

ALGUNAS APLICACIONES DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA AL DERECHO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hermenéutica analógica*. III. *Hermenéutica analógica aplicada al derecho*. 1. *Analogía del ser y del conocimiento en la interpretación*. 2. *Racionalidad analógica y justicia*. 3. *Derechos humanos: igualdad y diferencia*. A. *Hermenéutica diatópica con relación a los derechos humanos*. 4. *Analogía y iusnaturalismo histórico*. 5. *Interpretación y epiqueya*. IV. *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. 1. *Qué es el uso alternativo del derecho*. 2. *Uso alternativo del derecho: uso alternativo de toda la juridicidad*. 3. *Uso alternativo del derecho, movimiento ligado a la hermenéutica*. 4. *Algunas notas sobre el garantismo*. 5. *Uso alternativo del derecho y garantismo*. 6. *Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del uso alternativo del derecho*.

I. INTRODUCCIÓN

“La hermenéutica es el arte y ciencia de interpretar textos”,¹ es la disciplina de la interpretación. Debe entenderse por textos aquellos que van más allá de la palabra y el enunciado; textos no son sólo los escritos, “sino también los hablados, los actuados y aun de otros tipos”,² los textos a interpretar son, entonces, documentos, diálogos y hechos y actos significativos.

¹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos de Personal Académico, UNAM, 1997, p. 11.

² BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, UNAM, México, 2002, p. 11.

La hermenéutica tiene lugar en los textos que no tienen un solo sentido, esto es, donde hay polisemia, es decir un múltiple significado. Por eso, dice Beuchot, "la hermenéutica estuvo, en la tradición, asociada a la sutileza",³ más allá del sentido profundo y hasta el oculto.

En la interpretación se juntan, convergen, tres cosas: el texto (con el significado que encierra y vehícula), el autor y el lector. Por lo que "el lector o intérprete tiene que descifrar el contenido significativo que el autor dio a su texto, sin renunciar a darle también él algún significado o matiz.

La hermenéutica, pues, en cierta manera, descontextualiza para recontextualizar, llega a la contextualización después de una labor elucidatoria y hasta analítica".⁴

El objeto de la hermenéutica es, entonces, el texto; las diversas clases de textos: documentos, palabra hablada, hechos y acciones con significación. Y el objeto o finalidad de la hermenéutica o acto interpretativo, es la comprensión del texto mismo, la cual tiene como medio principal (intermediario) la contextualización.

Poner un texto en su contexto, evitar la incompreensión o la mala comprensión que surge de descontextuar. Tal es el acto interpretativo y a la vez la finalidad de la interpretación. En eso la hermenéutica lleva ya supuestos antropológicos, y, por lo mismo y en la lejanía, pero fundamentalmente, éticos y metafísicos.⁵

La interpretación es un acto humano y tiene que ver con textos, que en cuanto que documentos, diálogos y actos son también acciones humanas. Por eso dice Beuchot que la hermenéutica lleva supuestos antropológicos y por eso éticos y metafísicos.

Sin embargo, advierte Beuchot, "recientemente se ha tendido a restarle ontologíca a la hermenéutica a favor de su sola lingüística"; lo cual es "abusivo",⁶ agrega el propio Beuchot, pues si bien dicen que el ser se da en el lenguaje, es necesario reiterar que el lenguaje sólo vive gracias al ser, al cual dice o expresa.

Se ha querido desvincular de toda fundamentación ontológica o metafísica a la hermenéutica. Esto lleva necesariamente al relativismo. Por eso, insiste Beuchot, "es necesario recuperar para la hermenéutica su relación con la ontología",⁷ para que la hermenéutica tenga pleno sentido debe estar referida al ser, a la realidad y a la posibilidad de conocimiento de la misma. De igual modo, la hermenéutica jurídica, la interpretación de la juridicidad, debe ligarse al ser mismo del derecho, a su realidad, y a la posibilidad de que pueda conocerse. Interpretar es comprender, en este caso al derecho; por lo que esa comprensión de lo jurídico, está referida al *ser* y al *conocer*.

Por otro lado, siguiendo a Aristóteles, Beuchot sostiene que la hermenéutica es tanto ciencia como arte. Para Aristóteles la ciencia es un conjunto estructurado de conocimientos, en el que los principios dan la organización a los demás enunciados; de tal modo que, en este sentido, la hermenéutica en ciencia, ya que tiene algunos principios que le sirven para estructurar lo que va aprendiendo acerca de la interpretación de los textos. Asimismo el propio Aristóteles entiende el arte o la técnica como el conjunto de reglas que rigen algo, como una determinada actividad; la hermenéutica es arte, porque constituye un conjunto de reglas que nos enseñan y aleccionan a aplicar correctamente la interpretación.

II. HERMENÉUTICA ANALÓGICA

Mauricio Beuchot nos dice que la hermenéutica hoy se debate entre puntos extremos que piden una solución intermedia. Los extremos propuestos son entre una interpretación que busca esclarecer la intencionalidad del autor o el ser mismo de aquello que se interpreta, por un lado, y aquella otra que admite que los textos puedan interpretarse infinitamente. Para hallar la solución intermedia que propone Beuchot "nos ayuda la doctrina antigua y medieval de la analogía".⁸

"La analogía se colocaba como intermedia entre la equivocidad y la univocidad".⁹

³ BEUCHOT, *Tratado de hermenéutica...*, op. cit., p. 11.

⁴ *Idem, supra*, p. 12.

⁵ *Idem, supra*, p. 13.

⁶ *Idem, supra*, p. 71.

⁷ *Idem, supra*.

⁸ *Idem, supra*, p. 27.

⁹ *Idem, supra*.

A continuación Beuchot nos dice en qué consisten los términos equívoco, unívoco y análogo.

Lo equívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente diverso, de modo que la una no tiene conmensuración con la otra. Lo unívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente idéntico, de modo que no cabe diversidad alguna entre unas y otras. En cambio lo análogo es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido, en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad; es idéntico según algo, según algún aspecto, y diverso de modo simple (*simpliciter et secundum quid eodem*); esto es, es diverso de por sí y principalmente, y sólo es idéntico o semejante de modo secundario.¹⁰

Entonces tenemos que las interpretaciones, que la hermenéutica, tiene dos peligros, por un lado el sostener que todas las interpretaciones son válidas, que al hacer hermenéutica todo se vale, esta posición es la de un relativismo extremo o absoluto de la interpretación; el otro peligro es el opuesto, el que sostiene que sólo una interpretación puede ser válida o verdadera. “Al primer extremo, el del relativismo, podemos verlo como equivocismo. Al segundo extremo, el de la interpretación única, podemos verlo como univocismo”.

Pero entre lo equívoco y lo unívoco se encuentra la analogía. Lo equívoco es lo totalmente diverso, lo no conmensurable con otro. Lo unívoco es lo totalmente idéntico. Pero lo análogo es lo que en parte idéntico y en parte diverso; más aún, en él predomina la diversidad, pues es lo idéntico según algún respecto y lo diverso sin más.¹¹

Beuchot agrega:

La analogía consiste en evitar la tan temida unificación o identificación simplificadora, la monolitización del conocer, la entronización parmenídea de la mismidad; pero también consiste en evitar la nociva equivocidad, la entronización heraclíteica de la diferencia, la coronación del relativismo, que es otro monolitismo, sólo que atomizado, cada átomo es un monolito (como

¹⁰ *Idem, supra.*

¹¹ *Idem, supra*, pp. 27-28.

se dice que Platón atomizó en las “ideas” del ser parmenídeo), el monolitismo de lo que es átomo sin ventanas, sin posibilidad alguna de conectarse con el otro en algo común. Así vemos que los extremos se tocan. El univocismo es un monolitismo, y el equivocismo es un univocismo atomizado, un monolitismo roto en fragmentos igualmente monolíticos, en un archipiélago.¹²

El univocismo y el equivocismo también pueden verse de otra manera: como hermenéutica positivista el primero y hermenéutica romántica el segundo. La positivista cree en una única interpretación verdadera y por lo tanto válida; las demás interpretaciones todas son incorrectas. Adopta la forma cientificista del siglo XIX; reductivamente sólo se valen las “interpretaciones científicas”. La hermenéutica romántica, por su parte, hace predominar la subjetividad. Es lo opuesto al positivismo. Se relaciona con la subjetividad absoluta del idealismo. “El romanticismo reaccionaba contra las ciencias formales y naturales que le presentaba el positivismo, pero no contra las ciencias sociales que nacían...”¹³

Las escuelas metodológicas del derecho constituyen expresiones, en buena medida, de las hermenéuticas positivista y de la romántica, predominando la primera. La Escuela de la Exégesis, el dogmatismo o jurisprudencia de conceptos, el positivismo analítico y muy claramente la neoexégesis de Luhmann proponen métodos de interpretación positivistas, de corte claramente univocista. Y en el otro lado, el sociologismo jurídico en general y en concreto las posiciones extremas de la doctrina del “derecho libre” especialmente el realismo sociologista norteamericano, son manifestaciones de una hermenéutica romántica.

Insisto: la hermenéutica romántica es equivocista, acepta diversidad de interpretaciones en donde se introduce el yo; se da subjetivismo y hasta sentimentalismo; la hermenéutica positivista es univocista, la interpretación es una sola, y tiene que ser compartida por todos, constituye el cientificismo.

