

INTERNACIONAL

Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica

Joaquín HERRERA FLORES
David SANCHEZ RUBIO

1. ORIGEN PUBLICO DEL MOVIMIENTO

El día 24 de octubre de 1990, el mundo jurídico brasileño se agitaba ante la aparición de una noticia publicada en la prensa¹. El periodista Luiz Maklouf daba a conocer, de forma sensacionalista y tendenciosa, un artículo titulado «Juízes gaúchos colocam Direito acima da lei». Como resultado de una serie de conversaciones obtenidas *off the record*, señalaba, entre otras cosas, que, desde años atrás, aproximadamente, unos cuarenta magistrados del Estado de Río Grande do Sul, estaban conformando un grupo denominado *Direito Alternativo* que venía a cuestionar en sus sentencias, la fuerza de la ley estatal. Y hacía mención, como ejemplo, a una decisión adoptada por uno de sus líderes, Amilton Bueno de Carvalho². La aparición de este trabajo dio pie a un cúmulo sucesivo de publicaciones —teniendo su clima más denso entre los meses de octubre y diciembre de ese mismo año—, en las que se debatían los pros y los contras, las defensas, las acusaciones y las críticas de lo realizado por este colectivo judicial³.

Lo más destacable de esta polémica suscitada fue

el hecho de que se dio opción a que otros profesionales del derecho con similares inquietudes alternativas, decidieran definitivamente ponerse de acuerdo para aglutinarse, junto a los magistrados *gaúchos*, y así formar y coordinar un frente común con el que defender sus posiciones. Se daba carta de naturaleza pública y nacional a un movimiento que bajo el rótulo *Direito Alternativo* recepcionaba a un amplio número de abogados populares, procuradores, promotores, jueces, magistrados y profesores de universidad —sobre todo, filósofos y sociólogos del derecho—. Para darle mayor virtualidad, consistencia y estabilidad, pronto empezaron a organizar foros, debates, seminarios y encuentros sobre los defectos, la ineficacia y la insuficiencia del ordenamiento jurídico oficial vigente, así como sobre la necesidad de interpretar más ampliamente la tradicional y reducida noción académica del derecho. También se preocuparon en clarificar y sistematizar los diferentes aportes del grupo, editando colectiva e individualmente, una serie de libros monográficos. En ellos se expondrán y se describirán la mayoría de las líneas directrices y temáticas del movimiento⁴.

¹ En el *Jornal Folha da Tarde* de Sao Paulo.

² Entre los miembros activos del grupo, además de Amilton Bueno de Carvalho, los jueces Marcio de Oliveira Puggina, Henrique Oswaldo Poeta Roenick, Rui Portanova, Marco Antonio Bandeira Scapini y Aramis Nassif. Ver Luis Fernando Coelho, «Do Direito Alternativo», en *Revista de direito alternativo*, Sao Paulo, n.º 1, 1992, pág. 9; y Edmundo de Arruda Jr., «Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, Editorial Acadêmica, Sao Paulo, 1992, págs. 167-168.

³ A título ilustrativo, veanse los ejemplares del 25 y del 26 de octubre del mismo *Jornal da Tarde* con manifestaciones del jurista Evaristo de Moraes Filho y del abogado Tales Castelo Branco; en la *Gazeta do Povo* de Curitiba, el 28 de octubre, se notificaba el cuestionamiento que los jueces gauchos hacían de los fundamentos tradicionales del Derecho, del Poder Judicial y del propio concepto de Justicia, apareciendo también el 11 de noviembre un artículo del filósofo Joao Régis Fassender Teixeira, y otros dos el 2 y el 7 de diciembre realizados por el «Desembargador» Cordeiro Machado y el juez Joao Ricardo Cunha, otros ejemplos los tenemos en el *Jornal do Comércio*, el 10 de diciembre; el día 31 de diciembre, en el *Zero Hora*, etcétera. Para más detalle véase Edmundo Lima de Arruda Jr., «Direito alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade», en *Lições de direito alternativo*, 1, Editora Acadêmica, Sao Paulo, 1991, en nota 2, págs. 72 a 74; Amilton Bueno de Carvalho en la presentación de

Revista de direito alternativo, op. cit., pág. 7; Luis Fernando Coelho, op. cit., pág. 9; y Horácio Wanderlei Rodriguez, «Direito com que direito?», en *Lições de direito alternativo*, 2, op. cit., pág. 185.

⁴ En el año 1991 se desarrollaron multitud de eventos, en el mes de julio, la Orden de Abogados (OAB) y la Asociación de Magistrados Brasileños (AMB) organizaron un «Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho» en Teresina; en Florianópolis, entre los días 4 y 7 de septiembre, con carácter internacional, se celebró el «I Encuentro de Derecho Alternativo» con la participación de 1.183 asistentes; entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre se celebró el «I Seminário Cearense sobre derecho Alternativo» en Fortaleza; en Natal, los días 28, 29 y 30 de noviembre, el «I Fórum Regional sobre Derecho Alternativo», ya en el año 1993, también en Florianópolis, se desarrolla el «II Encuentro» a caballo de los meses de septiembre y de octubre, con la asistencia de profesionales del derecho argentinos, españoles, chilenos, colombianos, etc.

