

LA LEY Y LA AZADA: ORÍGENES Y DESARROLLO DEL DERECHO ALTERNATIVO EN EUROPA Y EN SUDAMÉRICA

Mario G. Losano*

Universidad de Milán

1. DEL RIGOR FORMAL A LA GENEROSIDAD HUMANITARIA



L título de este trabajo refleja sólo en parte el juego de palabras, amable e inquietante al mismo tiempo, que fue utilizado como lema de las Ligas campesinas brasileñas, disueltas por el régimen militar en 1964. Ellas reclamaban, en efecto, «*reforma agraria na lei o na marra*», esto es, literalmente, «reforma agraria con la ley o con la hazada», pero también –gracias al doble significado que tiene en Brasil la expresión «*na marra*»– «reforma agraria por las buenas o por las malas». Por tanto, si ley tardaba en llegar o en ser aplicada, los hechos debían reemplazar al Derecho, porque la justicia no puede estar esperando

* Traducción de Andrea Greppi.

al infinito. Lamentablemente, el conflicto entre expectativas de justicia y satisfacción de las exigencias de justicia todavía no ha sido resuelto. Es más, la distancia es tan amplia que no pocos jueces y abogados brasileños, en el ejercicio de su profesión, no han podido seguir cerrando los ojos ante los hechos y han intentado plegar la letra de la ley escrita a las exigencias no escritas de la justicia: éste es el espíritu del «derecho alternativo», que busca una alternativa (considerada justa) frente al derecho vigente (considerado injusto).

La denominación «derecho alternativo» ha sido empleada sobre todo en Brasil. No obstante, aunque con otros nombres, el mismo movimiento está presente en toda Sudamérica, animado por ese mismo espíritu generoso y conflictivo. Pretende superar la norma jurídica inadecuada que se interpone entre la realidad social y el valor de la justicia: aquí radica el aspecto sin duda generoso del movimiento. Pero en el movimiento no se acepta cualquier valor de justicia y se ha optado por realizar una justicia social de carácter socialista: éste es sin duda el lado conflictivo del movimiento. Su generosidad lo alinea entre los movimientos cristianos, su conflictualidad con los partidos revolucionarios.

También en Europa occidental hubo movimientos que reclamaban un derecho alternativo o un uso alternativo del derecho. Tuvieron su origen en la época que se identifica con la simbólica fecha del año 1968 y hoy pueden considerarse definitivamente cerrados, a pesar de que en Sudamérica sigan estando en plena actividad, pues allí sobre todo a partir de la mitad de la década de los ochenta, tras la caída de las dictaduras militares, han encontrado un terreno fértil.

Ocuparse de ellos en la actualidad equivale, por tanto, a afrontar una investigación histórica sobre la circulación de las ideas jurídicas y sobre la historia contemporánea del derecho. El método de estas investigaciones está siendo objeto todavía de discusiones pues la disciplina es reciente. Fue sin lugar a dudas en los años setenta cuando «la historiografía alemana fue progresivamente aproximándose a la problemática de las ciencias sociales, hasta el punto que algunos historiadores entendieron la historia como “ciencia histórica de la sociedad” (*historische Sozialwissenschaft*)»¹. Aunque durante los años setenta no se alcanzara un consenso sobre los puntos comunes entre estas disciplinas afines, «hoy las cuestiones de historia social aflo-

¹ Peter LANDAU, *A proposito di storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, en «Sociologia del diritto», 1998, n. 2, p. 145.

ran en los trabajos de los historiadores del derecho con mayor frecuencia que en épocas pasadas»². Sobre estas conexiones tuve ocasión de discutir con frecuencia con Peter Landau cuando, en mi estancia en Munich, invitado por su instituto, redactaba un trabajo sobre historia contemporánea del derecho³. El contenido de nuestras conversaciones quedó reflejado en la presentación que de aquel volumen se hizo en el Instituto Italiano de Cultura de Munich.

En su intervención Peter Landau observaba que —en la relación entre historia del derecho, por un lado, y sociología y dogmática jurídica, por otro— es posible establecer fronteras precisas que delimitan a los núcleos centrales de esas disciplinas: cuando más nos acercamos a las zonas de frontera, con más claridad se perciben amplias áreas de solapamiento. Y, añadiría por mi parte, las áreas comunes aumentan cuanto más nos acercamos al momento presente: en efecto, la historia contemporánea del derecho hace uso de todas «las cuestiones debatidas propias del presente, como, por ejemplo, el desarrollo de la igualdad, la política económica, el Estado social»⁴. Son precisamente estos aspectos de la reflexión jurídica el objeto central de mi ensayo. En él se intenta documentar un fragmento —parcial pero dramático— de esa «cultura jurídica mundial», en cuyo seno Peter Landau (y yo con él) «desea vivamente que nosotros y la generación que nos sigue podamos, en el siglo XXI, habitar»⁵.

En las próximas páginas intentaré recorrer la historia del movimiento del derecho alternativo en su migración desde Europa hacia Sudamérica y, en particular, la historia de su asentamiento en Brasil. Consciente de que no es posible cumplir en pocas páginas una tarea tan ambiciosa desde el punto de vista metodológico, este trabajo contiene más un proyecto de investigación que una investigación propiamente dicha. En él me conformo con recoger algunas indicaciones sobre estos movimientos y con trazar un primer mapa de las rutas seguidas por las ideas en su migración.

² *Ibidem*.

³ Mario LOSANO (ed.), *Storia contemporanea del diritto e sociologia storica*, Angeli, Milano, 1997, 265 pp. Ese volumen reproduce el número monográfico de la revista «Sociologia del diritto», 1996, n. 3. La obra trata una cuestión bien conocida por los sociólogos del derecho milaneses (tal como recuerda Vincenzo FERRARI en su presentación a tres ponencias, entre las que se encuentra la de Peter LANDAU, en «Sociologia del diritto», 1998, p. 139) y, por otro lado, un interés personal mío, suscitado por los estudios de Joachim RÜCKERT y de Peter LANDAU sobre la historia reciente del derecho.

