX y principios del XX (derecho vivo de Eugen Erlich; escuela del derecho libre) y una inspiración muy próxima a la antropología jurídica anglosajona.<sup>153</sup>

Desarrolladas con un sentido epistemológico crítico, progresista, intentaban romper con uno de los tabúes de la teoría sociológica del derecho como también del estudio del discurso y de la argumentación jurídicos: el reconocimiento de una producción jurídica no estatal<sup>154</sup> y la denuncia del ocultamiento (o supresión) de tales órdenes alternativos llevado a cabo por el Estado capitalista como forma de dominación.

Las causas del surgimiento del pluralismo legal residen en dos situaciones concretas: un origen colonial y otro no-colonial<sup>155</sup>. En el primer caso, es clara la coexistencia en un mismo espacio, arbitrariamente unificado como una colonia, del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales. Lo que fue fuente constante de conflictos y reacomodaciones precarias.

<sup>153</sup>B. de Sousa Santos, *La transición posmoderna: derecho y política*, en Doxa, 6, Alicante, 1989. Para una revisión histórica del problema del pluralismo jurídico, puede consultarse el erudito estudio de Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*, Ed. Alfa Omega, San Pablo, 1994, p. 168 y sgtes.

<sup>154</sup> B. de Sousa Santos, *El Discurso y el Poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, en Estado, Derecho y Lucha de Clases. ILSA, Bogotá, 1991, p.24.

<sup>155</sup>B. de Sousa Santos, *El Discurso y el Poder*, op. cit., p.70 y sgts.

En cuanto al origen no-colonial, se destacan tres nuevos supuestos:

i) La adopción, en países de tradiciones culturales "no europeas", de modelos jurídicos europeos como herramienta de "modernización" y consolidación del poder del Estado (como los casos de Turquía, Tailandia o Etiopía).

ii) Cuando, en virtud de una revolución social, el derecho tradicional entró en conflicto con la legalidad revolucionaria, habiendo sido por ello proscripto, pero sin haber dejado de tener vigor durante largo tiempo. Ejemplo paradigmático de este caso son las repúblicas del Asia Central, de tradición jurídica islámica, en el seno de la Ex-Unión Soviética.

iii) El caso en que poblaciones autóctonas, nativas o indígenas, no totalmente exterminadas, fueron sometidas al derecho del conquistador con el permiso, expreso o implícito, de seguir conservando en ciertos dominios su derecho tradicional. Tal es el caso de las "reservas indígenas" de los Estados Unidos o los "pueblos autóctonos" de Australia o Nueva Zelandia.

A la clasificación propuesta por Boaventura podríamos agregar otro supuesto, de vigencia cada vez más cruda en nuestra "aldea global": los intensos movimientos demográficos a los que asistimos día a día, que obedecen fundamentalmente a razones económico-laborales, son generadores de nuevas sociedades, plurales, diversas, multiculturales.

Particularmente en Europa, pero también en América Latina, la presencia extranjera masiva y los cambios que ella importa ha pasado a ser una preocupación constante, tanto a nivel político como teórico. En este último, se encuentra también el tema del pluralismo jurídico, sobre todo en los casos en que las prácticas jurídicas "cargadas a cuestas" por los migrantes, entran en conflicto con el derecho estatal.

El análisis del pluralismo jurídico, por otra parte, no se limita a meras especulaciones sociológicas, ni es concebido únicamente como un instrumento comunitario de emancipación. Diversos problemas que afectan a las prácticas jurídicas cotidianas se vinculan directa o indirectamente con el pluralismo legal.

Traeremos a colación tan sólo dos ejemplos de heterogeneidad normativa, que creemos serán suficientes para ilustrar sobre el caso. El primero, tendrá que ver con el pluralismo de origen colonial, mientras que el segundo se referirá al último supuesto que acabamos de mencionar, la migración.

En el caso del Perú - afirma Carlos Cárcova<sup>156</sup> - son de gran interés las investigaciones realizadas en torno a la pervivencia de normas ancestrales, propias del derecho indígena. Millones de personas en las comunidades serranas y en las tribus amazónicas, continuaron regidas por sus costumbres al margen del derecho oficial.

