

## PUNTOS FUNDAMENTALES PARA EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Jesús Antonio de la TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *De los puntos fundamentales para el uso del derecho de una manera alternativa.*

### I. INTRODUCCIÓN

Oscar Correas señala dos grandes espacios, en América Latina, para las tareas de los abogados que tengan "espíritu democrático y la vocación de servicio a los sectores oprimidos": el ejercicio mismo de la profesión y la crítica jurídica. Dentro del primer rubro incluye: la asesoría jurídica de sindicatos y otras corporaciones (campesinos, comuneros, movimientos vecinales, de profesionales, etcétera); las defensas penales y la defensa del ciudadano frente al autoritarismo del Estado; y la participación hacia dentro del propio aparato administrativo del Estado y en tareas legislativas. Respecto del segundo aspecto, esto es la crítica jurídica, como actividad teórico-académica, sería una labor en defensa del Estado de Derecho frente a las formas autoritarias, como un control de la práctica jurídica en búsqueda de nuevas formas democráticas, esto como un primer aspecto; y el otro campo de la actividad de la crítica jurídica, sería la elaboración de una teoría crítica del Derecho.<sup>1</sup> Nosotros agregamos a las tareas de ese abogado comprometido con las causas populares un tercer campo, el de la educación jurídica-popular.

Ahora bien, en el ejercicio de la profesión, concretamente en el litigio y la asesoría jurídica, haciendo uso del derecho objetivo, consideramos que existen dos zonas diversas en las cuales puede usarse el Derecho al servicio del pueblo:

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

<sup>1</sup> Correas, Oscar, "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina", *Crítica Jurídica* núm. 1, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, pp. 55 y ss.

2a. Dándole a otras normas de suyo "neutras" un sentido tal que lleve a una aplicación en beneficio de los oprimidos. Este espacio, propiamente, es el que, siguiendo a Barcellona y Coturri,<sup>2</sup> hemos llamado *uso alternativo del Derecho*.<sup>3</sup> Algunos le llaman "práctica alternativa del Derecho".<sup>4</sup>

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

Inscrito en este modo de entender el uso del Derecho a favor de los sectores populares, el jurista brasileño Luiz Edson Fachin, coloca, en un interesante artículo,<sup>5</sup> algunas cuestiones relevantes que el jurista de práctica alternativa debe tener en cuenta en su reflexión cotidiana.

## II. DE LOS PUNTOS FUNDAMENTALES PARA EL USO DEL DERECHO DE UNA MANERA ALTERNATIVA

### 1. La búsqueda de la normatividad utilizable

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

"Esa *garipagem* jurídica correspondería exactamente en procurar dentro del ordenamiento jurídico en vigor las posibilidades contradic-

<sup>2</sup> Barcellona, Pietro y Coturri, Giuseppe. *El Estado y los Juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

<sup>3</sup> El tema lo hemos desarrollado con cierta amplitud en *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecuménicos, México, 1984.

<sup>4</sup> Uribe Urán, Víctor Manuel, "Nuevas dimensiones de la crítica jurídica y la práctica alternativa del Derecho", en *Crítica Jurídica* núm. 7, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, 1987, pp. 145 y ss.

<sup>5</sup> Fachin, Luiz Edson, "Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e Injustiças", *Direito Insurgente*, Anais de fundação, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988, Rio de Janeiro.

torias encontradas en el propio ordenamiento hasta que éste no sea alterado, porque lo que queremos efectivamente es un nuevo ordenamiento jurídico, y cuanto menor, más diferenciado y más justo el ordenamiento, evidentemente será mejor, pero en cuanto no ocurra, realizaremos por tanto, en primer lugar, esa *garimpagem*".<sup>6</sup>

El abogado comprometido con los sectores populares, debe entonces iniciar su trabajo con una labor de búsqueda de aquellas normas e instituciones jurídicas que le sean útiles para aquellas causas que defiende.

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

Nuestro autor propone hacer vigente la idea de una nueva función de los jueces, en contra del conservadurismo del Poder Judicial. Esto es, que aquellos encargados de impartir justicia dicten decisiones "contra la ley cuando la ley es injusta",<sup>7</sup> teniendo como base una visión más amplia del Derecho, que no se restringe a una sola de sus fuentes (la legislación) o a uno sólo de sus analogados (derecho objetivo).