⁴ Peter LANDAU, *A proposito di storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, cit., p. 146.

⁵ *Ibidem*, p. 147.

Desearía añadir tres observaciones previas.

En primer lugar, la visión antiformalista propia del derecho alternativo no es nueva y puede contar con un amplio trasfondo del que, a menudo, sus promotores no parecen ser conscientes o no se muestran interesados en ocuparse de él. Baste recordar el movimiento del derecho libre⁶ y la jurisprudencia de intereses⁷ en Alemania, el socialismo jurídico⁸ en Italia o los *Critical Legal Studies* en Estados Unidos⁹. A pesar del interés que los juristas alternativos han mostrado por la teoría marxista del Derecho, también han sido ignorados los discutibles intentos de crear «tribunales sociales» en las democracias populares europeas y en la URSS.

En segundo lugar, casi todos los escritos sobre el derecho alternativo hacen hincapié en su diferenciación respecto de otros movimientos, más o menos cercanos y, sobre todo, de las teorías marxistas del derecho. Dada la

⁶ Puede ser interesante consultar un escrito prácticamente contemporáneo al Movimiento del derecho libre: Hanskarl KANIGS, *25 Jahre Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung eines Methodenstreits über Rechtsanwendung*, Hermann, Berlin, 1932, VII-155 pp. Por lo demás, reenvío a mi *Amaliensträbler Heft Nr. 2*, que anticipa un libro futuro mío sobre el sistema en el derecho: *Diritto sistematico e diritto libero. Dal sistema per conoscere il diritto al sistema per applicare il diritto*, Cuesp, Milano, 1998, 39 pp.

⁷ Una información inicial se encuentra en la bibliografía (pp. 463-490) situada en la antología editada por Günter ELLSCHEID - Winfried HASSEMER (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974, VII-508 pp. y a mi *Amaliensträbler Heft Nr. 2*, citada en la nota anterior.

⁸ Paolo Ungari, *Il socialismo giuridico. Ipotesi e lecture*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1974-1975, n. 3-4, 2 voll., 1041 pp.; Paolo UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico. I. Le «Scuole del diritto privato sociale»*, «Politica del diritto», 1970, pp. 241-268; *In memoria del socialismo giuridico. II. Crisi e tramonto del movimento*, *ibidem*, pp. 387-403; Guido NEPPI MODONA, *Una «scuola» dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, «Giustizia e costituzione», 1971, n. 4, pp. 29-33. Además, Paolo UNGARI ha realizado la edición de un inédito de Gioele Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialista sul diritto privato (1906)*, Giuffrè, Milano, 1980. 258 pp.

⁹ A pesar de reclamar el legado del realismo jurídico norteamericano, esta corriente se caracteriza, de un lado, por un grande y a veces desconcertante eclecticismo metodológico y, de otro, por no haber tomado en consideración los movimientos europeos equivalentes, de los que se habla en el presente escrito. Véase, Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 615 pp., parcialmente traducido al alemán: *Geschichte des Freirechts*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1971, 160 pp.; y, más recientemente, Agostino CARRINO, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, Esi, Napoli, 1992, 151 pp., y, en traducción de Carrino, Robert W. GORDON, *Storie critiche del diritto*, Esi, Napoli, 1992, 126 pp. Además, por ejemplo, Andrew ALTMAN, *Critical Legal Studies. A liberal critique*, Princeton University Press, Princeton (N. J.), 1990, X-206 pp.; James Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, New York University Press, New York, LIII-602 pp.; Allan C. HUTCHINSON (ed.), *Critical Legal Studies*, Rowman & Littlefield, New Jersey, 1989, VIII-348 pp.; Mark KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1987, VI-360 pp.



imposibilidad científica de recurrir a las últimas doctrinas formuladas por el socialismo real, encontramos como mucho alguna referencia a los primeros juristas soviéticos de los años inmediatamente posteriores a la Revolución de Octubre y alguna referencia a la doctrina filosófica del materialismo y de la dialéctica (pero no al materialismo dialéctico oficial, al «Diamat» de moscovita observancia).

En tercer lugar, y en comparación con la lenta circulación de las ideas jurídicas en las décadas y los siglos anteriores, la concepción del derecho alternativo se ha difundido con rapidez, a causa de la mayor rapidez y facilidad de los desplazamientos y a causa de la mayor facilidad en los intercambios internacionales, es decir, a causa de esa «globalización» que se nos presenta como un fenómeno actual, pero que en realidad comenzó ya a mediados siglo XIX. Aquí incide también el fenómeno de las dictaduras sudamericanas que ha llevado al exilio a numerosos juristas de ideas progresistas, predisponiendo incluso a los más kelsenianos entre ellos a aceptar una visión no formalista del derecho y, por tanto, a asimilar si no todas, sí algunas de las propuestas del derecho alternativo.

En la parte final de este trabajo se describirá de qué forma se ha producido esta recepción y cuál ha sido su difusión después de la caída de las dictaduras militares, esto es, en la segunda mitad de los años ochenta. Teniendo en cuenta que los países sudamericanos poseen un derecho codificado de tipo europeo-continental, la difusión del derecho alternativo de origen europeo ha sido más amplia que la de los *Critical Legal Studies* norteamericanos, aun a pesar de que ambos movimientos tenían en común una fuerte componente antiformalista.