Cuando determinados miembros de dichas comunidades emigraban a las zonas urbanas o suburbanas, cargaban con ellos una noción de derecho y de ley que frecuentemente entraba en conflicto con las normas vigentes, propias del derecho estatal.

Entre los migrantes propios de las regiones amazónicas, las áreas de fricción más frecuentes consistían en la muerte de algún "brujo malo", es decir en casos de homicidio ritual. Mientras que entre los portadores del derecho de las sierras, la institución que mayores conflictos traía era la del "servinacuy", o matrimonio a prueba, que habitualmente era celebrado por las familias, con niños menores de edad, lo que daba lugar a la configuración del delito de violación.

Para graficar los casos de pluralismo generados en occidente durante los últimos años a partir de los espectaculares procesos

<sup>156</sup> C. Cárcova, *Sobre la Comprensión del Derecho*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, op. cit., p. 223 y sgtes.

migratorios, nos basaremos en el trabajo de Alessandra Facchi denominado "L'escissione: un caso giudiziario"<sup>157</sup>, en el que analiza la práctica de la "excisión", término que alude a diversas formas de mutilación de los genitales externos femeninos, practicadas por numerosas poblaciones africanas, tanto de religión musulmana, como cristiana o animista.

Estas intervenciones, que se practican frecuentemente en las niñas recién nacidas, aunque algunas veces también en jóvenes de edad más avanzada, son comunes entre las hijas de inmigrantes africanos en diversos países de Europa, en condiciones de higiene más que precarias, provocando en muchos casos infecciones y aún la muerte de las niñas sometidas a ellas.

El trabajo de Facchi analiza la jurisprudencia francesa, en particular el caso de una imputada proveniente de Mali -que ni siquiera hablaba francés y sólo se comunicaba con los miembros de su etnia, la "soninké"-, madre de una niña a la que se había practicado la intervención, pero que no había sufrido ninguna consecuencia en su salud.

La investigación revela la complejidad del tratamiento del tema, en que se inter cruzan discursos provenientes del campo de lo jurídico, con lo científico, lo antropológico, lo político, etc.<sup>158</sup>

En el caso sub-exámine, la imputada fue finalmente condenada a una pena "simbólica" de tres años de cárcel en suspenso, reco-

<sup>157</sup> A. Facchi, *L'Escissione: un caso giudiziario*, trabajo presentado en el seminario sobre pluralismo jurídico organizado por la Universidad de Turín, en 1991, y publicado al año siguiente en un volumen colectivo denominado *Contributi in tema di pluralismo giuridico*. Hemos consultado el original en italiano, si bien tenemos conocimiento de la existencia de una versión española en un volumen editado por Jesús Contreras, titulado *Los retos de la inmigración*, Ed. Talasa, Madrid, 1994.

<sup>158</sup> Un interesante análisis acerca de los modos de constitución del discurso jurídico y de entrelazamiento de discursos en pugna al interior de la decisión judicial podemos encontrar en E. Marí, *El mito de la uniformidad semántica del derecho*, en *El discurso Jurídico*, Hachette, Bs. As. 1982.

riendo un camino ecléctico entre el reconocimiento de la diversidad y la sentida necesidad "occidental" de condenar la excisión. No abundaremos sobre el tema, aunque sabemos que está apenas esbozado. Creemos cumplido el objetivo de ejemplificar, mediante los dos casos citados la trascendencia de la problemática planteada.

Por otra parte, el mundo de hoy es caracterizado, paradójicamente, por los fenómenos de globalización e hiperlocalización de las relaciones sociales. Paralelamente, se multiplican los niveles de poder. Como hemos visto en la primera parte del nuestro trabajo, el Estado debe negociar con las instancias regionales y locales, desde el momento mismo en que concede importantes transferencias de soberanía a los órdenes jurídicos supra-nacionales.

Del mismo modo, no es raro que se introduzcan formas de autorregulación de las que se sirven los poderosos operadores económicos transnacionales. Un claro ejemplo -aportado por François Ost- es el de los códigos de buena conducta emanados de las compañías petroleras para asegurar (y también para limitar) la indemnización de las catástrofes ecológicas de las que sean responsables<sup>159</sup>.