Para remediar esa caída en los extremos, podemos proponer un medio análogo, que sería una hermenéutica en la que las interpretaciones no

¹² *Idem, supra*, p. 32.

¹³ *Idem, supra*, p. 36.

fueran todas inconmensurables, equívocas, ni todas tuvieran que ser idénticas por sólo haber una posible, unívoca, sino que fueran en parte comunicables, precisamente por tener una parte de comunidad e igualdad, pero preponderantemente diversas, por guardar en cierta medida la particularidad del intérprete. Con ello se salvaría la conmensurabilidad, y podría compararse entre las interpretaciones, y decidir cuáles de ellas son mejores que otras, y en este sentido podría hablarse de unas que se acercan más a la verdad y otras que se alejan de ella. Habría una interpretación principal, más cercana a la verdad objetiva; pero eso no quitaría la posibilidad de que hubiera otras más que se acercaran a ella, y que tuvieran su parte o grado de verdad, en el sentido de aproximación en la correspondencia a lo que el autor dice del texto.¹⁴

La hermenéutica analógica que Beuchot nos propone no constituye sólo propuesta metodológica, "sino un modelo teórico de la interpretación, con presupuestos ontológicos y epistemológicos..."¹⁵

La hermenéutica analógica no constituye, entonces, solamente un método de interpretación, presupone una concepción del ser y la posibilidad de su conocimiento.

La hermenéutica nos conduce a la ontología o metafísica, y a una hermenéutica analógica sólo puede acompañarla y fundamentarla una ontología o metafísica analógica también. La analogía nos hace llegar a la metafísica, porque nos hace abordar no sólo el sentido del signo, o el sentido del texto, sino también el sentido del ser.¹⁶

Esto es lo que hemos intentado hacer en el análisis del derecho. Nosotros partimos de una epistemología o teoría del conocimiento de realismo crítico o moderado,¹⁷ que Beuchot llama *realismo analógico*;¹⁸ esto para conocer el derecho desde el conocimiento mismo de la naturaleza del ser humano y la naturaleza de las cosas y del

conocimiento de las condiciones sociales e históricas del propio ser humano. Y luego, para desentrañar el ser del derecho, para su comprensión, recurrimos también a la analogía, concretamente a la analogía de atribución estableciendo una jerarquía o prioridad en los diversos analogados del derecho, entendiendo a éste prioritariamente, como lo justo objetivo, esto es, la cosa o conducta debida a otro que es el derecho. Cerramos la racionalidad analógica con relación a lo jurídico, aceptando la hermenéutica analógica que nos propone Beuchot, como método de interpretación.

De tal modo que el método de interpretación jurídica que aceptamos, esto es la hermenéutica analógica, tiene relación directa con el método que aceptamos de conocimiento (epistemología) y la comprensión que tenemos del ser del derecho. Epistemología, ontología y hermenéutica se interrelacionan y presuponen mutuamente. El modo de conocer, lleva al modo de entender el ser y de interpretarlo.

Por eso se puede tener hermenéutica y ontología. No sólo hermenéutica, sino además ontología, en el límite donde se juntan el lenguaje y el ser, y se interpretan sin confundirse, y se tocan sin devorarse. Es decir, podemos asimilar la lingüistización y la historización de la filosofía, pero sin perder el asidero fuerte de lo ontológico. Nos pone en el límite, como está en el límite el propio ser humano, con su carácter de mestizo del universo, de microcosmos. La analogía es limítrofe, por eso el hombre es un icono del universo, del macrocosmos.¹⁹

Hemos sostenido que *el derecho* es un concepto análogo, no unívoco, ni equívoco o ambiguo. *El derecho* da razón de las normas, la ley o derecho objetivo; de las facultades o potestades de las personas sobre lo suyo, o derecho subjetivo; y de lo justo objetivo o cosa o conducta debida a otro. Así que cuando decimos que aplicamos, para interpretar el derecho, la hermenéutica analógica, no estamos diciendo sólo "interpretar la ley" o normatividad, sino interpretar el derecho en toda su riqueza analógica, como ley ciertamente, pero también derechos subjetivos, reconocidos o no en la normatividad, y la concretización de justicia, como cosas o conductas debidas.

¹⁴ *Idem, supra*, pp. 37-38.

¹⁵ *Idem, supra*, p. 41.

¹⁶ BEUCHOT, *Perfiles...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Filosofía del derecho. Epistemología", *Revista Jurídica Jalisciense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, núm. 8, enero-abril, 1994.

¹⁸ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Sobre el realismo y la verdad en el camino de la analogicidad*, Ed. Universidad Pontificia de México, México, 1988.

¹⁹ BEUCHOT, *Perfiles...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

III. HERMENÉUTICA ANALÓGICA APLICADA AL DERECHO

1. Analogía del ser y del conocimiento en la interpretación

El maestro Efraín González Morfín, al tratar lo relativo a la hermenéutica jurídica, o interpretación del derecho, sostiene que ésta no se agota, no es completa en lo que se refiere al mero aspecto normativo como sistema autosuficiente. La interpretación jurídica requiere de supuestos ontológicos y gnoseológicos (del conocimiento). Lo jurídico requiere de tomar en cuenta a la realidad en su totalidad, la cual es compleja y mutable. Y el conocimiento humano debe adaptarse de tal modo que capte esa realidad en su complejidad y cambio. La realidad toda, entera, es fuente material del derecho; para éste “ninguna realidad es extraña porque todos los aspectos de la realidad tienen o pueden tener relación con las personas humanas, que son el origen, la causa eficiente y los destinatarios de las normas jurídicas”.²⁰

La hermenéutica, como hemos venido sosteniendo, requiere de bases ontológicas y de teoría del conocimiento. Éstas dan razón de la realidad, por lo tanto de la naturaleza del ser humano y de las cosas, así como de la complejidad misma de la propia persona y de la realidad en que está inmersa, así como de los cambios sociohistóricos de la propia realidad y de las personas mismas. De tal modo que se requiere del uso de una racionalidad analógica, de una hermenéutica analógica que de cuenta de lo fijo y lo mutable, de lo que corresponde a naturaleza y aquello que tiene carácter histórico. La realidad no es unívoca, pero tampoco equívoca; la realidad experimenta el cambio pero manteniendo datos de identidad. Existe un principio de *identidad en el cambio* como dice González Morfín:

Este principio de identidad en el cambio expresa la analogía del ser, que fundamenta la analogía del conocimiento. La identidad en el cambio es el fundamento más sólido de una posición jurídica equilibrada que concilie los cambios justos necesarios de la realidad mutable con la legítima permanencia de elementos invariables en la realidad. Si se niega la identidad, se cae en la negación de las naturalezas, las esencias y los valores permanen-

²⁰ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Temas de filosofía del derecho*, Ed. Oxford y Universidad Iberoamericana, México, 1999, p. 75.

tes; si se niega el cambio, se adopta una posición de rigidez inhumana y contraria a la historia.²¹

El propio González Morfín agrega:

En relación con los fundamentos gnoseológicos de la interpretación; hay que señalar la esencial interdependencia del conocimiento humano y la realidad, de tal modo que la analogía en el orden del ser, que expresa la identidad y la diferencia en los seres reales, se manifiesta en la analogía del conocimiento.²²

2. Racionalidad analógica y justicia

La realidad no se nos presenta “clara y distinta”; no es unívoca. La realidad es compleja y como tal es captada por nuestro entendimiento. Por eso requerimos de un método que dé cuenta de esa complejidad, de ahí la propuesta de utilización de la analogía, ya que nos permite conocer esa complejidad expresada como relaciones diversas entre los seres y proporciones varias entre ellos.

Por otro lado, si aceptamos que la *justicia* no está constituida por ideas abstractas, sino que implica un equilibrio, una proporción, entre seres reales, personas reales, viviendo en una realidad, el método de la analogía nos ayuda al establecimiento de esa proporción que es la justicia. Escribe Santo Tomás:

Debe decirse que es propio de la justicia, entre las demás virtudes, el que ordene al hombre en sus relaciones con los demás. Pues implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, porque se dice vulgarmente que se ajustan las cosas que se igualan. Y la igualdad es con otro... Y esto ciertamente es el derecho. Por lo cual es evidente que el derecho es objeto de la justicia.²³

Para Santo Tomás, entonces, la justicia implica cierta *igualdad*, pero ¿a qué *igualdad* se refiere? Márquez Muñoz nos recuerda que

²¹ *Idem, supra*, p. 78.

²² *Idem, supra*.