2. LAS RAÍCES: EL MOVIMIENTO DEL '68 E INCLUSO ANTES

En Europa el derecho alternativo nace bajo el influjo de aquel movimiento que iba a culminar con el mayo de 1968 en París. Fue una renovación total, pero que tuvo manifestaciones diferentes y no una duración también diferente en cada lugar. En Estados Unidos las protestas se dirigían sobre todo contra la guerra de Vietnam y contra el racismo: en la Alemania que entonces era Federal, se oponían a la incompleta denazificación y a la legislación de emergencia («*Notstandgesetze*»); en Italia se luchaba por realizar una Constitución avanzada en una sociedad atrasada. En USA las

protestas duraron desde 1964 hasta 1970; en Alemania, se concentraron en el período comprendido entre 1967 y 1969; en Francia estalló en mayo de 1968 y se disolvió con la misma rapidez con la que había llegado. En definitiva, el movimiento del '68 no coincide con el año 1968.

En los años cincuenta y sesenta los ideales que habían animado los movimientos antifascistas en el exilio y la lucha partisana en Italia y en Francia parecían haber quedado en el olvido e incluso parecían haber sido traicionados: Adenauer, De Gasperi y De Gaulle eran ciertamente antifascistas y demócratas, pero también radicalmente conservadores. Los Estados de la Europa occidental se iban organizando siguiendo modelos cada vez más alejados de los ideales. Unos ideales que también la URSS había traicionado, que prometía realizarlos pero no lo hacía, que había sido antifascista pero que no se había vuelto democrática y que finalmente, de aliada, se había transformado en enemiga.

En Italia el contraste entre la realidad política cotidiana y el recuerdo de la *Resistenza* acrecentaban esta sensación de fractura entre el presente y el pasado. En efecto, la praxis conservadora del Estado chocaba con la evocación de una Resistencia que acababa presentándose como «Paraíso perdido», como momento irrepetible en la historia: sólo quien había pasado por ella podía entenderla, mientras los que habían quedado fuera quedaban excluidos para siempre. Era una especie de «*dannunzianesimo di Sinistra*»; y aún hoy sigo estando convencido de que esta interpretación explica una parte del espíritu del '68, aunque entonces, cuando hablábamos de «*neofiumanesimo resistenziale*»¹⁰, nuestros amigos nos miraban con mala cara.

Los jóvenes de los años sesenta habían sido educados por católicos y por socialistas en el respeto de los valores sociales recogidos en la Constitución de 1948, tan bonita y tan distante de la realidad. Se encontraban apesados entre una política conservadora del Estado, que dejaba un estre-

¹⁰ La ocupación de Fiume en septiembre de 1919 por tropas italianas rebeldes, guiadas por el poeta Gabriele D'ANNUNZIO, representó un ataque a los poderes estatales que precedió al de Mussolini (que todavía permanecía en la sombra). La llamada «*Reggenza del Carnaro*» duró hasta la navidad de 1919 cuando se produjo la llegada a Fiume de las tropas regulares italianas y acabó transformándose en una leyenda por el movimiento nacionalista primero y, más tarde, por el fascismo. La acción de los «legionarios» del Comandante d'Annunzio fue presentada como una aventura única e irrepetible, que dejaba una huella imborrable en las personas que habían tomado parte en ella y por tanto, *ex negativo*, en quienes habían quedado excluidos. En referencia al '68, Hans Magnus ENZENSBERGER ha identificado este estado de ánimo con la «*veteranenhafte Stilisierung einer Wirklichkeit, die unterhand unvortellbar geworden ist*» (citado en «Der Spiegel», del 29 de marzo de 1999, n. 13, p. 188)



cho margen a la realización de aquellos valores, y una evocación cada vez más retórica a la *Resistenza*. Ésta, incluso, estando cada vez más lejos estaba de lograr imponer sus valores, se retraía sobre sí misma y se cubría de homenajes, dejando inevitablemente fuera a quienes, por su edad, no habían podido conocerla. De una parte, pues, una parte de los jóvenes rechazaban aquel Estado que no se correspondía ya con los ideales en los que se inspiraba; de otra —como afirma Norberto Bobbio, que entre los representantes de la generación de la *Resistenza* es uno de los más claros y lúcidos— «para los intelectuales de mi generación y con mi experiencia resultaba no sólo sorprendente sino incluso escandaloso que alguien pudiera poner en discusión la democracia nacida de la Resistencia»¹¹. Los jóvenes, como de costumbre, se sentían solos, y lo estaban.

Por consiguiente, el '68 fue también el punto culminante del esfuerzo de los más jóvenes por convertirse en protagonistas de la realización de los ideales que les habían sido inculcados a través de los mitos de la *Resistenza*, pero que ellos no veían materializados en la práctica política. Excluidos del Estado, excluidos de la *Resistenza*. Fuera del presente, fuera del pasado. Solos. Una fotografía del mayo parisino muestra a un joven —a uno sólo— mientras arroja una piedra contra la falange inmóvil de los CRS, en formación con sus escudos, sus cascos y sus porras. Frente a ellos, el poder, nadie por detrás: aquella fotografía me ha parecido siempre una buena metáfora de los jóvenes de aquella época.

Con la represión que tuvo lugar tras la llamada del '68 quedaba claro que la revolución no iba a triunfar. El poder calmó las aguas con diversos retoques sociales (entre los que había algunos equivocados), pero la fantasía no había tomado el poder: otro sueño más se desvanecía. La mayoría se adaptó al ocaso de aquello que, para ellos, había sido el momento más romántico de su juventud y se integraron en el «sistema». Otros no aceptaron medidas tan tibias y no se arnoldaron a los compromisos. Algunos se cerraron sobre sí mismos, generando un «*neofiumanesimo* del '68, aunque de proporciones numéricas reducidas. Unos pocos, finalmente, los apocalípticos, se perdieron entre las espinas violentas del terrorismo, y en los años noventa, entre cárceles y juicios, van administrando sus últimas memorias.