No puede dejar de reconocerse que el núcleo básico de las grandes decisiones ya no es identificable con el Estado-Nación. Qué existe también un sentido de "pluralismo jurídico" como proyecto conservador<sup>160</sup>, ya que sin una institución legítima que sea capaz de monopolizar un poder de coacción jurídica efectivo a nivel internacional, son las firmas transnacionales las que van promulgando el cuadro jurídico, en conformidad con sus intereses, a partir del cual se hará la regulación social<sup>161</sup>.

<sup>159</sup>F.Ost, op. cit., p.185

<sup>160</sup>A.C. Wolkmer, *Pluralismo jurídico: novo marco emancipatorio na historicidade Latino-Americana*, ponencia presentada en el taller internacional sobre Derecho Alternativo -un diálogo Cuba-Latinoamérica (La Habana), abril de 1995, p. 11 y sgts.

<sup>161</sup> A.N.Roth, op. citada, pag. 185.

En síntesis, podemos afirmar -con Boaventura de Sousa Santos- que el pluralismo jurídico hoy "se trata, más bien, de la superposición, articulación e interpretación de varios espacios jurídicos mezclados, tanto en nuestras actitudes, como en nuestros comportamientos, ya sea en momentos de crisis o de transformación cualitativa en las trayectorias personales y sociales, ya en la rutina fría del cotidiano sin historia. Vivimos en un tiempo de porosidades y, por lo tanto, también de porosidad ética y jurídica, de un derecho poroso constituido por múltiples redes de ordenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. La vida socio-jurídica de fin del siglo está constituida por la intersección de diferentes líneas de fronteras y el respeto de una implica necesariamente la violación de otras. Somos, pues, transgresores compulsivos, el otro lado de la libertad multiplicada por sí misma según el ideario de la modernidad"<sup>163</sup>.

#### 4.2. Las posturas al interior del movimiento

El pluralismo jurídico, al interior del propio movimiento de derecho alternativo, ha generado diversas posturas teóricas, muchas de ellas claramente enfrentadas.

En primer lugar, cabría citar la obra de Antonio Carlos Wolkmer, quien se sitúa en una línea que podríamos caracterizar como la más "optimista", en cuanto a la significación política e ideológica del fenómeno.

Para Wolkmer -quien seguramente es el autor que más profunda y sistemáticamente ha estudiado el tema- el pluralismo jurídico es entendido como proyecto de alteridad, para los espacios periféricos del capitalismo latinoamericano que presupone la exis-

<sup>163</sup>B. de Sousa Santos, *Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho*, en *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, ILSA, Bogotá, 1991, p.236/237.

tencia y articulación de determinados requisitos. Trataremos, a continuación, de sistematizarlos<sup>163</sup>.

Ante todo, el reconocimiento de la legitimación de nuevos sujetos sociales, que ya no deben ser entendidos en los cánones de la tradición liberal-individualista, pero tampoco en términos de identidades como clase, etnia o sexo, sino en función de una postura que permita que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores, se conviertan en sujetos emancipados, participativos y creadores de su propia historia.

El surgimiento de nuevos sujetos colectivos de juridicidad, internalizados en los nuevos movimientos sociales, se justifica en la existencia de un complejo "sistema de necesidades"<sup>164</sup>, segundo presupuesto en la elaboración de un nuevo pluralismo comunitario y participativo.

Tales sistemas comprenden exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales, que las condiciones desarrolladas por el capitalismo impiden satisfacer, generando a su vez, falsas necesidades.

De las luchas y reivindicaciones en torno a carencias, aspiraciones y necesidades insatisfechas, surgirían los nuevos sujetos creadores de un derecho comunitario, superador de la hegemonía formalista, monista y estatalista, en la dinámica de un espacio público abierto y democrático.

Intimamente relacionado con este último aspecto aparece otro de los requisitos para el proyecto de juridicidad alternativa pro-

<sup>163</sup> A estos fines, trataremos complementar los puntos centrales de dos trabajos del autor, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nova cultura no Direito*. Alfa Omega, San Pablo, 1994, y *Pluralismo jurídico: novo marco emancipatório na historicidade Latino-Americana*, ponencia presentada en el taller internacional sobre *Derecho Alternativo -un diálogo Cuba-Latinoamérica* (La Habana), abril de 1995.