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

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

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

"En el extremo opuesto está en cambio la concepción del juez que no se limita a interpretar la norma, sino que añade algo a su contenido; esto es: un juez que no encuentra a punto y ya lista la norma a aplicar, sino que la busca. Más que el intérprete de un derecho ya creado, es el buscador de un derecho que se crea en la procesalidad y en la experiencia. Esta concepción presupone a su vez un sistema normativo no

<sup>6</sup> *Idem, supra*, p. 22.

<sup>7</sup> *Idem supra*, p. 23.

autosuficiente, no cerrado sino abierto a las integraciones que puedan surgir de las modificaciones de la sociedad".<sup>8</sup>

A la pregunta: "¿Qué tipo de lucha se puede llevar a cabo dentro del aparato de justicia del Estado con vistas a una democratización a fondo?", el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez contesta: "Como punto de partida hay que aceptar que el área institucional es un terreno de lucha como otro cualquiera. En este sentido, el aparato de justicia es un campo de batalla en el que se libra, o tiene que librarse, una parte de la lucha global por la transformación democrática de la sociedad. Los jueces deben o pueden proyectarse en dos vertientes. Por una parte, dentro del propio marco profesional, afrontando políticamente los problemas que se les plantean, ejerciendo una crítica clara de la legislación, sometiendo a revisión los viejos valores y poniendo de manifiesto toda su carga ideológica, que es la que nutre la práctica judicial convencional. . . . Por otro lado, es absolutamente necesario salir a la calle con estos temas, incorporarlos a la cultura política del hombre medio, tradicionalmente indefenso frente al hermetismo que ha connotado siempre al mundo judicial". Por su parte Carlos Jiménez manifiesta que al aparato judicial le corresponde "la defensa y protección de las garantías individuales, así como velar por el pleno cumplimiento del principio de seguridad jurídica. . . . frente a los abusos crecientes del poder ejecutivo. . . .". "Su fundamento en la soberanía popular obliga a reformular el concepto clásico de la independencia judicial —vinculando al juez a la sociedad civil— y abrir cauces efectivos a la función judicial e impulsando el jurado y los jueces electivos para hacer una realidad el fundamento del Poder Judicial en la soberanía popular".<sup>9</sup>

En nuestro medio latinoamericano empiezan a aparecer estas ideas también. Tenemos, pues, el caso que nos ocupa de Luiz Edson Fachin y otros. A continuación comento unos artículos muy interesantes de los juristas chilenos Jorge Correa Sutil y Lautaro Ríos.

Correa Sutil nos dice que aquellos que reducen la función de los tribunales a la aplicación simple y llana de la ley, ponen un velo "tras el cual se oculta la verdad de que toda decisión judicial es interpretativa y creativa".<sup>10</sup> No está de acuerdo con aquellos que postulan —como

<sup>8</sup> Barcellona, P. y Coturri, G. *ob. cit.*, p. 105.

<sup>9</sup> Valls, Quico, "Justicia Democrática: el uso crítico de la Constitución" (Conversación con Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José Ma. Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El Viejo Topo* No. 55, Barcelona, abril de 1981, pp. 7 y 8.

<sup>10</sup> Correa Sutil, Jorge, "Críticas a la labor judicial", en *Mensaje* No. 362, Santiago de Chile, septiembre de 1987, p. 371.

Edson Fachin— que los jueces "fallen conforme a principios éticos y no a las normas vigentes", pues en su opinión se corre el riesgo de que en una futura democracia los jueces hagan otro tanto despreciando la ley en nombre de principios que les parezcan prioritarios". Sin embargo, acota: "Decir que los jueces, en sus fallas, se encuentran *limitados* por la ley formalmente vigente no implica, sin embargo, decir que las fallas se encuentran *determinadas* por la ley vigente. La doctrina contemporánea. . . es prácticamente unánime en reconocer que las sentencias son actos libres, aunque condicionados, dentro de ciertos marcos o límites fijados por el derecho preexistente (que según muchos es más que la ley)".<sup>11</sup>

Lautaro Ríos nos recuerda que, desde hace dos siglos, la aspiración popular de la justicia se encuentra sumergida "bajo la doble marea del dogmatismo legal. . . y del positivismo jurídico que pretendió condensar todo el Derecho en el rígido molde de la ley",<sup>12</sup> cayéndose en una concepción *mítica* de la propia ley, que se considera como un conjunto de normas expresión de la voluntad popular.