La época del derecho alternativo, por tanto, coincide aproximadamente con esta compleja parábola simbolizada por el '68: con ella

¹¹ Norberto BOBBIO, *Autobiografía*, edición a cargo de Alberto PAPUZZI, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 155.

surge y con ella se cierra. Aquel movimiento de reivindicación democrática presenta muy variadas facetas. Desde el punto de vista que nos interesa en estas páginas, supuso también un conflicto entre juristas que implicaba un conflicto entre generaciones: entre los viejos jueces, en Alemania y en Italia, había demasiados que estaban comprometidos con las dictaduras del pasado y que no podían aceptar los valores de la democracia, sobre todo si estos eran llevados hasta sus últimas consecuencias por los magistrados más jóvenes. Quizá no debemos descartar la hipótesis de que la aparición del derecho alternativo fue, en algunos casos, una revancha del jurista, una reacción de su complejo de inferioridad frente a los economistas, en la época del milagro económico, y frente a los políticos, en la época de la reacción ante dicho milagro. La historia más reciente ha confirmado el afán de protagonismo de muchos de aquellos magistrados.

Por supuesto era psicológicamente frustrante servir al poder que se criticaba. Sin embargo, muy pocas personas, en aquella época, pasaron la línea y abandonaron la seguridad de la profesión de juez para pasar a la militancia política; es más, que yo sepa, nadie pasó esa línea: el capitalismo era deleznable, pero cómodo. Preferían por tanto derribarlo desde dentro, con el argumento de que era contrario a los valores sociales que habían sido proclamados veinte años antes por la Constitución y que se seguían defendiendo de cara al exterior, y, sobre todo, en las primeras páginas de los periódicos: el capitalismo era cómodo, pero deleznable.

Esta madeja de motivaciones históricas, políticas y personales explica por qué motivo, en aquella época, las propuestas alternativas oscilaban entre el extremismo revolucionario y el reformismo socialdemócrata y por qué, veinte años después, de aquellas utopías no quedan en Italia más que algunas asociaciones de magistrados que se dedican a administrar corporativamente un sistema judicial que se encuentra entre los más catastróficos —y por tanto, entre los más injustos y antidemocráticos— de la Unión Europea¹².

¹² Cada año, en la inauguración del curso judicial, los ponentes se lamentan de los bíblicos tiempos de espera de los procedimientos judiciales de primera y segunda instancia. Pero actualmente la parálisis está alcanzando también a la Corte de Casación, que ha convocado después de 18 años su asamblea general para discutir sobre los 70.000 procesos pendientes (24.317 penales y 48.834 civiles). «El recurso de Casación —ha afirmado el presidente primero Ferdinando ZUCCONI GALLI FONSECA— se interpone no para obtener justicia sino, fundamentalmente, para detenerla, por medio de la prescripción o de otras causas de extinción del delito o simplemente para lograr una dilación en el cumplimiento de las condenas (M. Antonietta CALABRÒ, *Cassazione, rischio di paralisi. No all'esclusività in secondo grado*, «Corriere della Sera»), 24 de mayo de 1999, p. 15.



3. EL DERECHO ALTERNATIVO EN EUROPA

Hacia 1968 las protestas encontraron eco entre juristas de toda Europa. A pesar de contar con un número reducido de afiliados incluso en los momentos de mayor éxito, estos grupos tuvieron una importancia práctica inferior a su impacto político y a su producción científica. En otras palabras, la estructura judicial tradicional se reveló capaz de absorber sin demasiados traumas las protestas internas, las cuales provocaron en cambio un debate político amplio y encendido sobre la administración de justicia. Casi en cualquier lugar de Europa aparecieron revistas dedicadas al estudio crítico del derecho¹³. Los grupos que giraban en torno a estas revistas fueron coordinándose en el ámbito europeo¹⁴. Las polémicas internas, el frecuente y violento espíritu sectario y de grupo, que inevitablemente aparece en los momentos de innovación dificulta la reconstrucción de estos acontecimientos (hoy relativizados por el pasar del tiempo) ya de pro sí complicada entre otras cosas, por el carácter efímero de las publicaciones en las que se recogían aquellos debates. Como hemos dicho desde el principio, ésta no es más que una propuesta de investigación, de manera que la sumaria reconstrucción del movimiento del derecho alternativo se centrará solamente en el caso italiano y francés, los dos países que mayor influencia tuvieron sobre movimientos análogos de países sudamericanos. Quedará por tanto fuera Alemania, donde el movimiento tuvo gran fuerza¹⁵, y España, donde se desarrolló tras la caída del franquismo en 1974¹⁶, cuando los principales escritos de los movimientos

¹³ Revistas críticas en Europa: «Critica del diritto» (Italia); «Jueces para la democracia» (España); «Kritische Justiz» (Alemania); «Kritick van Recht» (Holanda); «Politica del diritto» (Italia); «Procès» (Francia); «Qualegiustizia» (Italia).

Revistas críticas en Sudamérica: «Contradogmáticas. Revista Internacional de Filosofia e Sociologia do Direito» (São Paulo, Brasil); «Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho» (Universidad Autónoma de Puebla, México); «Direito e Avesso» (Brasil); «Revista de direito alternativo» (São Paulo, Brasil).

¹⁴ «European Conference of Critical Legal Studies»: esta denominación podría hacer pensar que la asociación europea se ocupa únicamente de los Critical Legal Studies norteamericanos; la denominación francesa refleja, en cambio, la aportación europea y sudamericana: «Conférence européenne de critique du droit».

¹⁵ Un balance parcial del derecho crítico en Alemania se encuentra en el primer número de 1999 de «Kritische Justiz», que en su sección *Dokumentation* analiza treinta años de la misma revista (que, en efecto, fue fundada en el verano de 1968) con los ensayos de ocho autores: «Kritische Justiz», 1999, n. 1, pp. 105-137.