En cuanto a las publicaciones, destacar el trabajo de Elício de Cresci Sobrinho *Justicia Alternativa*, Sergio Antonio Fabris Editores, Porto Alegre, 1991; la Editorial Acadêmica, de Sao Paulo, bajo la dirección del profesor Silvio Donizete Chagas, lanzó la colección titulada «Biblioteca de Derecho Alternativo», destacando, entre otros, los trabajos colectivos y coordinados por Edmundo Lima de Arruda Jr., *Lições de Direito Alternativo*, números 1 (1991) y 2 (1992), y los libros *Magistratura e Direito Alternativo* (1992) y *Direito Alternativo na Jurisprudência* (1993) de Amilton

Como hemos dicho, los componentes de *Direito Alternativo* no son únicamente operadores judiciales, ni sólo pertenecen al ámbito de la magistratura. Su composición es más variada. Previamente a la aparición del artículo de Luiz Maklouf, ya existía una no organizada tendencia crítica al propio derecho nacional cimentado e interpretado sobre la lógica positivista— liberal, y compuesta por un conjunto de personas de formación jurídica no uniforme⁵. En este sentido, Horácio Wanderlei Rodrigues destaca que *Direito Alternativo* no es ni una escuela jurídica ni un movimiento homogéneo. Y Amilton Bueno de Carvalho ha señalado que hay que entenderlo no como una «teoría nueva», sino como un «movimiento» compuesto por multitud de corrientes⁶.

Es preciso resaltar esto último. El *Derecho Alternativo* no es una teoría que dé cuenta del fenómeno jurídico; más bien nos encontramos con un «movimiento» que apuesta por una práctica jurídica distinta a la tradicional que parte del siguiente presupuesto: si toda solución judicial de un conflicto supone la imposición de elecciones previas tomadas en el ámbito de lo político, la interpretación, la aplicación y todo enjuiciamiento de casos concretos acaba por tener implicaciones políticas⁷. Por ello, el movimiento viene luchando por sacar de la soledad y el aislamiento en los que trabajan los profesionales del derecho comprometidos con las necesidades y aspiraciones sociales, y trata de integrarlos en la praxis política e intelectual que exige la situación de transición hacia la democracia que vive no sólo Brasil, sino todo el mundo latinoamericano. Ya no bastan actitudes éticas solitarias en favor de los pobres;

es precisa una acción concertada que parta de las siguientes premisas: —una visión del derecho no compartimentada: frente al saber tradicional que ve el derecho como una entidad independiente de la sociedad, se necesita un planteamiento jurídico que señale y postule los vínculos entre lo jurídico, los intereses económicos y las expectativas sociales; —incluir en la actividad del juez, no sólo los elementos de legalidad, sino los parámetros de legitimidad que ponen en relación los contextos en los que deben aplicarse las normas y los principios generales del derecho que en toda situación democrática deben primar sobre las meras subsunciones hechos-normas; —un uso alternativo del derecho que ha llegado a su madurez al reconocer la politización (necesario sentido público) de toda actuación con relevancia jurídica, y que tiende a ver la democracia y el derecho como entes sociales en construcción constante.

En este sentido hay que señalar las cada vez más estrechas relaciones entre estos operadores jurídicos y la línea doctrinal latinoamericana denominada *Crítica Jurídica*⁸. Sus componentes tienen en común, entre otras cosas, el hecho de que buscan una nueva racionalidad emancipatoria que rompa con la establecida por el orden legal vigente, siempre interpretado y aplicado en favor de las clases dominantes, y que también permita una defensa más eficaz de las expectativas y reivindicaciones de las clases o grupos más desfavorecidos. Además, todos retoman las premisas establecidas por el movimiento *uso alternativo del derecho* italiano, y los aportes de aquellas corrientes jurídicas europeas más progresistas⁹.

Bueno de Carvalho, *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*. (1992) de Lédio Rosa de Andrade, y la revista *Revista de Direito Alternativo*, con los números 1 (1992) y 2 (1993), bajo la dirección del mismo Amilton B. de Carvalho.

Por otra parte, a nivel universitario es significativa la creación, por primera vez, del *Instituto de Derecho Alternativo* (IDA) con sede en Florianópolis, que funciona junto al Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina. Para una mayor información ver Edmundo Lima de Arruda y Wanderlei Rodrigues, *idem*, págs 169 y ss. y 185-186.

⁵ Así tenemos, además de los jueces gauchos, a otros colegas como Lédio Rosa de Andrade, Flávio Araújo, Urbano Ruiz... También a los profesores de universidad y/o abogados Antonio Carlos Wolkmer, Ramalho Marques Neto, Edmundo Lima de Arruda Jr., Geraldo de Souza Santos Jr., Celso Campilongo, José Eduardo Faria, Tarso Fernando Genro, Miguel Pressburguer, Roberto Aguiar... En cuanto a miembros del Ministerio Público, están los procuradores Jaques Távora Alfonsin, Clémerson Merlin Clève, Jacinto Coutinho y Marco Aurélio Aydos Dutra... Ver H. W. Rodrigues, *idem*, pág. 179, y Antonio Wolkmer, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, Editora Académica, Sao Paulo, 1991, pág. 96.

⁶ Ver J. W. Rodrigues, «Direito com que...?», *op. cit.*, pág. 178 y A. B. de Carvalho, *Direito Alternativo na Jurisprudência*, *cit.*, pág. 8.