²³ Santo Tomás de AQUINO, *Suma teológica*, t. XI. *La prudencia, la justicia y el derecho*, Cuestión LVII, artículo I, *op. cit.*, p. 108.

existen dos significados del término igualdad, y cita a Douglas Lummis:

En las diversas nociones de igualdad, es posible distinguir dos familias de significados: en la primera, la palabra *igualdad* indica una clase de justicia o trato justo. En la segunda, *igualdad* indica semejanza u homogeneidad. En algunos contextos los dos significados pueden superponerse o converger, pero son diferentes. Tratar a las personas en forma justa puede requerir tratarlas en forma diferente; por otro lado, tratar a las personas como si fueran semejantes no es tratarlas necesariamente en forma justa.²⁴

Es, entonces, a la *igualdad* como relación de justicia a la que Santo Tomás se refiere, por lo que esa igualdad no implica homogeneidad. Las personas en sus relaciones, se presentan una frente a otra en posiciones distintas y su relación, para ser justa, debe ser igualada, debe ajustarse. La racionalidad analógica permite ese ajustamiento, porque la analogía nos lleva a razonar pensando siempre en una relación proporcional, en la que los seres relacionados combinan conveniencia y discrepancia. En el caso de las personas que deben ajustarse o igualarse en una relación que se pretende sea justa, convienen, mantienen unidad, en cuanto a datos esenciales, como seres humanos y por lo que ve a su dignidad, pero discrepan en la distinta posición real social. De tal modo que al darse la relación justa, entre una y otra persona, en sus intercambios de cosas o conductas, se tiene que pensar analógicamente, proporcionando sus identidades y sus diferencias. Por eso decimos que la racionalidad analógica permite la justicia.

3. Derechos humanos: igualdad y diferencia

Podemos aplicar la racionalidad analógica también al tema de los derechos humanos.

El derecho de la modernidad proclama la igualdad jurídica formal como principio básico. Parte de considerar a todos los seres humanos como libres e iguales. Y esa igualdad jurídica formal, al aplicar-

²⁴ MÁRQUEZ MUÑOZ, José F., "El lugar del género vernáculo", en *Ixtus*, núm. 28, Cuernavaca, 2000, p. 37.

se a una realidad social caracterizada por la desigualdad material de los seres humanos, hace más grande la desigualdad y profundiza la injusticia.

Llevando lo anterior al terreno de los derechos humanos, el jurista italiano Ferrajoli hace críticas certeras al decir que la "ficción" de la igualdad deja sobrevivir la desigualdad, precisamente porque desconoce la diferencia. El caso de los pueblos indígenas, por ejemplo, es exactamente el de diferencias; de pueblos con una cultura y una socialidad —modo de relacionarse— diferente a nosotros. Ferrajoli escribe:

... la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales.²⁵

Una de las críticas fuertes que se hacen a los que opinamos que debe reconocerse la autonomía de los pueblos indígenas, consiste en decirnos que queremos regresar a un derecho de grupos, particularizado, propio de las juridicidades premodernas; por lo que se estarían creando especies de "reservaciones" de grupos humanos privándolos de las ventajas de la vida actual. Pero no es así. Lo que pretendemos es superar el derecho de la modernidad en cuanto a su univocidad; queremos salvar realmente la eficacia de los derechos, reconociendo las diferencias, para que la igualdad se dé en la realidad y no sólo en las formas.

La juridicidad moderna será superada cuando *el otro sea reconocido como otro*. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto *otro*.

Los indígenas, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser *otro*. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el derecho de la modernidad. Un derecho univocista, incapaz de relacionar coincidencia y diferencias.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 84.

A. *Hermenéutica diatópica con relación a los derechos humanos*

Boaventura de Sousa Santos, profesor de la Universidad de Coimbra, hace planteamientos muy interesantes en lo que se refiere a la realidad compleja de los derechos humanos. En primer lugar los relaciona con el fenómeno de la *globalización*, o mejor de las *globalizaciones* como él sostiene, y en segundo lugar, analiza su complejidad en relación con las culturas, precisamente en lo que se refiere a la tensión entre universalización o particularismo cultural. Con referencia a este segundo punto y para resolver la tensión entre una visión universal de los derechos humanos y el particularismo cultural, De Sousa Santos propone una *hermenéutica diatópica*, que consideramos constituye una versión de la hermenéutica analógica. Veamos cómo expone el tema el profesor de Coimbra.

a. *Globalizaciones*

Comencemos por tratar de establecer lo que se entiende por *globalización*. Este término se aplica sobre todo referido a la nueva economía mundial, caracterizada por la cada vez más intensa transnacionalización de la producción de bienes y servicios y de los mercados financieros, en donde las empresas multinacionales adquieren una enorme importancia como actores internacionales. Las características más marcadas de este proceso de globalización son: grandes inversiones en la creación de nueva tecnología; el capital cada vez está más concentrado en grandes conglomerados financieros y fondos de inversión, que pretenden lucrar al máximo en el menor tiempo posible; y el núcleo básico de todas las grandes decisiones económicas no está más en los Estados nacionales, sino en las grandes instituciones financieras internacionales.²⁶

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

²⁶ Cfr. RAMOS FILHO, Wilson, “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, en *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interinter-disciplinar*, Ed. Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 1996, pp. 87-92.

sociales” que dan origen a “diferentes fenómenos de globalización”; agrega que en tal virtud “no existe estrictamente una entidad única llamada *globalización*, sino que existen *globalizaciones*; en rigor, este término sólo debería usarse en plural”.²⁷ Y así el profesor de la Universidad de Coimbra propone la siguiente definición:

La *globalización* es un proceso mediante el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia a todo el globo y, el hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival.²⁸

De Sousa Santos agrega que deben considerarse cuatro diferentes modos de producción de la *globalización*, que a su vez dan origen a cuatro formas de *globalización*, que son las siguientes: *localismo globalizado*, que consiste “en el proceso mediante el cual determinado fenómeno local se *globaliza* con éxito”,²⁹ como la actividad mundial de las transnacionales, o la transformación de la lengua inglesa en “lengua franca”; segunda: *globalismo localizado*, está constituida por el “impacto específico de prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, las cuales, por esa vía, se desestructuran y reestructuran de manera que responden a esos imperativos transnacionales”,³⁰ como enclaves de comercio libre o zonas francas, deforestación o fuerte destrucción de los recursos naturales para el pago de la deuda externa, etcétera.

La división internacional de la producción de la *globalización* asume el siguiente modelo: los países centrales se especializan en *localismos globalizados*, mientras que a los países periféricos sólo les toca escoger *globalismos localizados*. El sistema mundo es una trama de *globalismos localizados* y *localismos globalizados*.³¹

²⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, México, 1998, pp. 12 y 13.

²⁸ *Idem, supra*, p. 13.

²⁹ *Idem, supra*, p. 15.

³⁰ *Idem, supra*.

³¹ *Idem, supra*, p. 16.

Así algunos dicen que la “globalización” es la “americanización del mundo occidental y, cada vez más, de todo el planeta...”.³²

Los otros dos procesos de globalización, De Sousa Santos les llama *cosmopolitismo* y *patrimonio común de la humanidad*; el primero está constituido por la organización transnacional en la defensa de sus intereses percibidos como comunes de parte de Estados-nación, regiones, clases y grupos sociales subordinados, y en el uso en su beneficio de las posibilidades de interacción transnacional creados por el sistema mundial; y el segundo tiene que ver con temas que tienen sentido si se relacionan con el mundo (globo) en su totalidad, como la sustentabilidad de la vida humana en la tierra.³³

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

b. Los derechos: entre el localismo globalizado y el cosmopolitismo

Los derechos humanos revisten una gran complejidad. Siguiendo a De Sousa Santos pueden concebirse como una expresión de “localismo globalizado”, en este caso desde la globalización hegemónica, o como “cosmopolitismo” que es una forma de “globalización contrahegemónica”. Esta perspectiva, por sí misma, es compleja; entre otros aspectos, tiene que ver con la visión universal de los derechos humanos *versus* su particularismo cultural.

De Sousa Santos establece esta tesis: “mientras se conciben como universales, los derechos humanos tenderán a operar como localismo globalizado: una forma de globalización de arriba hacia abajo... como arma de Occidente contra el resto del mundo”.³⁴

Todas las culturas consideran sus valores como los de mayor alcance; “pero sólo la cultura occidental tiende a formularlos como

³² BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc, *Las argucias de la razón imperialista*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p. 30.

³³ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Ed. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 1999.

³⁴ DE SOUSA SANTOS, *Por una concepción... op. cit.*, p. 18.

universales”.³⁵ Además las políticas de derechos humanos, en buena medida, han estado al servicio de los intereses económicos y geopolíticos hegemónicos.

De Sousa propone un “diálogo intercultural sobre la dignidad humana”, lo que puede llevar a “una concepción mestiza de los derechos humanos”.³⁶

Ese diálogo intercultural, implica no sólo intercambio de saberes, sino también de culturas, “entre universos de sentido diferentes”, en buena medida “inconmensurables”. Estos universos de sentido consisten en *topoi* fuertes, esto es, en “los lugares comunes retóricos de mayor alcance de determinada cultura”. Estos *topoi* fuertes se vuelven muy vulnerables, y problemáticos al usarse en una cultura diferente. De Sousa considera imposible comprender determinada cultura a partir de los *topoi* de otra; en razón de ello propone una *hermenéutica diatópica* como guía en el diálogo intercultural que propone relativo a esa dignidad humana, base de los derechos humanos. Luego pasa a explicarnos su propuesta hermenéutica:

La hermenéutica diatópica se basa en la idea de que los *topoi* de determinada cultura, por más fuertes que sean, son tan incompletos como la propia cultura a la que pertenecen. Tal calidad de incompleto no es visible en el interior de esa cultura, dado que la aspiración a la totalidad conduce a que se tome la parte por el todo. No obstante, el objeto de la hermenéutica diatópica no es lograr el estado de completo, un objetivo inalcanzable, sino, por el contrario, ampliar al máximo la conciencia de mutua calidad de incompleto a través de un diálogo que se desarrolla, por así decirlo, con un pie en una cultura y el otro, en otra. En eso reside su carácter diatópico.³⁷

A continuación de Sousa ejemplifica, utilizando su hermenéutica diatópica, con los *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* de la *umma* en la cultura del Islam.