¹⁶ Me limito a recoger a qué escasas indicaciones sobre el estudio del derecho alternativo en España: Perfecto Andrés Ibáñez, *Para una práctica judicial alternativa*, «Anales de la Cátedra

alternativos franceses e italianos eran conocidos ya por algunos grupos de juristas sudamericanos.

a) **Italia: el «uso alternativo del derecho»**

Uno de los rasgos peculiares del ordenamiento jurídico italiano de posguerra fue el contraste entre una Constitución democrática con fuertes acentos sociales (e incluso socialistas, como cuando se reclama la «efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País», art. 3.2 Const. it.) y una legislación positiva todavía fascista, sobre todo en el campo del Derecho privado (Código civil de 1942) y del Derecho Penal (Código «Rocco» de 1930). Añádase una clase de magistrados de extracción social pequeño-burguesa y conservadora, así como –igual que sucede en Alemania– el mantenimiento en el servicio de amplios grupos de burócratas y magistrados que habían estado al servicio del Estado totalitario.

Éstas eran, por tanto, las premisas desde las que en un breve lapso tiempo se desarrolló el debate sobre la función interpretativa del juez. Como ya sucedió en el Movimiento del derecho libre en la Alemania de comienzos del siglo XX, los protagonistas de estas tendencias innovadoras fueron sobre todo magistrados y juristas prácticos, mientras que la mayor parte de los académicos seguía predicando las doctrinas tradicionales. Ya desde los años sesenta los periódicos empezaban a ocuparse de los «magistrados contestatarios» o de los «*pretori d'assalto*». Los jueces iban asu-

Francisco Suárez» (Granada), 1976, n. 16, pp. 155-175; Manuel CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid 1994, 299 pp.; J. Ramón CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje: fruta prohibida. Una introducción al estudio del derecho*, Trotta, Madrid, 1995, 114 pp.; Id., *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993, 238 pp.; Id., *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1970, 76 pp.; Nicolás MARÍA LÓPEZ CALERA, *El uso alternativo de la legalidad franquista y el nacimiento de la democracia española*, «Contradogmáticas», 1983, n. 2-3, pp. 33-44; Nicolás MARÍA LÓPEZ CALERA - Modesto SAAVEDRA - P. Andrés IBÁÑEZ, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando TORRES, Valencia, 1978, 93 pp.; Albert CALSAMIGLIA, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, 155 pp.; Pietro COSTA, *La alternativa «tomada en serio»: manifiestos jurídicos de los años setenta*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» (Granada), 1990, n. 30, pp. 161-203; Joaquín HERRERA FLORES - David RUBIO SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica*, «Jueces para la democracia» (Madrid), 1993, n. 3, pp. 87-93; Jueces para la democracia, *Acta de fundación*, Gráficas Pontón, Guadalajara, 1983, 9 pp.

miendo una posición central en la arena no sólo jurídica, sino también política¹⁷.

En 1962 Renato Treves puso en marcha una amplia investigación sociológica sobre la magistratura italiana, que hasta la fecha no ha tenido igual. En ella colaboraron numerosos juristas de la corriente moderada o reformista, hasta el momento en que la tormenta del '68 produjo a la escisión de quienes ya no se identificaban con el optimismo reformista, sino con la protesta. La investigación sociológica siguió adelante y se cerró con un informe final publicado en 1972¹⁸.

En el debate que surgió del análisis de esta investigación es posible percibir ya fracturas y posicionamientos radicales de algunos magistrados. En efecto, en 1964 había nacido una asociación de magistrados de izquierdas que todavía sigue existiendo: «Magistratura democratica». Ella puede ser considerada como una de los muchos factores que fueron preparando el '68; pero el '68 también tuvo influencia sobre ella, provocando una escisión que, en septiembre de 1969, llevó a la creación de la asociación moderada «Giustizia e Costituzione»¹⁹. Luigi Ferrajoli, uno de los fundadores de «Magistratura democratica», recuerda con estas palabras su posición político-jurídica de entonces: «En la magistratura la crítica derivaba del descubrimiento de la Constitución republicana, que hasta el momento había permanecido ajena a su horizonte ideal y cultural, con la consiguiente transformación de la función del juez iniciada por nuestro grupo. Esta transformación significaba decir “basta” a la aplicación acrítica y mecánica de una legislación que era todavía la que habíamos heredado del fascismo y a

¹⁷ Una reconstrucción de estos impulsos antiformalistas anteriores a 1968 y de la evolución de la magistratura italiana, ha quedado sintetizada en dos ensayos: Giovanni TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, en Pietro BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Bari, 1973, pp. 59-101; Luigi FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en *op. cit.*, pp. 103-122.

¹⁸ Renato TREVES, *Giustizia e giudici nella realtà italiana*, Laterza, Bari, 1972, 195 pp. Este libro cierra una serie de diez volúmenes anteriores de análisis sociológicos sectoriales. Sobre la sociología jurídica en Italia y sobre el contexto en el que fue diseñada esta investigación, cfr. Mario LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo. Con un regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Unicopli, Milano, 1998, VIII-210 pp.

¹⁹ Sobre estas primeras relaciones entre derecho alternativo y magistratura, véase la intervención de Federico Governatori (que fue Secretario General de «Magistratura democratica» en 1964): *Orientamenti della giurisprudenza, riviste giuridiche e mezzi di comunicazione*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2: *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Barim 1973, pp. 57-59.

defender el principio constitucional de la igualdad y los derechos fundamentales por medio de aquella que, entonces, denominábamos “jurisprudencia alternativa”, simplemente porque en ella se tenían en cuenta los valores de la Constitución, a diferencia de lo que sucedía en la jurisprudencia dominante»²⁰.