<sup>164</sup> Es evidente al respecto la influencia en Wolkmer del pensamiento de Agnes Heller y otros integrantes de la denominada "escuela de Budapest". Sobre el tema puede consultarse el trabajo de J. Herrera Flores, *Los derechos humanos en la escuela de Budapest*. Tecnos, Madrid, 1989

puesto por Wolkmer: una "ética de la alteridad". Es decir, "una ética antropológica de la solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos excluidos y se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos, *injusticiados* y expropiados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del *otro*, encuentra sus subsidios teóricos tanto en las prácticas sociales cotidianas como en presupuestos provenientes de la filosofía de la liberación".<sup>165</sup>

Finalmente, en el ámbito de la estructura política de la sociedad, Wolkmer propone rearticular y reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas cercanas a la democracia directa, como el "sistema de consejos", la "participación de base", las "juntas de distrito", etc., inspirándose -según declara en su artículo "Derecho y Democracia en América Latina"<sup>166</sup> - en teóricos de matices tan distintos como Antonio Gramsci, Hanna Arendt, MacPherson o Cornelius Castoriadis.

Veamos a continuación, algunas de las críticas que al interior del propio movimiento se han venido señalando en los últimos años a la postura representada por Antonio Carlos Wolkmer. Las mismas se sustentan, fundamentalmente, en el rescate del papel del Estado y el derecho como herramienta de transformación democrática y progresista de la sociedad.

Así, por ejemplo, vemos que Edmundo Lima de Arruda Jr., reivindica, frente a una postura "romántica" y "antimodernista", un concepto de modernidad no instrumental, como momento incumplido y proyecto emancipador.

<sup>165</sup> A.C. Wolkmer, *Pluralismo jurídico: novo marco emancipatorio ...*, op. cit., p. 17 (la traducción del original en portugués es propia). En cuanto a los nexos entre el derecho alternativo y la filosofía de la liberación ver: D. Sanchez Rubio, *Filosofía de la liberación y derecho alternativo: aplicaciones concretas para una apertura al diálogo*, publicado por el Centro de investigaciones y estudios multidisciplinarios de aguascalientes.

<sup>166</sup> En Travesías, Política, Cultura y Sociedad en América Latina, N° 1 julio-diciembre, 1996, p. 151.

Por ello, entiende que es un error caer -aunque desde una perspectiva opuesta a la tradicional- en el "raciocinio cartesiano bipolarizador", por ejemplo, justicia formal/informal, monismo/pluralismo jurídico, derecho estatal/alternativo.<sup>167</sup> Tales antinomias deberían ser superadas dialécticamente, entendidas como instancias complementarias de una racionalidad jurídico-procesal.

Eliane Junqueira y Luciano Oliveira, en sendos trabajos, han llamado la atención sobre un fenómeno que viene dándose al interior de las comunidades marginales, de las que -según las tesis "optimistas"- debería fluir esta nueva juridicidad alternativa. Ambos autores señalan la existencia de prácticas comunitarias absolutamente lesivas para los derechos humanos.

En el caso de las favelas, por ejemplo, las investigaciones de Junqueira revelan que el papel de las Asociaciones de Moradores -que tanto interés habían suscitado a Boaventura de Sousa Santos- está siendo asumido, cada vez en mayor medida, por grupos criminales asociados al narcotráfico. De este modo, el espacio retórico es sustituido por la violencia más cruda.

"Privilegiando la violencia y la justicia privada, esta juridicidad alternativa se traduce, cada vez más, en la aplicación de un código penal mucho más arbitrario que el código penal estatal. Ya se trate de la aplicación de un tiro en la mano (o ante la negativa, de un tiro en la rótula), como pena para los pequeños hurtos, o de la aplicación de castigos físicos, obligando a los sancionados a *ron-dar* en varios turnos y a trabajar durante el día en obras comunitarias"<sup>168</sup>

En la misma tónica, Oliveira describe como al interior de las "masas no organizadas de nuestro caos urbano" las comunidades

<sup>167</sup> Cfr. E. Lima de Arruda Jr., *Direito Moderno e pluralismo jurídico: notas para pensar a racionalidade jurídica processual*, mimeo, 1996.