Pero Boaventura de Sousa nos previene al decir que el carácter emancipatorio de la hermenéutica diatópica no está garantizado *a priori*, y afirma que “el multiculturalismo puede ser el nuevo rótulo

³⁵ *Idem, supra*, p. 19.

³⁶ *Idem, supra*, p. 23.

³⁷ *Idem, supra*, p. 24.

de una política reaccionaria".³⁸ Lo que significa que las políticas reaccionarias, mejor diríamos inhumanas, vienen tanto de posiciones univocistas (universalistas) como equivocistas (multiculturalistas). Como dice Beuchot, desde su hermenéutica analógica, los extremos se tocan: "El univocismo es un monolitismo, y el equivocismo es un univocismo atomizado...".³⁹

Para prevenir esa "perversión", De Sousa Santos propone dos imperativos interculturados de la hermenéutica diatópica:

El primero puede formularse así: *de las diferentes versiones de una cultura determinada, debe elegirse aquella que represente el círculo más amplio de reciprocidad dentro de esa cultura, la versión que vaya más lejos en el reconocimiento "del otro"...* El segundo imperativo intercultural puede enunciarse de la siguiente forma: dado que todas las culturas tienden a distribuir personas y grupos de acuerdo con los dos principios concurrentes de pertenencia jerárquica y, por consiguiente, con concepciones concurrentes de igualdad y diferencia, *las personas y los grupos sociales tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia los inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza.*⁴⁰

La hermenéutica diatópica es una magnífica herramienta para la consideración de los derechos humanos. Es una interesante versión de la aplicación de la analogía, de la hermenéutica analógica.⁴¹

4. Analogía y *iusnaturalismo histórico*

Hemos sostenido que la raíz del derecho es el ser humano. En cuanto que realidad compleja la juridicidad de manera prioritaria está constituida por el *derecho subjetivo* que consiste en la facultad de la persona de exigir lo suyo y por lo *justo objetivo* como la cosa o conducta debida a *otro*, que es precisamente su derecho. En otras palabras, lo fundamental de lo jurídico, a lo cual deben ordenarse normas,

instituciones y procedimientos está constituido por los derechos humanos y la justicia. Esto lo afirmamos desde una posición filosófica de *iusnaturalismo*.

En virtud de que tanto lo relativo a los derechos humanos, como aquello que tiene que ver con la justicia y el bien común, es presentado habitualmente de una manera abstracta, desligado de la historia concreta, es que hemos pensado en hacer reflexiones *iusfilosóficas* buscando exponer un *iusnaturalismo histórico*. Así hemos tratado de presentar un *iusnaturalismo* con otro rostro, un derecho natural con otra cara.

De tal modo que teorizamos sobre el *iusnaturalismo histórico* partiendo del *iusnaturalismo clásico*, ligándolo al *personalismo* e incorporando categorías de la llamada *filosofía de la liberación*. Con una visión integradora de esas tres corrientes filosóficas, y utilizando la *racionalidad analógica*, hemos intentado construir un discurso teórico que pretende ser un ensayo de *iusnaturalismo histórico analógico*.

Esta concepción *iusnaturalista* no entiende el derecho natural como un cuerpo normativo acabado, terminado una vez y para siempre; sino como un conjunto de criterios racionales basados en los datos objetivos que nos proporciona la naturaleza del ser humano, esto enriquecido con el *personalismo*. Le llamamos *histórico* porque pretende afrontar el reto de la *ahistorización* que señala Ellacuría,⁴² y para ello introducimos categorías de pensamiento de la *filosofía de la liberación* (totalidad/exterioridad, alienación/liberación).⁴³ Creemos que con estas categorías podemos reflexionar siempre en concreto, históricamente, sobre los derechos humanos, la justicia y el bien común.

Es frecuente la crítica a la locución *iusnaturalismo histórico*, por implicar, se dice, una contradicción precisamente entre naturaleza e historia, ya que la primera es inmutable y la segunda implica cambio constante. Ya hemos visto Beuchot nos muestra, haciendo uso de la analogía, esto es desde la *racionalidad analógica*, que el ser humano

⁴² Cfr. ELLACURÍA, Ignacio, "Derechos humanos en una sociedad dividida", en *Christus*, núm. 257, México, octubre, 1979.

⁴³ DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Ed. Edicol, México, 1977.

³⁸ *Idem, supra*, p. 32.

³⁹ BEUCHOT, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁰ DE SOUSA SANTOS, *Por una concepción...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁴¹ Cfr. GUTIÉRREZ DE VELASCO, José Ignacio, "Hermenéutica analógica de los derechos humanos", en *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, compilador Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.

puede ser considerado entre naturaleza e historia, porque en la persona humana hay naturaleza o esencia y es quien hace la historia.⁴⁴

El ser humano es naturaleza e historia; no unívocamente esencia, no sólo naturaleza; sino que análogamente, proporcionalmente, naturaleza e historia en relación: ser en la historia. Por eso hablamos de *iusnaturalismo histórico analógico*.

Este entender al ser humano no sólo como naturaleza, ni sólo como historia, sino, análogamente, *ser en la historia*, permite, todavía más, hacer otra relación analógica entre el *otro* como simple *semejante* y como *oprimido*. Y es que es al *otro* que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho; y entre el *otro* —cualquier persona— y el *inequívocamente otro* —persona negada, la víctima, el pobre—, existe analogía: iguales derechos comunes en su reconocimiento, pero el *inequívocamente otro* es negado en la eficacia histórica de esos derechos. A esta aplicación de la *analogía* Enrique Dussel, desde la filosofía de la liberación, le llama *analéctica*.⁴⁵

Analogía en la visión misma del *otro* como *prójimo*, en cuanto que éste es “imagen y semejanza” dice Hubard.⁴⁶ Así al aplicar esa analogía, concebimos el derecho, la justicia y los derechos fundamentales del ser humano a partir de la naturaleza o esencia de las mujeres y los varones como personas, con una historia concreta, personal y comunitaria, distinguiendo y relacionando, analógicamente, al *prójimo* como *imagen y semejanza* y al *prójimo* como víctima concreta en cuanto que despojado de sus derechos y padeciendo la injusticia.

5. Interpretación y epiqueya

La ley, en cuanto que conjunto de normas, es una expresión de derecho muy importante y básica para la convivencia humana. Pero no

⁴⁴ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, “Réplica a Ángel Hernández”, en *Isonomía*, núm. 6, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril de 1997, pp. 180 y 181. (Se trata de una respuesta al artículo de Ángel HERNÁNDEZ, publicado en la misma revista titulado “¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot”).

⁴⁵ Cfr. DUSSEL, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. HUBARD, Julio, “Divagación contra el otro”, en *Letras Libres*, núm. 12, México, diciembre de 1999, pp. 36-39.

constituye la única expresión del derecho, ya que, como hemos visto, lo jurídico está constituido por varias realidades relacionadas entre sí: la propia normatividad, ciertamente, pero también los derechos subjetivos o facultades que tienen las personas sobre lo suyo y lo justo objetivo, cosa o conducta debida a otro, como expresión concreta de la justicia. Y de la justicia vamos a hablar, más propiamente de la *equidad* que es la corrección de lo “justo legal” o ley. Sobre esto escribe Suárez, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás:

En este sentido tomó Aristóteles la equidad cuando dijo que era la corrección de lo justo, se entiende de lo justo legal, y a la virtud de la cual procede este acto la llamó *epiqueya* de la cual trata también Santo Tomás. A ella le toca en las cosas particulares obrar contra la letra de la ley humana cuando su observancia sería contraria a la equidad natural, y entonces el juez no obra conforme al *ius* —se entiende, materialmente y tal como suena— sino conforme a lo equitativo y bueno; esto es observar el *ius* conforme a su intención, y hacer lo contrario sería violarlo...⁴⁷

Suárez distingue entre interpretación y *epiqueya*. La primera tiene un sentido mucho más amplio que la segunda; toda *epiqueya* es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es *epiqueya*. Las leyes necesitan siempre la interpretación por su oscuridad o ambigüedad, pero no todas estas interpretaciones constituyen *epiqueya*, “sino solamente por las cuales interpretamos que una ley falla en un caso particular por razón de su universalidad, es decir, porque la ley se dio en términos generales y en algún caso particular falla de tal manera que en él no puede observarse justamente”.⁴⁸

Gadamer, siguiendo las enseñanzas de Aristóteles, dice que un una situación concreta, el que aplica el derecho, no será obligado a hacer concesiones respecto “a la ley en sentido estricto, pero no porque no sea posible hacer las cosas mejor, sino porque de otro modo no sería justo. Haciendo concesiones frente a la ley no elimina aspectos de la justicia, sino que por el contrario, encuentra un derecho

⁴⁷ SUÁREZ, Francisco, S. I., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, edición bilingüe de *De Legibus*, versión española de José Ramón Enguillor, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Lib. I, cap. II, núm. 10, t. I, p. 13.