Los jueces que pertenecían a «Magistratura democratica» intentaban usar las normas existentes para dictar sentencias progresistas. Sin embargo, era difícil difundir informaciones sobre estas sentencias alternativas a causa de la impermeabilidad de los órganos de prensa especializados o académicos, vinculados a las concepciones tradicionales del derecho y de la jurisprudencia. Ya en 1964 tomó impulso una iniciativa de lo que entonces se denominaba «contra-información»: la publicación de una revista dedicada a esta nueva forma de comportarse de los jueces. Después de algunas dificultades iniciales, la revista «Qualegiustizia» fue publicada en 1970 por la editorial “Il Mulino” de Bologna²¹: una editorial de ascendencia católica abierta e inteligente, situada en el corazón de la entonces «roja» Bologna. «Qualegiustizia» era una revista de crítica global de la organización jurídica y de su funcionamiento. Con razón Tarello consideraba que no era posible situarla en el mismo plano que «Politica del diritto» o de la alemana «Kritische Justiz»²², que él consideraba revistas reformistas, «en cierto sentido fuertemente integradas en este sistema cultural»²³, es decir, en el sistema social existente.

También en Italia el desarrollo del movimiento crítico del derecho acompañó los acontecimientos del ‘68 y a los pocos años de aquella fecha crucial había alcanzado ya una difusión superior a la que nunca tuvo en la

²⁰ Pilar ALLEGUE, *Diez preguntas a Luigi Ferrajoli*, «Boletín de la Facultad de Derecho» (Uned, Madrid), 1997, n. 12, p. 14. El juicio de Ferrajoli sobre la radicalidad del movimiento parece alejarse del que Tarello ofreció a la revista «Qualegiustizia»: cfr. nota 23. Para situar el «redescubrimiento de la constitución» en el contexto italiano, cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 63-76. De FERRAJOLI véase también el imponente *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, XXIV-1034 pp.

²¹ «Qualegiustizia» nació después del XIV Congreso de la Asociación de Magistrados, que tuvo lugar en Trieste en septiembre de 1970, con el objeto de expresar la voz del ala disidente de la Magistratura. Su último número es del año 1979. El órgano contrario era el de la Unione Magistrati Italiani, «Rassegna dei Magistrati», en la que se recogían sobre todo las opiniones de la Corte de Casación. La revista «Giustizia e costituzione» (y los magistrados que a ella hacían referencia) era expresión, en cambio, de posiciones intermedias.

²² Thomas BLANKE, Ulrich K. PRUESS, Jürgen SEIFERT, Rudolf WITHÖLTER son autores alemanes presente en los dos volúmenes editados por Pietro Barcellona (cfr. nota 17).

²³ Giovanni TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Bari, 1973, p. 90, nota 49.

mayor parte de los demás países europeos. Para encontrar en Francia un texto que sirva como referencia del nacimiento de los estudios críticos sobre el derecho debemos esperar hasta la aparición del libro de Miaille en 1976, mientras que en Italia ya en 1973 dos volúmenes²⁴ habían recogido las actas de un Congreso, celebrado en Catania, en que se hacía un balance de la visión crítica de las diferentes ramas del derecho y, al mismo tiempo, se incluían aportaciones de aquellos juristas que más se habían significado en el movimiento del derecho alternativo. En ellos, además, a diferencia de lo que sucedía en Francia, se podía comprobar una mayor presencia de la Academia italiana, mientras los profesores franceses, ya más consolidados, seguían manteniéndose al margen del movimiento del derecho alternativo. No cabe duda de que en Italia la apertura de numerosos docentes universitarios fue debida en parte a su militancia en el Partido Comunista Italiano y en el Partido Socialista Italiano, así como a la flexibilidad con la que ambos partidos aceptaron la colaboración (a veces crítica) de otros intelectuales no afiliados. El Partido Comunista Francés se encontraba seguramente más condicionado por la ortodoxia moscovita.

El texto elaborado como documento preparatorio para el Congreso de Catania hacía referencia al creciente número de juristas alternativos y al uso alternativo del derecho. «La premisa de este Congreso —se dice en él— es la conciencia, ya generalizada, de la función política del derecho y de la estrecha interdependencia entre las relaciones jurídicas y las relaciones políticas, económicas y sociales. El contraste y la confrontación entre diversas orientaciones interpretativas, en efecto, va transformándose de forma cada vez más explícita en una manifestación de *políticas del derecho*. Correlativamente, se comprueba de forma cada vez más acuciante la exigencia de controlar la oportunidad de los instrumentos jurídicos para la obtención de determinados fines políticos, en particular el de la emancipación económica y social de las clases trabajadoras. Las recientes tendencias jurisprudenciales y hasta las tomas de posición de las diferentes corrientes de la magistratura y de los colectivos de juristas ofrecen a este propósito un interesante terreno de observación, al haber sido promovida, en el plano de la praxis judicial, el uso *alternativo* del derecho burgués con el objeto de proporcionar los instrumento de defensa de la libertad de la clase trabajado-

²⁴ Pietro BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I: *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Bari, 1973, XXIII-269 pp.; vol. 2: *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, XI-315 pp.

ra (en el ámbito de las libertades formalmente reconocidas). Estas experiencias [...] reclaman una verificación del significado y de los límites del uso alternativo del derecho en el sistema capitalista»²⁵.

El Congreso sobre el derecho alternativo, celebrado en Catania los días 15 y 17 de mayo de 1972, no fue por tanto el punto de arranque de aquel movimiento en Italia, sino, más bien, la primera gran ocasión pública para valorar sus dimensiones y para verificar el nivel de elaboración intelectual alcanzada por los juristas de izquierdas incluso antes de 1968. Inevitablemente militaban también en el movimiento del derecho alternativo juristas que ya habían manifestado su adhesión o, cuando menos, un fuerte interés por la teoría marxista del derecho. De este Congreso nacieron los escritos que, en 1973, fueron recogidos en los dos volúmenes ya mencionados. En ellos se encuentra la síntesis de las anteriores posiciones (no necesariamente coincidentes), pero también el instrumento que sirvió para dar a conocer el derecho alternativo fuera del reducido círculo de quienes lo cultivaban, ganando así nuevos seguidores.