⁷ Cf. José E. Faria, Prefácio a Lédio Rosa de Andrade *Juiz alternativo e poder judiciário*, *cit.*, pág. 12 y en «As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais» en *Revista de Direito Alternativo*, n.º 2, 1993, págs. 35-46

⁸ En realidad, *Crítica Jurídica* está conformada por un conjunto de teorías y prácticas diversas entre sí, sin que ello impida la coincidencia de determinados aspectos. En el seno de esta gran corriente, de una gran lista interminable de nombres que la conforman, destacaríamos, a parte de los brasileños, en México, al abogado y filósofo Jesús Antonio de la Torre Rangel, destacando su libro *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones críticas*, Escuela Libre del Derecho, Porrúa, 1992, junto

al argentino Oscar Correas, afincado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, autor entre otros textos de *Crítica de la Ideología Jurídica Ensayo sociosemiológico*, UNAM, México, 1993 y editor de la revista titulada precisamente *Crítica Jurídica*; en Argentina, a Enrique Eduardo Mari, autor del reciente *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires, 1993, a la juez Alicia Ruiz y al abogado Carlos María Carcova, autor entre otros textos de *Teorías jurídicas alternativas Escritos sobre Derecho y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, en Colombia a Germán Palacios, Germán Burgos y al resto de integrantes de la organización de defensa popular, *Servicios Legales Alternativos* (ILSA); y en Chile a Eduardo Novoa Monreal, autor de *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, y a Manuel Jacques, director del Centro de Desarrollo y Estudios Jurídicos y Sociales «Quercum», asimismo, vinculado con el ILSA. Ver A. C. Wolkmer, *op. cit.*, págs 79 y ss. y Lédio Rosa de Andrade en su *Juiz alternativo e poder judiciário*, *op. cit.*, nos hace una clara e interesante exposición de los planteamientos teóricos del pensamiento judicial crítico contraponiéndolos al pensamiento denominado dogmático.

⁹ Por ejemplo, en Italia, las obras de Pietro Barcellona, Giovanni Coturni, Luigi Ferrajoli. En Francia, los trabajos de la *Association Critique du Droit* formada, entre otros, por Andre-Jean Arnaud y Michel Miaille. Es de destacar la recepción que están teniendo en el ámbito latinoamericano las tesis del grupo de intelectuales franceses e italianos reunidos alrededor de la revista *Actuel Marx*; Cf. el texto de Jacques Bidet *Teoría de la Modernidad* recientemente traducido al castellano por la editorial bonaerense El Cielo por Asalto (1993) y las Actas del Coloquio Internacional *El futuro del socialismo* celebrado en La Sorbona en junio de 1991 y auspiciado por *Actuel Marx* y el *Instituto Italiano per gli studi filosofici*, publicadas por El Cielo por Asalto (1992). Asimismo habría que destacar la labor realizada por el profesor de Saarbrücken Alessandro Baratta. En Portugal (Coimbra), destaca la figura de Boaventura de Souza Santos, empeado desde hace años en la labor de teonización del pluralismo jurídico contemporáneo. En lo que respecta a España, alguno de los planteamientos de Per-

2. DEFINICION Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES: LOS USOS DEL DERECHO

Pese a su variedad y heterogeneidad, Amilton Bueno de Carvalho, tras señalar el peligro que supone dar una definición sobre lo que es *Direito Alternativo*, lo conceptúa, de forma amplia, como aquella «actuación comprometida con la búsqueda de la vida y de la dignidad para todos, y que ambiciona la emancipación popular con la apertura de espacios democráticos, tornándose instrumento de defensa/liberación contra la dominación impuesta.¹⁰» En el seno de los operadores alternativistas nos encontramos, por tanto, con una actitud *crítica*, opuesta, de forma parcial, al derecho considerado oficial. Pero por otro lado, con una actitud *utópica*: la jurisprudencia como un ámbito de apoyo y estímulo a las transformaciones sociales. De la unión entre ambas, nacen planteamientos que intentan salir al paso de los obstáculos ocasionados por el choque entre la realidad y la idealidad de los conceptos de justicia, derecho, ley, ordenamiento jurídico, norma, democracia, función judicial, creación, interpretación y aplicación del derecho...

Uno de los muchos reparos con los que el movimiento se va a encontrar en su reciente andadura, es aquel que lo acusa de rechazar de plano a la ley. Como ha indicado Amilton Bueno, no se trata de ir contra el principio de legalidad, sino contra aquella ley que es considerada injusta. Por ello, hay que tener claro que no van a negar en su totalidad las prescripciones ofrecidas por los ordenamientos jurídicos vigentes, sino parte de ellas. En realidad, dos son las respuestas interpretativas dadas sobre el uso del derecho, estando ambas muy correlacionadas entre sí. Por un lado, el derecho oficial, además de poseer instituciones defensoras de determinados intereses de clase, también presenta márgenes de interpretación que posibilitan la defensa de los pobres. Aparte de la posible eficacia de las normas, el problema radica en la *ideología* subyacente en toda interpretación sobre las normas. Por otro lado, hay simultáneamente, una actitud de creación de nuevas perspectivas, de nuevos enfoques, incluso de reconocimiento de nuevas prescripciones más acordes con la realidad cambiante de sus naciones¹¹.