<sup>168</sup> E. Botelho Junqueira, *O alternativo regado a vinho e a cachaça*, en *Lições de Direito Alternativo* 2, op. cit., p. 110/111. (La traducción del original en portugués es propia). Existe también una versión en español, *Lo alternativo regado en vino y aguardiente* en *El otro Derecho* Vol. 4 N° 3, octubre 1992, ILSA, Bogotá, Colombia.

brutalizadas por la miseria acostumbran aplicar la ley de Charles Lynch. Datos del Estado de Bahía -capital nacional del linchamiento, ironiza- revelan que tan sólo en 1990 ocurrieron 94 de estos casos. Por otra parte, esa justicia sumaria reproduce las inequidades más tristes de la sociedad: "el linchado típico es pobre, negro o mestizo".<sup>169</sup>

No son estos los único planteos que se han hecho en torno a este tercer sentido de la expresión derecho alternativo<sup>170</sup>. Sin embargo, para cerrar esta sección del trabajo, nos gustaría volver a Edmundo Lima de Arruda Jr., cuya propuesta parece ser la más equilibrada para conciliar los opuestos -aunque legítimos- intereses expresados por las diversas posiciones:

"En este nivel, para evitar irracionalismos, es importante que los investigadores del derecho alternativo, líderes de los movimientos, busquen sopesar la relación de esa juridicidad emergente con el derecho instituido, en lo que éste tiene de genéricamente garantizador de las reglas de *juego democrático*".<sup>171</sup>

<sup>169</sup> L. Oliveira, *Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos*, en *Ensin Jurídico, Diagnóstico, Perspectivas e Propostas*, OAB, Brasília, 1992, p. 198.

<sup>170</sup> A título enunciativo podemos recordar, además de las posturas enunciadas, los análisis formulados por Marcelo Neves, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicancias en América Latina*, en *El Otro Derecho*, N°16, ILSA, Bogotá; y Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Derecho Oficial y Derecho Inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos, temporal y espacialmente concomitantes*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo V, Madrid, 1988.

<sup>171</sup> E. Lima de Arruda Jr. *Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares*, en *Lições de Direito Alternativo 2*, De. Acadêmica, San Pablo, 1992, p. 175

## 5. Nuevo sentido común y democracia radical

### 5.1. Un nuevo "sentido común" jurídico

Entre las premisas epistemológicas y las preocupaciones científicas de Boaventura, se destaca la necesidad de mostrar que la teoría científica y la práctica social se constituyen mutuamente. Lo contrario nos conduciría a dos callejones sin salida: el "activismo acéfalo" o el "teoricismo abstracto". El primero, siempre vulnerable a la frustración y al abandono. El segundo, en permanente fuga del desarrollo social en las tareas de transformación emancipatoria de la sociedad.

Para comprender la propuesta es indispensable tener en cuenta que la ciencia posmoderna ha de reever sus vínculos con el sentido común. Así como el conocimiento científico moderno se sitúa *contra* el conocimiento de sentido común, el paradigma alternativo de la posmodernidad parte de la necesidad de ubicarse en el justo punto como para -sin perder la capacidad de crítica- constituir un **nuevo sentido común**.

En el campo jurídico deberá, entonces, proceder a la reconstrucción teórica del derecho, anclado todavía en los presupuestos de la teoría liberal.

Señalaremos brevemente las premisas que sustentan esta reconstrucción y que pretenden ser las bases del **nuevo sentido común jurídico**, muchas de las cuales ya fueron presentadas a lo largo del trabajo<sup>172</sup>:

i) **La crítica al monopolio estatal del derecho**. En las sociedades capitalistas coexisten y se combinan diferentes órdenes jurídicos, fenómeno que hemos caracterizado como pluralismo jurídico. Será función de una ciencia posmoderna y crítica desarrollar los instrumentos teóricos que nos permitan diferenciar entre las formas progresistas y reaccionarias de pluralismo.