El editor de aquellos volúmenes, Pietro Barcellona, junto con otro docente de prestigio, el profesor de derecho privado Nicolò Lipari, fundaron contemporáneamente una colección de estudios titulada «Critica giuridica e analisi sociale»: a pesar de que el derecho alternativo no esté presente en la denominación de la serie, en ella fueron publicadas las actas del Congreso sobre el derecho alternativo, con dos recopilaciones más elaboradas por Nicolò Lipari, siempre desde una perspectiva crítica²⁶.

La visión del derecho que inspiraba la colección (y que por tanto era compartida, al menos en sus líneas principales, por los defensores del derecho alternativo) fue sintetizada en el programa editorial: «¿Puede el derecho incorporar a sus técnicas esa misma función “promocional” que hoy se reconoce a las demás ciencias sociales? También en Italia la “exigencia política” que le atribuyen hoy al derecho no sólo quienes se ocupan de él o quienes se ocupan de disciplinas afines (respecto de las que los juristas más modernos y sensibles vienen mostrando ya desde hace tiempo su “apertu-

²⁵ Pietro BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, p. VI, nota 1; el documento había sido preparado por el Comité organizador del Congreso: Abadessa, Amirante, Barcellona, Mazziotti, Mirone.

²⁶ Nicolò LIPARI (ed.), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Laterza, Bari, 1972, XXIV-534 pp.; Nicolò LIPARI (ed.), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974, XXIV-581 pp. Véase también: Nicolò LIPARI, *Significato di «uso alternativo» del diritto*, en Guido Zangari (ed.), *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1973-74, vol. IV, pp. 3641-3649.



ra”), sino también por parte de grandes sectores sociales, interesados en el conocimiento de la “máquina institucional”, para su crítica y para la genuina liberación del ser humano. La colección (sección jurídica de la “Biblioteca di cultura moderna”) se preocupa por la difusión de materiales y aportaciones, italianas o extranjeras, relevantes en esta perspectiva sobre el derecho: el análisis técnico se desarrolla siempre en un preciso marco teórico-institucional que permanece implícito y que tiende a fundar un juicio valorativo acerca de la experiencia jurídica, capaz de recuperar la dimensión del hombre, sustrayendo al mismo tiempo la función del jurista a toda pretensión de pasividad, siempre dentro de una renovada conciencia de su dimensión científica»²⁷. Se observan aquí las muy diversas matrices que, consciente o inconscientemente, confluyen en el movimiento del derecho alternativo: desde la corriente antiformalista abierta tras las huellas del segundo Jhering (la función promocional del derecho²⁸), hasta un Marx releído a través de Gramsci.

Las preguntas centrales sobre a las que giraron las ponencias y el debate fueron las siguientes: «¿En qué condiciones es posible hacer política sin dejar de ser juristas?, y, por otra parte, ¿qué política es posible llevar a cabo utilizando los instrumentos del derecho?, ¿y cuáles son los instrumentos más relevantes en la perspectiva de una transformación más o menos radical de la sociedad?»²⁹. Las respuestas iban desde las posiciones más radicales, que rechazaban la posibilidad misma de un derecho alternativo en el seno de un Estado burgués, hasta las posiciones más moderadas de los magistrados que se limitaban a indicar y a aprovechar las contradicciones del derecho vigente. Limitémonos a exponer estas dos posiciones en su formulación más tajante.

Un teórico del derecho concluía su radical ponencia con las siguientes palabras: «El uso alternativo del derecho, además de estar ampliamente condicionado en sus límites concretos por la coyuntura política (la relación de fuerzas entre las clases) actual, puede convertirse en una práctica específica en el seno de la lucha de clase, puede dar un aporte esencial a las condiciones generales de esta lucha, puede proporcionar espacios legales

²⁷ Pietro BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973; contraportada de ambos volúmenes.

²⁸ Alessandra FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Torino, 1994, XIV-198 pp., que incluye una bibliografía en las pp. 188-198.

²⁹ *Introduzione*, en Pietro BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2: *Ortodoxia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, p. V.

de organización política y de educación ideológica. [...] No obstante, el centro de la lucha de clase sigue encontrándose en otro terreno. Nunca el "uso alternativo del derecho" podrá incorporar dentro de sí o reemplazar la lucha de las masas populares bajo la égida del proletariado para romper la máquina del Estado burgués y para instaurar la dictadura del proletariado»³⁰. Desde esta perspectiva la existencia de algunos «magistrados contestatarios» era considerada como una mera discrepancia interna al poder, quizá útil para quienes tenían intención de derrocarlo, pero ciertamente no decisiva: la magistratura, incluso la más contestataria, forma parte del poder y de ella no puede nunca surgir la destrucción del aparato represivo del Estado.