Para, Lédio Rosa de Andrade, aplicar la ley en

Brasil, ya resulta de por sí una actuación alternativa, pues existe un distanciamiento intolerable entre lo jurídico y lo social. Como lo normativo, pese a reconocer derechos, no se ejecuta, cumplir la ley se torna un proceso revolucionario¹². Pero como nos dice J. A. de la Torre Rangel, resulta que ejecutarla supone, en la mayoría de los casos, la acentuación de una situación de injusticia. La opresión económica y política, la mayoría de las veces, «no se hace violando el derecho objetivo o las leyes, sino precisamente aplicándolo. La normatividad frecuentemente legaliza la injusticia y la violación de los derechos humanos.¹³» Entre ese margen de un derecho no efectivo y un derecho injustamente efectivo, se van a dar una amplia gama de posibilidades del uso jurídico.

Amilton B. de Carvalho ofrece un curioso e interesante marco hermenéutico de instrumentalización jurídica. Para él, existen tres frentes relativos al uso del derecho:¹⁴

1. En primer lugar, el tradicional *uso alternativo del derecho* que consiste en aquella actividad cuyo margen de acción se desenvuelve en el seno del mismo ordenamiento jurídico positivo, en lo ya instituido. Ahora bien, la forma de acudir al derecho estatal puede realizarse por dos caminos: a) utilizando las contradicciones, ambigüedades y lagunas de lo oficialmente legislado, partiendo siempre de una óptica democratizante, y/o b) buscando, por vía de una interpretación cualificada, los avances obtenidos por las luchas populares y permitiendo, por medio de la crítica constante, que los efectos de la norma sean cada vez más democráticos. Tanto los jueces, como los promotores, abogados, profesores, etc. serán los encargados de realizarlo¹⁵.

2. En segundo lugar, A. B de Carvalho utiliza el concepto de *positivismo de combate* formulado por Miguel Pressburguer. Se trataría de un frente de lucha a través del cual se intentan hacer efectivas las disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas que, pese a haber sido promulgadas y reconocidas oficialmente, no se aplican. En este nivel, el operador jurídico necesita el apoyo de la movilización popular para poder lograr sus objetivos. El derecho positivo se utilizará como instrumento de combate.

Para Bueno de Carvalho, el derecho oficial es un instrumento bastante útil de recepción y aplicación

fecto Andrés Ibáñez, Modesto Saavedra López, Nicolás López Calera y Juan Ramón Capella entre otros. Ver A. C. Wolkmer, *op. cit.*; también Clémerson Merlin Clève, «Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo», en *Lições de direito...*, 1, *op. cit.*, pág. 114; Luiz Fernando Coelho, «Do Direito Alternativo», en *Revista de Direito Alternativo*, n.º 2, págs. 14 y ss.; Roberto Bergalli, «Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión «uso alternativo del derecho»?», *idem*, págs. 19 a 36; J. A. Muñoz Gómez, «Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho», en *El otro derecho*, n.º 1, Editorial Temis, ILSA, Bogotá, agosto 1988, págs. 59 y ss.

¹⁰ *Magistratura e Direito Alternativo*, *op. cit.*, pág. 89 (la traducción es nuestra); *Direito Alternativo na Jurisprudência*, *op. cit.*, pág. 8; y también «Acutação dos juizes alternativos...», *cit.*, págs. 2-3.

¹¹ El abogado mexicano Jesús de la Torre Rangel nos habla de una apropiación de las leyes vigentes, y además una reapropiación del poder normativo para crear leyes nuevas en favor de las clases más desfavorecidas. Parte del Derecho existente es

válido. Lo único que habría que hacer es desideologizarlo, en cuanto defensor de los grupos dominadores, aprovechando lo dado, y provocar el cambio cualitativo necesario en función del proyecto jurídico alternativo. Jesús de la Torre Rangel, *El Derecho como arma de liberación en América Latina*, Centro de Estudios Ecueménicos, Aguascalientes, 1984, págs. 79 y ss.

¹² «Proceso social alternativo», *op. cit.*, págs. 83-84

¹³ *Del pensamiento jurídico contemporáneo Aportaciones críticas*, *op. cit.*, pág. 283.

¹⁴ Ver *Direito Alternativo na Jurisprudência*, *op. cit.*, págs. 11 a 15.

¹⁵ No hay un único discurso sobre el derecho, sino muchos discursos. *Direito Alternativo na Jurisprudência*, *op. cit.*, págs. 11-12.

Como indica Luis Edson Fachin, se trata de hacer una auténtica búsqueda de la normatividad utilizable en favor de los más desfavorecidos «Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e injusticias», en *Direito Insurgente*, Anais de fundação, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988, Rio de Janeiro, pag. 22.

de las conquistas humanas. La sociedad es la fuente que dinamiza la génesis, el desarrollo y la finalización de los excedentes axiológicos. Estos quedan representados, en cuanto parámetros de orientación universal, por medio de los principios generales del derecho. Para que no se queden en el mundo de lo ideal y abstracto, hay que tratar de positivizarlos, de concretizarlos en normas jurídicas. De esta forma pasan a la vida diaria. A través de la ley, y una interpretación orientada a su eficacia plena, se consigue que los ideales humanos de libertad, de vida en abundancia, etc. se conviertan en realidad¹⁶.