Se trata de la Escuela de la Exégesis, expresión del positivismo jurídico voluntarista, que tanto ha influido en la legislación, la doctrina, la enseñanza y la ideología jurídica de nuestra América Latina. Dos rasgos que caracterizan a esta corriente, según Bonnacase, son: "I. *El culto al texto de la ley*. . . para ella el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante, es decir, exclusiva, del jurisconsulto, y el Derecho positivo se identifica por completo con la *lèy*". . . ; II. *El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley*".<sup>13</sup> El papel del juzgador se reduce a ser, como se dice, "la boca de la ley".

De tal modo que Lautaro Ríos se pronuncia por la vigencia de una concepción amplia del Derecho que implique no sólo a la ley, sino que incluya el resto de sus fuentes, a saber: la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, los pactos internacionales y la doctrina. "Por eso conviene poner énfasis en que, siendo la misión sustantiva e inexcusable del Poder Judicial la de *hacer justicia* —esto es, la de atribuir a cada quien, la facultad, el deber o la sanción que conforme al Derecho le corresponda—, la técnica para lograr tan alto

<sup>11</sup> *Idem, supra*.

<sup>12</sup> Ríos A., Lautaro, "Ley, derecho y justicia", en *Mensaje* No. 366, Santiago de Chile, enero-febrero de 1988, p. 22.

<sup>13</sup> Bonnacase, J., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, Ed. Cajica, Puebla, 1944, pp. 140-143.

propósito consiste en aplicar éste en la rica variedad de sus fuentes, en lugar de limitarlo a una sola de sus expresiones".<sup>14</sup>

### 3. *Un cambio en la forma de pensar el Derecho*

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

"Todos sabemos, generalmente el jurista, o abogado, piensa el derecho sobre esquemas lógicos deductivos. Quiero decir, el bello silogismo lógico deductivo plasmado en la premisa mayor, en la premisa menor y en una conclusión, que lo mismo impregna al Poder Judicial como a los abogados. Es preciso mudar la forma de pensar el derecho. Necesitamos apartarnos del pensamiento lógico deductivo y dar mayor relevancia al pensamiento de naturaleza intuitiva, porque antes de saber lo que dice la norma es fundamental saber cuál es la solución justa para el caso concreto y después procurar la fundamentación. Si la norma fuere contraria a la solución justa para el caso concreto, el abogado debe defender su tesis lo mismo contra la norma, y si fuese el juez debe juzgar contra la ley, lo que efectivamente defiende la doctrina más avanzada, pues la propia doctrina liberal progresista ya defiende la propia decisión 'contra ley'."<sup>15</sup>

Respecto de la última reflexión referida a los jueces, hemos expresado ya diversas opiniones más o menos concordantes con Fachin. Lo que resulta nuevo ahora es la referencia al cambio del modo de entender el Derecho en los asesores y litigantes que hacen una práctica alternativa del Derecho en favor del pueblo. Esa mudanza en la concepción del pensar jurídico se impone al abogado comprometido con las causas populares, por la realidad misma de los hechos concretizada en la experiencia de injusticia del pueblo, si pretende ser eficaz, y por el mismo compromiso que adquiere con ese pueblo en la búsqueda de la vigencia de sus *derechos* que muchas veces son negados en la ley o ineficaces en la práctica jurídica.

La experiencia en el campo jurídico popular brasileño le hace afirmar a Vanderley Caixe lo siguiente: "Lo importante es que el derecho se produzca en la realidad social, ya sea aprovechando o no una norma positiva... En este caso el abogado que asume una práctica al lado del

campesino, no puede negar la validez de la afirmación del trabajador: "nosotros estamos haciendo el derecho, después vamos a defenderlo delante del juez".<sup>16</sup>

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

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

### 5. *La conciencia de a quién sirve el Derecho*

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

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

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

<sup>16</sup> Caixe, Vanderley, "Consideraciones del trabajo del abogado junto a los campesinos", Capítulo IX de mi obra *El Derecho que Nace del Pueblo*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, México, 1986, p. 154.

<sup>14</sup> Ríos A., Lautaro, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>15</sup> Fachin, Luis Edson, *ob. cit.*, p. 24.