⁴⁸ *Idem, supra*, Libro II, cap. XVI, núm. 4, t. I, p. 174.

mejor”.⁴⁹ Y agrega que la hermenéutica jurídica tiene aquí su verdadero lugar:

La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.⁵⁰

Al aplicarse la ley debe ligarse ésta con la razón, con la razón jurídica. La razón jurídica no es sólo de la ley, sino razón del derecho—ley ciertamente, pero también derechos subjetivos y justicia—; y prioritariamente justicia, que al aplicarse al caso concreto viene a ser *equidad* o *epiqueya*. Así que la ley precisa de aplicarse con *razón de equidad*.⁵¹

Beuchot recuerda que la jurisprudencia tiene mucho que ver con la interpretación. Nos muestra cómo su nombre mismo de *jurisprudencia* acude a la prudencia o *frónesis* para determinar lo que es justo; y agrega que también interviene, en la jurisprudencia, la equidad o *epiqueya* para hacer ver cómo se aplica una ley a un caso concreto. “Todo esto tiene ya mucho que ver con la hermenéutica analógica, pues tanto la prudencia como la equidad son virtudes eminentemente analógicas o proporcionales, son la analogía misma puesta en práctica”.⁵²

IV. HERMENÉUTICA ANALÓGICA, JUSTICIA Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

A manera de introducción al tema, hacemos alusión a un caso concreto de trascendencia nacional.

El 7 de octubre de 1998, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación resolvió las contradicciones de tesis que habían sostenido algunos tribunales colegiados, relacionadas con el cobro de intereses en cierto tipo de contrato de apertura de crédito, capitalización de intere-

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método I*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1996, p. 389.

⁵⁰ *Idem*, *supra*, p. 390.

⁵¹ Ver el interesante tratamiento del tema de la equidad que hace Luis RECASÉNS SICHES, en *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cap. VI, Ed. Porrúa, México, 1980, pp. 260-276.

⁵² BEUCHOT, *Perfiles... op. cit.*, p. 97.

ses y otros temas afines. Su fallo fue estableciendo jurisprudencia sobre la legalidad del llamado *anatocismo*, esto es el cobro de interés sobre interés, estableciendo la legalidad de esta práctica bancaria.⁵³

La resolución, se ha dicho, es legal pero injusta. Algunos juristas han comentado que, desde el punto de vista técnico jurídico, la resolución de nuestro máximo Tribunal es inobjetable, pues está perfectamente fundada en la ley, y su interpretación es correcta.

Nosotros creemos que la resolución de la Corte pudo haber sido en sentido contrario a como se dictó, esto es, declarando ilegal el *anatocismo*, e igualmente el fallo podría haber estado fundado en la propia ley y, además, en un concepto jurídico más amplio que la propia legalidad, que es la justicia misma.⁵⁴ Pero ésta hubiera implicado hacer *uso alternativo del derecho*.

1. Qué es el uso alternativo del derecho

El *uso alternativo del derecho* emerge como una corriente teórica y práctica de la juridicidad en contra de los mitos de la cultura jurídica moderna capitalista, contestando o negando que las tareas de interpretación y aplicación del derecho sean estrictamente científicas,⁵⁵ sosteniendo en contrapartida, “la función política del derecho”.⁵⁶ Surge a principios de la década de 1960 en Italia, impulsada por un grupo de jueces asociados con el colectivo denominado *Magistratura Democrática*. Siguiendo a los principales teóricos, como Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Pietro Barcellona y otros, el iusfilósofo español Saavedra, define así el *uso alternativo del derecho*: “la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emanci-

⁵³ Cfr. Comunicado de Prensa núm. 138, Suprema Corte Justicia de la Nación, Dirección de Comunicación Social, México, 7 de octubre de 1998; revista *Proceso*, núm. 1145, México, 11 de octubre de 1998.

⁵⁴ Un ministro de la Suprema Corte de Justicia así lo consideró y votó en contra de la tesis jurisprudencial, me refiero al maestro Juventino Castro: Cfr. CASTRO, Juventino V., *La Suprema Corte de la Nación ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*, Ed. Porrúa, México, 1999.

⁵⁵ LÓPEZ CALERA, Nicolás Ma., “Sobre el alcance teórico de uso alternativo del derecho”, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, del propio Modesto LÓPEZ CALERA, SAAVEDRA LÓPEZ y Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978, p. 12.

⁵⁶ LÓPEZ CALERA, *op. cit.*, p. 40.

padora; o, lo que es lo mismo, de aplicar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Para ello se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico —especialmente el plano judicial— unos determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación.⁵⁷

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

Esta práctica jurídica heterodoxa de los jueces de Río Grande do Sul, comenzó a consolidarse y a constituirse como movimiento, conocido como “Movimiento de Derecho Alternativo”, en 1986 durante el Congreso de la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul. Pero antes de esta experiencia latinoamericana de *uso alternativo del derecho* desde el poder judicial, esta práctica jurídica alternativa se había dado como una necesidad práctica social de los abogados y de los diversos promotores sociales que han puesto sus conocimientos y destrezas al servicio de grupos, con necesidades vitales sentidas, dentro del proceso popular de nuestros países. Y es que estas necesidades de los grupos populares se topan, de una u otra forma, con el complejo fenómeno de la juridicidad.

Llegando a este punto, y antes de profundizar más, es necesario decir que no es fácil dar todavía con el concepto, que satisfaga a todos, del *uso alternativo del derecho* para América Latina. Germán Palacio nos dice: “las prácticas jurídicas alternativas se encuentran en el terreno relativamente pantanoso, un terreno teórico, donde to-

⁵⁷ SAAVEDRA LÓPEZ, “Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho”, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, op. cit., p. 40.

davía no estamos en capacidad de definir con claridad la denominación que corresponde a este tipo de prácticas... estamos frente a una limitación teórica importante y es que tenemos un conjunto de experiencias, todas ellas muy ricas pero todas ellas más o menos parciales, no generalizables, fragmentadas, no institucionalizadas”.⁵⁸ Algunos autores incluso cuestionan el que se siga usando para América Latina la expresión *uso alternativo del derecho*.⁵⁹

A continuación ofrecemos algunas definiciones de *uso alternativo del derecho*:

El *Diccionario enciclopédico de teoría y sociología del derecho* define el término “Alternativo (uso-del derecho)”, de tres maneras:

En primer lugar, como “*corriente doctrinal y de praxis jurídico-política del derecho, su carácter de clase y admite la posibilidad de su interpretación contra los intereses de la clase dominante y al servicio de las clases oprimidas*”.

En segundo lugar, como *metodología jurídica* establecida a partir de una “*reflexión teórica sobre el conocimiento jurídico y la naturaleza del derecho*”.

Por último, como *práctica jurídico-política* en el sentido de “*utilización de las normas jurídicas [...] como objetos, intereses y valores distintos de los que reivindica la clase burguesa dominante y hegemónica en la creación y aplicación del derecho*”.⁶⁰

La primera definición dice que el *uso alternativo del derecho* es una doctrina y una praxis “generalmente de inspiración marxista”, y es cierto, el neomarxismo, no dogmático, sobre todo inspirado en las tesis de Antonio Gramsci (1891-1937), ha sido una de las teorías que ha servido de base a esta corriente jurídica. Pero no ha sido el único sostén teórico del *uso alternativo del derecho*, otros hemos teorizado

⁵⁸ PALACIO, Germán, “Prácticas Jurídicas Alternativas (P.J.A.)”, en *Documentos*, núm. 6, Ed. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (I.L.S.A.), Asociación Internacional de Servicios Legales, Bogotá, 1990, p. 31.

⁵⁹ BERGALLI, Roberto, “Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión ‘uso alternativo del derecho’?”, en *Revista de Derecho Alternativo*, Amilton Bueno de Carvalho (organizador), Ed. Academia, Sao Paulo, 1992, pp. 9. 19 y ss., 145.

⁶⁰ Juristes-Solidarités, *Prácticas del derecho, producciones de derecho: iniciativas populares*, Ed. Trilce y Juristas-Solidarités, Montevideo, 1998, p. 102.

sobre el mismo desde el propio iusnaturalismo “de la caminata” o “histórico”,⁶¹ y otros más desde lo que llaman “iuspositivismo de combate”.⁶²

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

Cuando hablamos de *pobres como sujeto histórico*, como usuarios de la juridicidad alternativa, estamos aludiendo a una categoría sociológica y ética.

Hemos optado por el término *pobre* o *pobres* como categoría sociológica, y no por otro como podría ser *proletariado*, *clases subalternas* o *dominadas*, *pueblo*, u otros, en virtud de que creemos que ese término es el que más se acerca, en cuanto que categoría sociológica, a la caracterización de estos nuevos sujetos de derecho. No optamos tampoco por *víctimas*, porque en el lenguaje jurídico tiene la connotación precisa de aquellos sujetos pasivos de una acción delictiva.

La adopción de la categoría *pobre*, es siguiendo a José de Souza Martins, que explica:

Pienso que es muy importante considerar que la categoría explícita que organiza el pensamiento de los miembros de esas comunidades es la categoría *pobre*... La categoría *pobre* es amplia y abarca todo tipo de pobreza, desde la miseria del hambre hasta la falta de justicia y derechos, la desigualdad, la opresión, la falta de libertad, el compromiso de la fe por degradación del hombre. Es diferente de la situación de clase social, que se defi-

⁶¹ Cfr. BUENO DE CARVALHO, Amilton, *Magistratura e Direito Alternativo*, Ed. Académica, São Paulo, 1992; Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma de liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecuménicos, México, 1984, y *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997.