3. En tercer lugar, tenemos lo que denomina *derecho alternativo* en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, paralelo, emergente, etc. Sería aquel conjunto de normas no estatales, situadas en el plano de lo instituyente, que pretenden coexistir con el derecho positivo. Partiendo desde una posición pluralista del derecho, se postula que el Estado no es el único titular en la creación de las normas jurídicas. El pueblo, en su camino en la historia, construye y destruye los derechos que le sirven como solución a sus problemas. La sociedad, por medio de los sujetos colectivos —sindicatos, partidos políticos, corporaciones, sectores de la Iglesia, movimientos sociales, etc.—, al encontrarse en un continuo proceso de acción, genera sus propias normas. El Estado no otorga los derechos; es la sociedad la que los crea. El Estado se encarga de canalizar un modo, entre otros, de hacerlos efectivos¹⁷.

Por otro lado, para evitar que se caiga en la defensa irracional y ciega de un derecho paralelo, aunque lleve implícitas consecuencias nefastas para la

sociedad, los principios generales del derecho sirven como mecanismo que previenen la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por ello, sólo se reconocerá como derecho alternativo aquel conjunto de normas que respetan al ser humano, que posean unos efectos plenamente democráticos y que realmente se propongan terminar con las relaciones de opresión/dominación humanas¹⁸.

3. 'DIREITO ALTERNATIVO': LA LUCHA CONTRA EL MONISMO Y EL NEUTRALISMO JURIDICOS

El movimiento de *Derecho Alternativo* va a realizar un feroz ataque contra la concepción formalista kelseniana, y contra toda aquella teoría, ubicada dentro del rótulo dogmatismo jurídico, que pretende aplicar «el Derecho a través de un método técnico, formal, buscando la interpretación científica de la ley cuando se aplica a los casos concretos» e impide indagar los presupuestos ideológicos y valorativos subyacentes a toda norma¹⁹.

Básicamente, este colectivo rompe con la tradicional concepción *neutralista* de la ley, que concibe al ordenamiento jurídico como mero mecanismo aséptico de regulación social. Frente a ello, se resaltan los ineludibles componentes ideológicos que subyacen bajo toda norma, reflexión y/o actuación con relevancia jurídica²⁰. Por ello se considera que son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los mejores elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una norma jurídica²¹. Pero no se trata de palabras vacías: la idea de justicia se rela-

¹⁶ Idem, págs. 12-13.

¹⁷ Idem, págs. 14-15.

¹⁸ Idem.

Amilton Bueno de Carvalho, en este libro, recoge una serie de sentencias que sirven como ejemplo de aquellos casos en los que la ley, para evitar que su interpretación literal tenga unas consecuencias sociales injustas ha sido corregida gracias a los criterios contenidos en los principios generales del derecho. Tanto en los casos de jurisprudencia criminal (págs. 23 y ss.) como civil (págs. 90 y ss.) —siendo extensible a otros órdenes jurisdiccionales—, la legalidad aterriza en los principios generales, y persigue incesantemente la utopía de una vida democrática y en abundancia *para todos*.

Poner en práctica el principio de estado de inocencia, buscar una interpretación amplia del concepto de hurto famélico, la flexibilidad en la apreciación de los delitos sexuales no violentos, reconocer el derecho a la ocupación de las áreas improductivas por parte de los sin tierra, considerar el principio de buena fe como principio universal del derecho, reconocer el derecho a la huelga como conquista de la humanidad, etc., son algunos de los parámetros con los que los jueces alternativos atenúan la existencia de un ordenamiento que siempre está a favor de los más fuertes. Ver también, «Atuação dos juizes alternativos gauchos no processo de posttransição democrática, (ou uma práxis em busca de uma teoria)», conferencia presentada en Oñati, julio de 1993, Mecanografiado, págs. 14-15.

¹⁹ «... o Direito através de um método técnico, formal, buscando a interpretação científica da lei quando na aplicação aos casos concretos.» Lédio Rosa de Andrade, *Juiz alternativo e poder...*, op. cit., pág. 25; Luis Alberto Warat, «Sobre dogmática jurídica», en *Sequência*, Florianópolis, v. 1, n.º 2, 1980, págs. 34 y ss. La traducción es nuestra.

Esto no quiere decir que se tenga que caer en el error de confundir dogmática jurídica con dogmatismo. Clémerson Merlin Clève ha indicado la utilidad de esta técnica de conocimiento. Además es necesario conocer las normas positivas para poder criticarlas. Ver «Uso alternativo do direito...», op. cit., pág. 107.

²⁰ Edmundo Lima de Arruda, «Apresentação» de *Lições de Direito Alternativo*, 2, op. cit., pág. 7; el Derecho Alternativo no es neutral, es parcial y está comprometido con los pobres. Representa una opción contra la opresión establecida por el derecho oficial. Es una opción contra el derecho usualmente predominante. Ver A. B. de Carvalho, *Magistratura...*, cit., pág. 89.