<sup>172</sup> Cfr. B. de Sousa Santos, *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, op. cit., p. 16 y sgts.

ii) **La diferenciación interna del derecho.** A las clasificaciones clásicas (entre derecho público y privado, penal y civil, etc.), la crítica jurídica opone un criterio alternativo. Distinguir los diferentes modos de juridicidad a partir de las combinaciones específicas de sus componentes: retórica, burocracia y violencia.

iii) Derivada de las dos primeras, la tercer premisa consiste en la **trivialización o descanonización del derecho estatal** a favor de la sacralización de los derechos de los ciudadanos. Estos derechos emergen de las luchas sociales y por esta vía se convierten en nuevas formas de ciudadanía, individual y colectiva<sup>173</sup>

iv) **El fin del fetichismo jurídico.** La trivialización del derecho estatal ofrece alternativas para nuevas prácticas microevolucionarias, más allá de la vieja opción entre "reformismo" y "revolución". Estas acciones, como vimos, combinan momentos y dimensiones de legalidad e ilegalidad.

v) **La dialéctica entre desterritorialización y reterritorialización.** Hasta hoy, la unidad de análisis jurídico-político era el Estado Nación. En la actualidad debe tenerse en cuenta la doble presión a que éste se encuentra sometido. Por un lado por la interdependencia y la globalización. Por otro por el resurgimiento de identidades regionales y locales.

## 5.2. Los derechos, fruto de las luchas.

La constitución de este nuevo sentido común jurídico nos permitirá ver que los derechos no son graciosas concesiones otorgadas por el Estado. Son el resultado de largos procesos de lucha. Luchas que acompañan toda la vida de los derechos, desde su fundación, hasta su conservación y transformación.

<sup>173</sup>La sacralización del derecho objetivo en detrimento de los derechos de los ciudadanos fue una constante en el pensamiento político liberal, a pesar de contradecir sus orígenes iusnaturalistas. El mismo fenómeno también es descripto por Ferrajoli, tal como señaláramos en la nota N°6.

Como expresa Ferrajoli, "puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son frutos de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos"<sup>174</sup>

Estos procesos de lucha son, fundamentalmente, expresión de intereses y necesidades históricamente determinadas. Tal como intentamos demostrar a lo largo de este trabajo, no se agotan en acciones individuales, sino que son los sujetos colectivos quienes impulsan la confrontación y el conflicto transitando la delicada frontera que separa lo legal de lo ilegal.

Para el autor de "Derecho y Razón", la lucha por la defensa o la conquista de los derechos fundamentales es lo que da identidad a un pueblo o un movimiento. Y esta subjetividad social de los movimientos no sólo no entra en colisión con la de los individuos que los integran, sino que ella misma es un factor de identidad.

La fuerza y el éxito de una lucha social podrá medirse, en parte, en su capacidad de cambiar o influenciar la legislación, la jurisprudencia o la administración. Efectivamente, mediante la afirmación de las necesidades vitales insatisfechas, es como se producen modificaciones progresivas en el derecho positivo.

Estos cambios se manifestarán a través del reconocimiento de nuevos derechos constitucionales, la elaboración de nuevas garantías para los ya reconocidos, la evolución de la jurisprudencia, la reducción de las antinomias, el colmado de las lagunas o la exigencia de responsabilidades políticas por la violación de derechos ya garantizados<sup>175</sup>.

<sup>174</sup>L. Ferrajoli, op. cit., p. 945.

<sup>175</sup>Cfr. L. Ferrajoli, op. cit., p. 946.



Sin embargo, creemos que estas manifestaciones no son indicio suficiente para declarar cumplidos los objetivos de las luchas emancipatorias, que como sostuvimos desde el inicio, exigen paralelamente el surgimiento de un nuevo sentido común político.

### 5.3. Un nuevo sentido común político: la democracia sin fin

La constitución de un nuevo sentido común político sólo será posible ampliando la brecha abierta por los NMS, a partir de los años sesenta, en su denuncia de los excesos de regulación de la modernidad.

Esto nos conducirá inexorablemente a extender el debate y la participación política a cada uno de los múltiples espacios de la vida cotidiana y a elaborar una nueva teoría democrática.

Como afirma Boaventura de Sousa Santos, la renovación de la teoría democrática implica una articulación entre democracia representativa y democracia participativa, es decir, en la formulación de criterios democráticos de participación política que no la confinen al acto de votar <sup>176</sup>.

En el mismo sentido, Ferrajoli sostiene que la democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo y poder social directo, en función permanente de alteridad y oposición.