⁶² Cfr. ROSA DE ANDRADE, Lédio, *O que é direito alternativo?*, Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1998.

ne por una categoría económica, como el salario o la propiedad, que por eso queda centrada en la *producción*. La categoría *pobre*, al contrario, tiene una definición ética e histórica que implica considerar los *resultados* de la producción, no sólo la acumulación de capital, sino también *la acumulación de la pobreza* que de ella resulta. La realidad social para ser considerada no a partir de la *igualdad jurídica* que sustenta las ficciones básicas sobre los derechos, sino que a partir de la desigualdad *económica y social* que desenmascara y denuncia la falta de derechos. Es por eso también que es otra la concepción y la práctica de las relaciones sociales. No la concepción societaria, abstracta e ideológica de las relaciones de contenido contractual, que presuponen la equivalencia, la igualdad, la negación, del yo y el otro. Sino la concepción comunitaria, concreta y utópica, democrática del *nosotros*. Es común en el lenguaje de esos movimientos, grupos y entidades la palabra *unión* y su práctica en búsqueda de las condiciones para unir a los pobres —los hambrientos, los que padecen la injusticia, los marginados—.⁶³

Podemos decir, que el derecho puede ser usado políticamente. Y la política del derecho puede constituir su uso alternativo. Es decir, usar el derecho en contrasentido al papel asignado por el modelo de producción y distribución de bienes de la sociedad.

El *uso alternativo del derecho* presupone superar las llamadas ideologías del “rechazo”. Es decir, que para hacer política del derecho en el sentido indicado, es necesario no rechazar de manera absoluta la juridicidad vigente, ni tampoco aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural, y procurar darle un sentido que beneficie a las clases dominadas. Como afirman Barcellona y Cotturri: “la superación del modelo presupone en cambio la conciencia de la diversidad y comprensión del tiempo histórico”.⁶⁴

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

⁶³ DE SOUZA MARTINS, José, *A militarização da Questão Agrária do Brasil*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1985, p. 106.

⁶⁴ BARCELLONA, Pietro y COTTURRI, Guisepppe, *El Estado y los juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1972, p. 111.

2. *Uso alternativo del derecho: uso alternativo de toda la juridicidad*

Amilton Bueno de Carvalho, después de sintetizar y analizar diversas concepciones que sobre el *uso alternativo del derecho* tienen distintos autores europeos como los italianos Barcellona y Ferrajoli, los españoles López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, algunos autores latinoamericanos como los brasileños Paulon, Lima Lopes y Batista Guedes y el mexicano que esto escribe, concluye que existen diferencias entre la visión europea y la nuestra acerca de los alcances del *uso alternativo del derecho*, pues en Europa todavía se “impone el límite: no sobrepasar el sistema de su legalidad”.⁶⁵

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

En nuestra realidad, tengo que, en determinados casos, hay que romper los límites de la legalidad. Aquí todo es tan cruel y agresivamente contradictorio que, en la lucha trabada en lo jurídico, no se permite aceptación de tales límites. El derecho que allá es tenido como alternativo ante la conquistas de la clase trabajadora ya erigidas a condición de ley, aquí asume el papel de uso alternativo del propio derecho en la búsqueda de las mínimas condiciones de vida con dignidad del pueblo. Y en esta búsqueda, si la legalidad es obstáculo, debe ser superada con la actualización de *principios generales de derecho del pobre*, los cuales están por encima del derecho privatizado.⁶⁶

Consideramos que el anterior texto de Amilton Bueno es de extraordinaria importancia para la teorización del *uso alternativo del derecho*. Por un lado recoge, como raíz filosófica-jurídica, la concepción de los derechos humanos de matriz latinoamericana, que concibe a éstos *a partir del pobre*, que no es otra que la concepción bíblica del derecho como *mispát*: liberación del oprimido.⁶⁷ Y par-

⁶⁵ BUENO DE CARVALHO, Amilton, “Lei núm. 8,009/90 eu Direito Alternativo”, en *Lições de Direito Alternativo I*, Ed. Academia, Sao Paulo, 1991, p. 57.

⁶⁶ *Idem, supra*.

⁶⁷ Este tema lo desarrollamos con amplitud en nuestras obras: *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1992; y *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1991.

tiendo de esa concepción filosófica, del hombre y de sus derechos, es consecuente en hablar de la posibilidad teórico-práctica de construir unos *principios generales del derecho del pobre*, que serían criterios jurídicos fundamentales alternativos.

Por otro lado, la segunda cuestión en donde creemos que acierta Bueno de Carvalho es en dejar sentado el principio para el *uso alternativo del derecho*, que la juridicidad no se agota en la legalidad. Es toda la juridicidad la que debe usarse alternativamente. En efecto, el derecho, la juridicidad, como hemos visto reiteradamente, es un fenómeno social complejo que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se le da a la palabra “derecho”. El fenómeno jurídico está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que constituyen propiamente los derechos humanos; por lo justo objetivo, que es la cosa o conducta debida a otro; y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del derecho.

3. *Uso alternativo del derecho, movimiento ligado a la hermenéutica*

Lédio Rosa de Andrade, teórico y juez alternativista brasileño, propone la locución *Derecho alternativo (Direito alternativo)* como género que admite tres especies: el “positivismo de combate”; el “uso alternativo del derecho” y el “derecho alternativo” en sentido estricto.⁶⁸ El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, a las clases populares, a los pobres, sean realmente afectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. Esta primera acepción de derecho alternativo, nosotros la hemos considerado como uno de los espacios del *uso alternativo del derecho*.⁶⁹ La tercera especie, esto es el “derecho alternativo” en sentido estricto constituye el “pluralismo jurídico” del que

⁶⁸ Cfr. DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, pp. 46-48.

⁶⁹ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma de liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecueménicos, México, 1984, pp. 87-89.

teoriza Antonio Carlos Wolkmer;⁷⁰ y que otros hemos llamado “el derecho que nace del pueblo”,⁷¹ que consiste en aquella juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales, como los usos y costumbres de los pueblos indígenas o el derecho que se ha dado a sí mismo para organizar la tenencia de la tierra el Movimiento de los *sem terra* (MST) en Brasil; constituye lo que se ha llamado *o direito achado na rua*,⁷² y también *direito insurgente*.⁷³

El *uso alternativo del derecho* es la segunda especie de “derecho alternativo” según la clasificación de Rosa de Andrade, y lo relaciona directamente con la hermenéutica jurídica. Así sostiene que el *uso alternativo del derecho* “es el proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante”.⁷⁴ Así hará interpretación extensiva de los textos legales que favorecen al pueblo, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas.⁷⁵ Como movimiento ligado a la hermenéutica jurídica, el *uso alternativo del derecho* tiene las certezas que anota Bourdieu relativas al “campo jurídico” y a la “fuerza del derecho”:

La interpretación opera la *historización de la norma*, adaptando las fuentes a las nuevas circunstancias, y descubriendo en ellas posibilidades inéditas, dejando de lado lo superado y lo caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que a veces llega hasta la determinación o el equívoco, la operación hermenéutica de la *declaratio* dispone de una inmensa libertad. No es nada extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable, flexible y poliformo, sea utilizado, en realidad, para contribuir a racionalizar *ex post* decisiones en las que él no ha tenido ninguna participación. Los juristas y los jueces disponen todos, aunque en grados muy diferentes, del poder de

⁷⁰ Cfr. WOLKMER, *Pluralismo jurídico*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1994.

⁷¹ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes y Fideicomiso Enrique Olivares Santana, México, 1986.

⁷² Se trata de una locución utilizada por los juristas brasileños Roberto LYRA y José Geraldo DE SOUSA JÚNIOR; ver: *O Direito Achado na Rua*, Curso de Extensão Universitária Distância 1, Universidad de Brasilia, Brasilia, 1987.

⁷³ Cfr. PRESSBURGER, Miguel, “Direito Insurgente: o direito dos oprimidos”, en *Direito Insurgente: o direito dos oprimidos*, Ed. Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro, octubre de 1990.

⁷⁴ DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁵ Cfr. DE ANDRADE, Rosa, *op. cit.*, p. 47.

explotar la polisemia o la anfibología de las fórmulas jurídicas recurriendo bien a la *restrictio*, procedimiento necesario para no aplicar una ley que, entendida en sentido literal debería ser aplicada, bien a la *extensio*, procedimiento que permite aplicar una ley que, tomada al pie de la letra no debería serlo, o incluso recurriendo a todas las técnicas que como la analogía, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, etc. Tienden a obtener el máximo partido de la elasticidad de la ley, de sus contradicciones, sus equívocos o sus lagunas.⁷⁶

Por su parte, María de Lourdes de Souza, en una estupenda obra sobre el tema, comienza su estudio sobre el *uso alternativo del derecho*, tratando cuestiones teóricas básicas sobre lo jurídico en especial referidas a la hermenéutica y sosteniendo que esta actividad teórico-práctica del *uso alternativo del derecho* encuentra sus fundamentos en una postura hermenéutica antiformalista y en el neomarxismo como “praxis revolucionaria y/o transformadora de las realidades jurídica, social y política”.⁷⁷

4. Algunas notas sobre el *garantismo*

Algunos autores europeos, sobre todo italianos, que hace aproximadamente treinta años impulsaron el movimiento del *uso alternativo del derecho*, como Luigi Ferrajoli, hoy sostienen teóricamente otra postura con relación a lo jurídico, aunque no contraria sí distinta a la alternativa, llamada *garantismo*.