Para J. A. de la Torre Rangel, la práctica diaria que experimenta por su trabajo de abogado, le muestra que el derecho posee, al menos dos facetas. Dependiendo de la capacidad o de la incapacidad de protección que tenga con respecto a los grupos más desfavorecidos, una de las facetas es de utilidad, como instrumento de lucha, mientras que la otra es de inutilidad, como instrumento legitimador del sistema establecido. Ahora bien, de ambas resulta que predomina la segunda sobre la primera, porque el «Derecho vigente es mucho más expresión de injusticia y opresión que de justicia (...) la injusticia instalada en nuestra sociedad latinoamericana no es porque no se aplica el Derecho, sino que resulta de la propia aplicación del Derecho vigente.» El hecho de la injusticia de fondo que todo aparato jurídico reúne —legalidad de la injusticia—, al ser un mecanismo de expresión de las clases o grupos dominantes provoca que, el autor mexicano, intente buscar conceptos que den un sentido progresista al sistema jurídico, para que así sea beneficioso en relación a aquellos que quedan constantemente perjudicados, porque «puesto al servicio del pueblo, el Derecho puede llegar a ser una efectiva herramienta de liberación.» Ver *El derecho como arma de liberación*, cit., págs. 23 y 13 a 15.

²¹ Ver Joao Batista Moreira Pinto, «A ação instituinte dos novos movimentos sociais frente à lei», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, op. cit., pág. 18; Lédio Rosa de Andrade, «Processo social alternativo», op. cit., pág. 92.

Jesús Antonio de la Torre señala que el campo de referencia en el ejercicio de la abogacía no son tanto las normas jurídicas como las necesidades y las pretensiones sociales. *El derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986, pág. 142.

ción con las demandas de reconocimiento y satisfacción de las necesidades expresadas por la mayoría de ciudadanos sometidos a la pobreza y la marginación. Y junto a esto, es lo social, lo popular, la fuente que marca el camino de la hermenéutica jurídica²². Mediante el derecho, junto con otras técnicas y otros mecanismos políticoeconómicos, se pretende subvertir el orden social vigente por otro más justo y solidario. Frente al monismo jurídico, que ve al Estado como el único sujeto creador de derechos, se insiste en que estos son generados por la misma sociedad, por todos los individuos, por determinados grupos humanos o sujetos colectivos, naciendo en el seno del mismo conflicto social²³. La reivindicación de pluralismo jurídico, también denominado «direito achado na rua», nos pone ante la evidencia —no exenta de contradicciones— de un sujeto productor de normas: la sociedad en su compleja pluralidad, y un sujeto reconocedor —no otorgador— y garantizador de las mismas: el Estado de derecho²⁴. Sólo así lo jurídico servirá como mecanismo de cambio social.

Ante la existencia de una realidad miserable y ante la inoperancia de un sistema normativo interpretado siempre de forma contraria para las clases más desfavorecidas, los integrantes del movimiento se van a alzar, utilizando y/ rechazando, según los casos, parte del sistema jurídico, para hacer más justas sus actividades tanto de enseñanza como de defensa, representación y/o decisión judicial²⁵. Siguiendo la tradicional tendencia de casi la totalidad de intelectuales latinoamericanos por acudir a la realidad, pretenden contextualizar, en este caso, y como hemos visto, al mismo derecho para ubicarlo dentro del proceso social.

Es impensable que ante la crudeza que la propia sociedad brasileña está viviendo, extensible a las del resto de los países latinoamericanos, el pensamiento jurídico no se preocupe en analizar, y en saber reflejar aquellos conceptos de justicia que los ciudadanos sostienen. La dogmática jurídica, al negar todo posible conocimiento de los valores inherentes a las normas, y al cimentarse sobre un irrefutable cientificismo, viene a preservar las correlaciones de fuerza sociales, buscando siempre mantener el orden establecido por los grupos dominantes, trabajando continuamente en favor de los detentadores del poder²⁶. Es como si vinieran a imponer un criterio oculto de injusticia, opuesto a aquellas directrices de justicia favorables siempre a las clases más necesitadas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior señala que la dogmática es un agente estabilizador que evi-

ta el conflicto social, y que monopoliza la interpretación de las normas, sin dar opción a otras visiones²⁷.

Según Lédio Rosa de Andrade, refiriéndose al movimiento de Crítica Jurídica, afirma que dos son sus objetivos. Por un lado, el perseguir el cambio social para crear la justicia material. Por otro lado, desmitificar el discurso dogmático tradicional, mostrando su ideología, desenmascarando sus opciones y su «propio uso alternativo» de lo jurídico y lo político²⁸. La opción por la sociedad es clara. De ahí, la importancia que tiene el crear un instrumental adecuado con el que se pueda interpretar las diversas y variadas demandas que los grupos e individuos oprimidos poseen, para que así, se pueda realizar una interpretación del derecho a su favor —un «uso alternativo» sesgado hacia el otro lado— sin que se caiga en el dogmatismo, en lo inmutable, en lo absoluto.

Como punto central, los operadores jurídicos brasileños, y con ellos todos los que de un modo u otro siguen el modelo de Crítica Jurídica en toda Latinoamérica, dan mayor importancia al concepto de justicia que al concepto de derecho, pues con él se conocen las preferencias que la mayoría de las personas quieren que se establezcan como criterios de jerarquía en la satisfacción de sus necesidades²⁹. La pobreza afecta casi al cincuenta por ciento de la población latinoamericana; estadística de la que no escapa Brasil. Si los ordenamientos jurídicos vigentes no atienden a sus reclamos, el *alternativismo* pugna por que, de un modo u otro, los tengan en cuenta. Por ello, la idea de legitimidad, apoyada sobre el acuerdo del colectivo social y, en el terreno jurídico, sobre los principios generales del derecho y los derechos humanos, prima sobre la legalidad, sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas. Se buscan pautas, instancias en virtud de las cuales se puedan fundamentar, se puedan explicar estos planteamientos que «rompen» básicamente con aquellas teorías jurídico-formales positivistas, que asocian la norma exclusivamente con lo que dice la ley, con lo que prescribe el Estado³⁰. Frente a ellas, los conceptos de soberanía popular y de participación adquieren una dimensión más radical, más extensiva. Los nuevos sujetos sociales, en la mayoría de los casos muy relacionados con el mundo de la pobreza, exigen un concepto de derecho más flexible y más plural. No se trata de caer en la antijuridicidad o en la anomia. Más bien se reclama la positivación jurídica de tales expectativas, abandonadas hasta el momento al terreno de la marginalidad³¹. De ahí el interés y la