Las luchas por los derechos son una forma de democracia política paralela a la institucional -a la que no duda en llamar "democracia directa"<sup>177</sup>. Dan vida a contrapoderes sociales, basados en

<sup>176</sup>Debemos dejar constancia de que Boaventura no niega en ningún momento la importancia de la democracia representativa, de hecho, sostiene que hasta ahora constituye el máximo de conciencia política posible en el capitalismo. El problema no consiste en que exista la democracia representativa sino en que sólo existe la democracia representativa. Cfr. B. de Sousa Santos, *Subjetividad, ciudadanía y emancipación*, op. cit.

<sup>177</sup>L. Ferrajoli, op. cit., p.947 y sgts.

la directa participación de sus titulares, y dotados de fuerza de presión, negociación y control.

A su vez, la repolitización global de la sociedad permitirá reconocer nuevas formas de opresión y dominación; y con ello creará nuevas oportunidades para el ejercicio de nuevas formas de democracia y de ciudadanía.

Boaventura distingue cuatro espacios político-estructurales: el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio mundial y el de la ciudadanía. Presos del paradigma liberal, hasta ahora sólo el último era considerado político, y con ello sólo en él fueron posibles avances democratizadores, como el sufragio universal o la constitución de la ciudadanía social.

Cada uno de estos ámbitos es un espacio político específico, regido por un tipo especial de dominación: patriarcado, en el espacio doméstico; explotación, en el de la producción; intercambio desigual, en el espacio mundial. Todos tendrán que ser democratizados al mismo tiempo por caminos diferentes, en un largo proceso histórico.

Sabemos que no existe punto de llegada. Que el sentido y alcance de las luchas democráticas se redefinirá en la medida que esas propias luchas revelen nuevas opresiones y exclusiones.

¿Qué nombre daremos a esta utopía? Poco importa. Quizá el de "socialismo" esté nuevamente disponible<sup>178</sup>. Quizá el de "democracia" sea, desde siempre, suficiente. Quizá sea ésta la auténtica "revolución".

Y es que más allá del nombre, lo que hoy está fuera de discusión es que la transformación emancipatoria -sea ecologista, fe-

<sup>178</sup>Boaventura de Sousa Santos sostiene que "la idea de socialismo, liberada de la caricatura grotesca del socialismo real, está otra vez disponible para volver a ser lo que siempre fue, la utopía de una sociedad más justa y una vida mejor". El socialismo, principio regulador de la transformación emancipatoria, será definido como "la democracia sin fin". *Subjetividad, ciudadanía y emancipación*, op. cit.

minista, pacifista, antirracista, etc.- no tiene garantías. Que no existe un sujeto iluminado por la historia. Que no será posible si la nueva ciudadanía no se constituye, tanto en la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, como en la obligación política horizontal entre los propios ciudadanos.

Sólo desde una nueva cultura que revalorice la comunidad, la igualdad y la diversidad, la autonomía y la solidaridad, será posible echar a andar el camino de la democracia sin fin.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

- A.A.V.V. Lições de Direito Alternativo, Académica, San Pablo, 1991
- A.A.V.V. Lições de Direito Alternativo 2, Académica, San Pablo, 1992
- A.A.V.V. Revista de Direito Alternativo Nº 1, Académica, San Pablo, 1992
- A.A.V.V. Revista de Direito Alternativo Nº 3, Académica, San Pablo, 1994
- ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ALFORD R. y FRIEDLAND, R. Los poderes de la teoría. Capitalismo Estado y Democracia. Ed. Manantial.
- ANDRADE, Ledio R. De Juiz Alternativo e Poder Judiciario. Ed. Académica, San Pablo, 1992
- ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. Uso alternativo del derecho y práctica judicial, en Sobre el uso alternativo del Derecho, Fernando Torres Editor, Valencia, 1978.
- ARRUDA Jr., Edmundo Lima de Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares, en Lições de Direito Alternativo 2, Edit. Académica, San Pablo, 1992
- Direito Moderno e pluralismo jurídico: notas para pensar a racionalidade jurídica processual, mimeo, 1996.
- BARCELLONA, Pietro y COTTURRI, Giuseppe. El Estado y los Juristas, Ed. Fontanella, Barcelona, 1996
- BERGALLI, Roberto. Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión "uso alternativo del derecho", en Revista de Direito Alternativo, Nº1, 1992
- BOTELHO JUNQUEIRA, E. Lo alternativo regado en vino y aguardiente en El otro Derecho Vol. 4 Nº 3, octubre 1992, ILSA, Bogotá, Colombia.