Ferrajoli habla de tres acepciones de la palabra *garantismo*, que implican tres realidades diversas pero relacionadas. Una primera acepción se refiere a un modelo normativo de derecho, en donde se establecen niveles de normas, distinguiendo entre el modelo jurídico que establece la Constitución (normas constitucionales) y el resto de las normas del sistema; distinguiendo también entre ese modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema por él regido. La

⁷⁶ BOURDIEU, Pierre, *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Col. Palimpsesto, Bilbao, 2000, p. 184.

⁷⁷ DE SOUZA, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001, p. 29.

segunda acepción de garantismo es una teoría jurídica que distingue entre *validez* y *efectividad* como categorías distintas entre sí, pero también distintas respecto de la existencia y vigencia de normas. Este segundo modo de entender el *garantismo* implica una crítica de las leyes vigentes, por parte de juristas y jueces, contraponiendo validez y efectividad a vigencia; se trata de una crítica interna al derecho, no externa, crítica jurídica entonces.⁷⁸ El tercer modo de expresarse el *garantismo* constituye una filosofía política “que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”.⁷⁹ Aquí equivale a recoger un punto de vista externo; tiene que ver con la *legitimación* o *deslegitimación* ético-política del derecho y el Estado.

Ferrajoli propone un modelo de Estado de Derecho democrático. Sostiene que el Estado de Derecho debe tener una legitimación formal y una legitimación sustancial. El Estado de Derecho es aquel que se encuentra sometido a las leyes, que deben ser generales y abstractas. Pero existen, podríamos decir, dos versiones de Estado de Derecho: una débil, en sentido *lato*, formal, es cuando cualquier poder es conferido por la ley y se ejerce conforme a ella; y una fuerte, en sentido estricto o sustancial, se entiende que “cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos”.⁸⁰ En el primer sentido, cualquier Estado es Estado de Derecho, en el segundo sólo los “Estados constitucionales”, “que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder”.⁸¹ Es esta segunda versión de Estado de Derecho la que equivale a *garantismo*. Se trata no sólo de un estado legal, es decir regulado por la ley, sino que se caracteriza en el plano formal por el principio de legalidad (legitimación formal) y en el plano sustancial, por el funcionamiento de todos los poderes del Estado “al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, es decir,

⁷⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 851-853.

⁷⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 853.

⁸⁰ *Idem, supra*, p. 856.

⁸¹ *Idem, supra*.

de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como uno de los poderes correlativos de los ciudadanos de activar la tutela judicial”.⁸² Se trata de una legitimación sustancial, de contenidos sustanciales.

Ferrajoli distingue, también, entre “democracia formal” y “democracia sustancial”; el *garantismo* constituye la base de la democracia sustancial. Esta democracia recoge garantías liberales y sociales y las reglas tanto del Estado de Derecho liberal, como del social. La regla del primero se expresa así: no sobre todo se puede decidir, ni por mayoría; y la regla del segundo: no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría (sobre cuestiones de supervivencia y subsistencia, por ejemplo). En el resto vale la regla democrática de la mayoría.⁸³

Después Ferrajoli desarrolla la teoría del *derecho ilegítimo*. Aquí parte de distinguir entre “iuspositivismo dogmático” y “iuspositivismo crítico”. Y lo que distingue a uno de otro, es precisamente su diversa posición frente a las nociones clave de *derecho vigente*, *derecho válido* y *derecho efectivo*.

Llamo ‘iuspositivismo dogmático’ a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad; tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes solamente las normas efectivas.⁸⁴

La teoría garantista o de “positivismo crítico”, parte de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad.

“Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como de la competencia del órgano que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que

⁸² *Idem, supra*, p. 857.

⁸³ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 871.

⁸⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 871.

satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior”.⁸⁵

Ferrajoli dice que este planteamiento de “positivismo crítico”, se ve en el modo en que se entienden el trabajo del jurista en general y de los jueces, y se “pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avaliativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente”.⁸⁶

Esta cuestión tiene relación directa con la hermenéutica. La propuesta garantista es que el jurista y el juez, interpreten las leyes de acuerdo con el criterio de validez y no sólo de vigencia, y adopten sus criterios de acuerdo con la validez y no sólo a la vigencia de la ley. La validez viene dada por la normatividad constitucional que recoge *valores* tales como la igualdad, la libertad y las garantías de los derechos de los ciudadanos.⁸⁷ Ferrajoli, en este sentido, enfatiza el trabajo interpretativo de los jueces, él lo fue y además juez alternativista:

Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad, normalmente distinta del juez llamado a aplicarla, como es por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que por razones obvias de certeza y de funcionalidad asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica de juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.⁸⁸

En fin, la técnica garantista, que debe expresarse en su hermenéutica jurídica, “consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos”.⁸⁹

⁸⁵ *Idem, supra*, p. 874.

⁸⁶ *Idem, supra*, p. 872.

⁸⁷ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 874.

⁸⁸ *Idem, supra*, p. 873.

⁸⁹ *Idem, supra*, p. 877.

5. *Uso alternativo del derecho y garantismo*

Las teorías del *uso alternativo del derecho* y del *garantismo* tienen, como hemos dejado ver ya, los mismos progenitores, pero son sin duda dos teorías distintas. Lourdes Souza se pregunta: “¿hay un nexo de sentido que une las dos teorías? O, por el contrario ¿son teorías antitéticas e incompatibles?”⁹⁰ Para responder a esos cuestionamientos, lo primero que pone a consideración es la distinta fuente doctrinal de uno y otro proyecto; así el *uso alternativo del derecho* basa su teoría en el neomarxismo, y el *garantismo*, por su parte, en la teoría liberal del iluminismo. Esto implica diversos objetivos y estrategias, que Lourdes de Souza explica: “El uso alternativo del derecho autojustifica su proyecto sobre la instrumentalización política del derecho; en tanto que el garantismo se autopropone como objetivo la instrumentalización de la política por el derecho”.⁹¹

Lourdes de Souza, a continuación, hace consideraciones sobre los motivos y las causas que determinaron el giro de las tesis alternativistas hacia el garantismo. Ese cambio de rumbo comienza a darse a partir del tercer Congreso de *Magistratura Democrática* en 1977, cuando los jueces alternativistas italianos comienzan a adoptar actitudes autocríticas con su programa jurisprudencial de uso alternativo; explícitamente hacen crítica de la exagerada politización de las decisiones judiciales. Esto implicaba unos usos instrumentales políticos del sistema legal que atentaban contra las garantías básicas establecidas en la Constitución; esto aunado a debilidades teóricas de las tesis alternativistas.⁹²

Vamos ahora a considerar los puntos paradigmáticos de coincidencia y de divergencia entre una y otra teoría y práctica del derecho. Souza nos recuerda el principal alegato alternativista: “el derecho es ante todo una forma política que condensa la voluntad de los sectores dominantes en una sociedad”,⁹³ agregan los alternativistas

⁹⁰ DE SOUZA, María de Lourdes, “Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica”, en *Anuario de filosofía del derecho*, t. XV, Madrid, 1998, p. 234.

⁹¹ *Idem, supra*.

⁹² Cfr. SOUZA, “Del uso alternativo...”, *op. cit.*, pp. 235-243.

⁹³ SOUZA, “Del uso alternativo...”, *op. cit.*, p. 243. En apoyo de esta afirmación la autora a pie de página hace una larga cita de un texto de ACCATTATIS, SENESE y el mismísimo FERRAJOLI.

que el ordenamiento jurídico es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas.

De tal forma que el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas es una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria.

La retórica hermenéutica alternativista se desarrolla sobre la base de la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales.⁹⁴

También María de Lourdes Souza nos describe características básicas del *garantismo*. Nos recuerda que recurre al iluminismo, a la cultura liberal-burguesa, como modelo, que deriva en positivismo jurídico. Desde este fundamento trata de llevar a sus raíces los valores y principios del sistema de garantías, dándoles un sentido fuerte y fundamentos. Y, como hemos visto, para el *garantismo* la legalidad del derecho moderno tiene condiciones formales y sustanciales o de contenido; distinguiendo entre vigencia y validez. Se basa en el Estado constitucional de derecho, resaltando la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. Este punto concreto, de resaltar la importancia del texto constitucional como normativa fundamental, conteniendo reconocimiento y defensa de derechos así como de valores, es un lugar de coincidencia, de encuentro, de afinidad con los alternativistas.

El *garantismo* trata de resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en el principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Esta postura tiene ciertas afinidades con la teoría alternativista, que ha sido pionera en la defensa de la Constitución como punto de partida y como punto de confluencia de toda y cualquier interpretación de las normas jurídicas. Incluso se puede decir que la valorización de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad es patrimonio de los alternativistas.⁹⁵

⁹⁴ *Idem, supra*.

⁹⁵ *Idem, supra*, pp. 247-248.