²² Lédio Rosa de Andrade, *idem*.

²³ J. B. Moreira Pinto, *op. cit.*, págs. 21-22

²⁴ Lédio Rosa de Andrade, *op. cit.*, pág. 93.

²⁵ Lédio Rosa de Andrade, «Proceso social alternativo», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pág. 82.

²⁶ Lédio Rosa de Andrade, *op. cit.*, pág. 24.

²⁷ T. Sampaio Ferraz, *A ciência jurídica e seus dois maridos*, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 1985, pág. 96.

²⁸ *Idem*, pág. 33.

²⁹ Ver A. B. de Carvalho, *Direito Alternativo na Jurisprudência*, cit., págs. 13-14.

Según Plauto Faraco de Azevedo, «la seguridad jurídica es el valor fundamental del derecho, más es sabido que no hay segu-

ridad que se pueda mantener si no estuviera inmantada por la Justicia». Ver su «Do Método Jurídico. Reflexões em torno de François Génys», en *Ajuris*, n.º 51, marzo de 1991, pág. 19. Luiz Fernando Coelho señala que al juez no le cabe aplicar la ley sino hacer justicia. *Lógica Jurídica e Interpretação das leis*, Forense, 1981 (2.ª edic.), pág. 324.

³⁰ Ver Miguel Alves Lima, «O direito alternativo e a dogmática jurídica», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

³¹ «Y es el explotado, el marginado, el oprimido, el único que puede tener la idea de la auténtica justicia. Sólo en aquel otro que está fuera de la Totalidad jurídica del sistema, y en aquel otro que no ve desde la legalidad del sistema sino que tiene la óptica del marginado, puede nacer la conciencia de la justicia "legal" fuera de la Totalidad opresora.» Jesús Antonio de la Torre Ran-

necesidad de buscar el apoyo de los principales protagonistas en la creación del derecho: los movimientos populares, apoyados en el ideal de una utopía democrática en la que los principios de libertad, igualdad y vida digna sean asequibles para todos³².

APENDICE

A continuación se ofrece un cuadro representativo tanto de las distintas corrientes teóricas que conforman el movimiento como de alguna de las entidades de acción que han creado. Para ello se ha seguido el trabajo realizado por el iusfilósofo, y abogado, A. C. Wolkmer en su libro *Introdução ao pensamento jurídico crítico*:

a) Tipología teórico-doctrinal

1. *Epistemologías de «Pluralismo Sistémico-Funcional»*¹, con las obras de Tércio Sampaio Ferraz y José Eduardo Faria. El primero influido por los aportes de Niklas Luhmann y Theodor Viehweg; y el segundo, además de por Luhmann, por Max Weber, por el mismo Tércio Sampaio y por la tradición funcional-liberal norteamericana².
2. *Epistemologías histórico-sociales de perspectivas dialécticas*³. Formadas por cuatro subgrupos: a) en primer lugar, el humanismo dialéctico de raíz neo-hegeliana de Roberto Lyra Filho, fundador de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña (NAIR) y creador de la revista *Direito & Avesso*, junto a José Geraldo de Souza y Agostinho Ramalho Marques Neto; b) el neomarxismo jurídico como expresión de poder de Roberto A. R. de Aguiar; c) el marxismo ortodoxo de Tarso Fernando Genro, también discípulo de Roberto Lyra Filho; y d), la fenomenología del normativismo dialéctico de Luiz Fernando Coelho⁴.

gel, *El Derecho como arma de liberación en América Latina*, op. cit., pág. 28.

³² El objetivo de lograr un modelo de sociedad más democrática es decisivo. Ver E. L. de Arruda Jr., «Direito Alternativo. Notas...», op. cit., págs. 94 y ss.

¹ A. C. Wolkmer, idem, págs. 114 a 120.

² Alguno de los trabajos publicados por Tércio Sampaio son, *Conceito de Sistema no Direito y Função Social da Dogmática Jurídica*, ambos en Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1976 y 1980; y su *Introdução al Estudo do Direito*, Atlas, Sao Paulo, 1988.

De J. E. Faria, ver *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*, Forense, Rio de Janeiro, 1984; *Retórica Política e Ideologia Democrática*, Graal, Rio de Janeiro, 1984; *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*, EDUSP, Sao Paulo, 1988, y *Justiça e Conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1992.

³ Idem, págs. 121 a 133

⁴ Alguna de las obras de Roberto Lyra: *Para um Direito sem Dogmas*, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1980 y *O que é Direito*, edit. Brasiliense, Sao Paulo, 1982; de Geraldo de Souza, ver *Para uma Crítica de Eficácia do Direito*, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1984; de A. R. Marques Neto, *A Ciência do Direito: Conceito, objeto, método*, Forense, Rio de Janeiro, 1982; de Roberto A. R. de Aguiar, *Direito Poder e Opressão*, Alfa-Omega, Sao Paulo, 1980 y *O Que é Justiça Uma Abordagem Dialéctica*, Alfa-Omega, Sao Paulo, 1982; de Tarso Genro, *Introdução Crítica ao Direito*, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1988; y de Luis F. Coelho, *Teoria Crítica do Direito*, HDV, Curitiba, 1986.

Mención aparte, y dentro de este bloque, merece el denominado *iusnaturalismo dialéctico en caminhada*, defendido por los jueces gauchos, como óptica ética y utópica que receptiona las sucesivas conquistas axiológicas populares y humanas obtenidas a lo largo del tiempo⁵.

3. *Epistemología de perspectiva semiológicopsicoanalítica*⁶, con la obra de Luis Alberto Warat, bajo las influencias de Bachelard, Lyotard, Castoriadis, Barthes y Deleuze⁷.

b) Centros de acción

Aparte del propósito de aunar esfuerzos a nivel profesional, y pese a los distintos enfoques doctrinales, los miembros del Derecho Alternativo consideran necesario, para poder interpretar y aplicar un derecho justo, actuar solidariamente con aquellos movimientos populares que están tratando de hacerse con un espacio de actuación más libre y democrático. Para ello, dos son los tipos de frentes de acción sobre los que se organizan. Uno mediante la creación de centros o entidades de estudio, de investigación y pesquisa. El otro mediante la creación de centros de asesoría, educación y pedagogía jurídica popular⁸.

— En cuanto al primer tipo, tenemos, entre otros, el *Grupo de Trabalho «Direito e Sociedade»* de la Asociación Nacional de Posgraduación (ANPOCS), en el que colaboran José Eduardo Faria, Eduardo K. Carrión y Gisele Cittadino; el ya mencionado Grupo de Magistrados Gauchos, ligado a la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul (AJURIS); el *Centro de Estudios de Derecho y Sociedad* de la Universidad de Sao Paulo; y el *Instituto de Derecho y Sociedad* de la Universidad Federal de Santa Catarina con Edmundo Lima de Arruda, A. C. Wolkmer y Horácio Wanderlei Rodrigues.

⁵ Ver A. B. de Carvalho, el capítulo III titulado «Jusnaturalismo de caminhada: uma visao o ético-utópica da ley», de su libro *Magistratura de Direito...*, cit., págs. 54 a 61

⁶ Idem, págs. 133 a 139.

⁷ L. A. Warat, *A Pureza do Poder*, UFSC, Florianópolis, 1983, *A Ciência Jurídica e seus Dois Mandos*, FISC, Santa Cruz do Sul, 1985 y *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, Acadêmica, Sao Paulo, 1988.

⁸ A. C. Wolkmer, op. cit., págs. 101 a 105. Véase también E. L. de Arruda, «Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares», en *Lições de Direito...*, op. cit., págs. 159 y ss.; Horácio Wanderlei Rodrigues, op. cit., págs. 178 y ss.

Jesús Antonio de la Torre Rangel, comentando unos trabajos de experiencias forenses, y escritos por los brasileños Vanderley Caixe y Miguel Pressburguer, señala que el acercamiento del profesional del derecho al pueblo —en este caso, el abogado—, no debe realizarse con la pretensión de representar las reclamaciones portadas por los campesinos o por los indígenas, pues ello le puede llevar a adquirir un protagonismo que no debe nunca poseer. La relación debe direccionarse en el sentido de que sean los mismos grupos populares los que se representen. J. A. de la Torre, *El derecho que nace del pueblo*, cit., págs. 147 y ss. y 162.

En el caso de la actividad judicial, Amilton B. de Carvalho apeala a un total abandono de la visión compartimentalizada del derecho que lo desliga de lo que es su inicio y su fin: la sociedad misma. Véase, «Actuação dos juizes...», cit., pág. 10.

— En cuanto a las entidades de asesoría jurídica, están, también entre otras, el *Instituto de Apoyo Jurídico Popular (AJUP)*, en Río de Janeiro, coordinado por Miguel Pressburguer; el Núcleo de Estudios para la Paz y Derechos Humanos (NEP), constituido por los integrantes de la Nueva Escuela Jurídica Brasileña, de la Universidad de Brasilia, bajo la coordinación de José Geraldo de Souza Jr. Es destacable en el mismo el Curso de Extensión Uni-

versitaria a Distancia que realizan, en un principio bajo el título de *Direito achado na Rua* ahora denominado *Introdução Crítica ao Direito*⁹; el Sector de Orientación y Asistencia Jurídica (SOAJ) en Río de Janeiro; el Gabinete de Asesoría Jurídica de las Organizaciones Populares (GAJOP) de Olinda, Pernambuco; y el Núcleo de Asesoría Jurídica Popular (NAJUP) de Porto Alegre.

⁹ Ver el artículo de J. G. de Souza Jr. «O Direito achado na rua: concepção e prática», en *Introdução Crítica ao Direito*, vol. I, Universidad de Brasilia, 4ª edición, págs. 7 a 10.