Souza, sin embargo, considera esta similitud más virtual que real, por el distinto modo en que una y otra teoría valoran los derechos constitucionales. El *uso alternativo del derecho* toma los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, y el *garantismo*, por el contrario, como mecanismo de defensa, estabilización e integración del orden jurídico. Ese distinto modo de encarar los derechos fundamentales constitucionales se explica por los contextos sociojurídicos diversos en que se desarrolla una y otra teoría; conflictivo, desigualitario y con prácticas autoritarias en el caso de los alternativistas (América Latina); en un contexto democrático más o menos igualitario y justo, pero con tendencias regresivas, en el caso de los garantistas (Europa).

Como se puede ver, aunque el énfasis en la utilización de las normas constitucionales para la relectura de las normas ordinarias es uno de los puntos comunes entre las dos teorías, los alegatos justificadores son muy distintos. En pocas palabras, el uso alternativo intenta utilizar el sistema jurídico positivo para realizar objetivos extrajurídicos, mientras que el *garantismo* rehabilita los mecanismos internos de control y garantía de la legalidad, para que actúen de modo correctivo y proyectivo sobre el sistema de legalidad.⁹⁶

Otro punto importante de comparación entre las dos teorías está en lo que se refiere al modo en que entienden el papel de los jueces. Tema éste vinculado directamente con la labor hermenéutica de los juzgadores. Los sostenedores del *uso alternativo del derecho* hacen una crítica de los métodos tradicionales de interpretación, como el exegético con la subsunción, porque se prestan a reforzar el estado de dominación existente (capitalismo); pero al mismo tiempo tienen la pretensión, de que los jueces con sus decisiones, a través de su labor interpretativa, reviertan los efectos político-clasistas en beneficio de los grupos sin poder. El *garantismo*, por su parte, también propone un cambio en el rol que se asigna a la jurisdicción institucionalmente. El juez no está sujeto a la ley en términos meramente formales, sino que su sujeción deviene de elementos materiales, es decir porque la normatividad reúne condiciones sustanciales de validez, que, como hemos visto, se liga a los derechos fundamentales

⁹⁶ *Idem, supra*, p. 249.

reconocidos por la Constitución. El juez se convierte en garante de los derechos fundamentales y los valores constitucionales, incluso frente al mismo legislador.⁹⁷

Con relación a la práctica judicial existen entre una y otra teoría, convergencias y discrepancias. Coinciden en que no reducen el rol del juez a un actuar mecánico. Discrepan en que el uso alternativo del derecho da al juez un cierto papel político para el cambio social; y el garantismo desvincula y trata de preservar la función jurisdiccional de posturas politizantes. En el bien decir de Lourdes de Souza:

Las dos teorías defienden que la práctica judicial no tiene un carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supeditada a la ejecución de los principios y valores formulados en el nivel normativo superior. En este sentido, ambas teorías cuestionan y rechazan los dogmas tradicionales que reservan al Juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el derecho vigente, defendiendo, en contrapartida, la bipolaridad de dicha actividad, o sea, como una actividad cognoscitiva y como actividad de denotación y de dicción del derecho. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades comunes, hay también diferencias acusadas entre ambas. La principal es que el uso alternativo del derecho desacredita los parámetros formales limitadores de la manipulabilidad normativa, con el objetivo de permitir una efectiva funcionalidad política de la jurisdicción simétrica con una línea político-institucional representada por el socialismo. Mientras el garantismo trata de desvincular y preservar la función jurisdiccional de cualquier influencia politizante, incluso contra las fuerzas democráticas mayoritarias, con el objetivo de frenar y corregir los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas que pueden incurrir tanto los sujetos políticos como sociales.⁹⁸

En buena medida, a pesar de sus caminos teóricos distintos, el *uso alternativo del derecho* y el *garantismo*, a final de cuentas, tienen una misma meta práctica: la realización efectiva, real, del programa normativo constitucional, considerado como la máxima expresión de los valores de libertad, igualdad y justicia, de una democracia sustancial; María de Lourdes de Souza considera que entre una y

⁹⁷ Cfr. SOUZA, *Del uso alternativo...*, op. cit., pp. 249-250.

⁹⁸ SOUZA, "Del uso alternativo...", op. cit., pp. 251-252.

otra doctrina jurídica existe una línea de continuidad y lo que ha habido ha sido un cambio de estrategia; pero ambas "conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i) lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital".⁹⁹

6. Analéctica, hermenéutica analógica y necesidad del *uso alternativo del derecho*

¿Ha sido superado el *uso alternativo del derecho* por el *garantismo*? El *garantismo*, con su "cambio de estrategia", sustituye al *uso alternativo del derecho*?

O como cuestiona López Calera: "¿Tiene sentido el uso alternativo del derecho a finales del siglo XX?"¹⁰⁰ O mejor, ¿a principios del XXI?

Algunos consideran, como el propio López Calera que un "alternativismo fuerte" sólo tiene sentido "cuando los derechos y libertades fundamentales de amplias masas de población están seriamente cuestionadas", en lugares "con conflictos y desigualdades sociales muy graves"; pues de no ser así lo que cabe es sólo un "*uso alternativo razonable*", "que no cuestiona el principio de legalidad", sobre todo la legalidad constitucional. En realidad ese *uso alternativo razonable* es equiparable al *garantismo*.¹⁰¹

Sostenemos que, aunque el traslado del alternativismo al garantismo sea sólo "cambio de estrategia" y ambas teorías tengan "una misma meta práctica",¹⁰² como sostiene Lourdes Souza; el hecho de que el garantismo abandone al neomarxismo y adopte las tesis jurídicas del iluminismo, esto es "los principios de la cultura legal-positivista de raíz liberal",¹⁰³ le hace tener una visión distinta del derecho y de sus usuarios prioritarios desde el punto de vista de la justicia. El hecho de que se abandone en sí el neomarxismo no

⁹⁹ *Idem, supra*, p. 255.

¹⁰⁰ LÓPEZ CALERA, Nicolás, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", en *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997, p. 32.

¹⁰¹ Cfr. LÓPEZ CALERA, "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", op. cit., pp. 32-35.

¹⁰² SOUZA, "Del uso alternativo...", op. cit., p. 252.

¹⁰³ *Idem, supra*, p. 249.

tiene demasiada importancia; lo trascendente está en que al adoptar el iluminismo el sujeto viene a ser el ciudadano, deja de ser el sujeto primordial el *pobre*. Lleva razón Jon Sobrino cuando dice que en las sociedades que tienen como máximo valor a la democracia “en el centro no está el pobre —el sufriente— sino el ciudadano”.¹⁰⁴ En nuestro medio los empobrecidos en sus derechos son mayoría.

Por lo tanto, sostenemos que sigue siendo válido el *uso alternativo del derecho*. Y no sólo “en países con conflictos y desigualdades sociales muy graves”, o sociedades “poco juridizadas”. Porque los *pobres*, los empobrecidos están en todas partes; hoy, más claramente que nunca, la injusticia es global, es planetaria. Acaso la satisfecha Europa y el prepotente Estados Unidos están “libres” de *pobres* o están preservados de injusticia.

Gustavo Gutiérrez en un trabajo de reciente publicación, al estar tratando de la injusticia que padecen actualmente los pobres, en este mundo globalizado de economía neoliberal, escribe:

Esta situación, tal como la conocemos actualmente, con su carga de muerte injusta y prematura, lanza un cuestionamiento radical y englobante a la conciencia humana y a la manera de aproximarse a la fe cristiana.¹⁰⁵

Y agrega el teólogo peruano que esto configura un “campo hermenéutico”; que él lo propone para la relectura del mensaje bíblico y seguimiento de Jesús, y nosotros nos atrevemos a llevarlo al mundo del derecho, a la juridicidad. Lo que significa que estamos proponiendo como clave de interpretación del derecho visto integralmente, de la juridicidad toda, “la muerte injusta y prematura” de los pobres.

La propuesta de este “campo hermenéutico” —la *muerte injusta y prematura de los pobres*—, está fundada en la provocación del otro y radicalmente del inequívocamente otro, *el prójimo* por la justicia, por la eficacia histórica de sus derechos. Del conocimiento de la realidad sabemos, que no existen las posibilidades y condiciones de vida digna para todos, lo que origina esa *muerte injusta y prematura* para muchos.

¹⁰⁴ SOBRINO, Jon, *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 176.

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ, Gustavo, “Una óptica teocéntrica”, en *Páginas*, núm. 177, Lima, octubre de 2002, p. 7.

Al incorporarse este “campo hermenéutico” a la interpretación del derecho, lo jurídico adquiere otra dimensión, se ve distinto. Se trata de una *hermenéutica analéctica*,¹⁰⁶ esto es la *hermenéutica analógica* llevada a la dimensión del inequívocamente otro, del prójimo. Aquí está la racionalidad del uso alternativo del derecho.

El uso alternativo del derecho, en cuando que haga uso de la hermenéutica analógica, su interpretación jurídica no será la de la univocidad de la ley por la ley misma, pero tampoco interpretará equívocamente, en el todo se vale. Hará uso de las dos virtudes analógicas ligadas al derecho, la *equidad* y la *prudencia*, considerando siempre el criterio analéctico de que el derecho no puede permitir e incluso debe poner remedio a la muerte injusta y prematura de los pobres.

¹⁰⁶ Cfr. DUSSEL, *op. cit.*