Un representante de «Magistratura democrática», en cambio, señalaba que «no en todos los casos de aplicación del derecho es posible realizar un uso alternativo». Porque, a menudo, «las únicas aplicaciones posibles son las tradicionales, inspiradas incluso en valores que no pueden seguir siendo aceptados». En definitiva, «un uso alternativo del derecho burgués no puede ser más que parcial»; y, por ello, la actividad del magistrado democrático, «en la práctica, representa y pretende representar una alternativa, no ya a los valores democrático-burgueses (lo cual supondría ir más allá de la legalidad), sino a su deformación autoritaria por la jurisprudencia habitual. Los valores por los que luchamos, como funcionarios de un Estado burgués pero democrático, son a grandes rasgos los que corresponden a la democracia burguesa, de origen ilustrado; sin embargo, a diferencia de los burgueses conservadores pretendemos tomarlos en serio, llevarlos hasta sus consecuencias extremas». Las contradicciones internas del ordenamiento jurídico son la vía a través de la cual es posible realizar legalmente un uso alternativo del derecho; y estas contradicciones, en el ordenamiento italiano, resultan particularmente claras en los delitos *di opinione*: «Aquí la tradición con la que nos enfrentamos es la de la dictadura, de los preceptos del Código *Rocco* que todavía perduran, de la defensa a ultranza del prestigio de las instituciones, del orden público como orden del régimen, etc.; que es la negación desde su raíz de la libertad de pensamiento crítico precisamente en su vertiente más esencial, cuando se convierte en instrumento de lucha política en favor de los disidentes. Frente a esta tradición, todavía

³⁰ Riccardo GUASTINI, *Fondamenti teorici del cosiddetto «uso alternativo del diritto» nel marxismo*, in Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol.: 2, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, p. 14.

viva, los magistrados democráticos apelan a la libertad de pensamiento, codificada en la Constitución»³¹. Sólo desde esta última posición es posible construir una relación dialéctica entre el poder existente y la magistratura reformista, teniendo en cuenta sin embargo que la función de la magistratura es quizá la más delicada e incontrolable de todo el aparato estatal. Cuanto más creadora de derecho e independiente sea la magistratura, mayor y más concreto es el riesgo de aquello que Tarello denominaba el *nasserismo* de los jóvenes magistrados³².

Esta lucha en favor de valores aún no realizados, esta contraposición entre ideales y práctica de un ordenamiento habrá de retornar con particular fuerza en el examen de la situación sudamericana. En aquel continente el uso alternativo del derecho será considerado por ciertas personas como un instrumento aún demasiado moderado, y por eso hay quien prefiere hablar de derecho alternativo al ordenamiento vigente.

b) Francia: la «*Association Critique du Droit*»

En las Universidades francesas los estudios de filosofía del derecho y de teoría general del derecho han ocupado siempre una posición de segundo plano, respecto a la que han tenido en las Universidades italianas y alemanas. Esto explica quizá por qué razón el movimiento «*Critique du droit*» ha tenido más éxito en el extranjero que en su patria.

Hasta el mayo parisino, una visión crítica del derecho debía remontarse necesariamente a las obras de los escasos juristas franceses no formalistas de comienzos de siglo³³, o a las escasas figuras de relieve de los años

³¹ Domenico PULITANÒ, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura Democratica per l'attuazione dei valori democratici*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, pp. 62 y ss.

³² Ya en el Congreso de 1972 se hablaba explícitamente de la función «supletoria» de la magistratura con respecto a los demás poderes del Estado que no llevaban a cabo reformas democráticas: Antonio PAVONE LA ROSA, *Dubbi e perplessità sulla ipotesi di una «funzione supplente» della magistratura*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, pp. 65-67. La función supletoria de la magistratura ha tenido un gran desarrollo en años posteriores a 1992, fecha-símbolo en Italia porque en ella aparece el fenómeno de «Mani pulite», así como el abierto, y en ocasiones violento, enfrentamiento entre magistrados «suplentes» y políticos «suplidos». Esta cuestión puede ser reconstruida (al menos por lo que respecta a las posiciones favorables a la magistratura) a través de las páginas de la revista «*Micromega*».

³³ Maurice HAURIOU, Léon DUGUIT, François GÉNY, Goerges RIPET, Goerge SCELLE son los principales nombres a los que apelan los juristas franceses.

cincuenta: Charles Eisenmann, profesor de derecho administrativo y traductor de la obra de Kelsen, Jean Carbonnier, sociólogo del derecho, y Gerard Lyon-Caen, aislado laboralista de formación marxista. Fueron discípulos de Eisenmann Paul Amselek y Michel Troper. Pero la filosofía del derecho, en París, tenía como punto de referencia a Michel Villey, estudioso de inspiración tomista. A pesar de ello, en su revista, los prestigiosos «Archives de Philosophie du Droit», tenían cabida también los trabajos heterodoxos de André-Jean Arnaud y a los escritos marxistas de Nicos Poulantzas y de Bernard Edelman. La obra de estos autores, que eran los juristas del Partido Comunista Francés,³⁴ y las traducciones de algún jurista soviético convertido ya en clásico³⁵, representaban el trasfondo del movimiento crítico francés.

A los diez años del mayo parisino fueron publicadas las primeras obras dedicadas a ofrecer una visión crítica del derecho. Fue fundada la «Association critique du droit», definida como «Asociación de juristas de las Facultades de Derecho de Francia que, partiendo del materialismo histórico como método de análisis, contribuyen a plasmar los elementos de una teoría del derecho entendida como sector particular de la ciencia política»³⁶. El movimiento no nació en París, ciudad dominada por la Sorbona tradicionalista, sino en el área que gira en torno a Lyon, Grenoble, Montpellier y Niza.

En 1976 apareció el análisis de Michel Mialle³⁷ (destinado a cosechar un gran éxito en el extranjero y, en particular, como veremos, en

³⁴ André DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Pichon - Durand - Auzias, Paris, 1978, 221 pp. (primera edición: LGDJ, Paris 1950); Monique e Roland WEYL, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Éditions Sociales, Paris, 1968, 382 pp.

³⁵ Evgeny B. PAŠUKANIS, *Théorie générale du droit et marxisme*, trad. de Jean-Marie BROHM, presentaciones de Jean-Marie VINCENT y de Karl KORSCH, Edi, Paris, 1970, 173 pp. De KORSCH se tradujo la recensión a las obras de PAŠUKANIS y de Karl RENNEN (*Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929), publicada en 1930 en el «Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeitbewegung».

³⁶ André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ - Story-Scientia, Paris - Bruxelles, 1988, voz «Critique du droit».

³⁷ Michel MIAILLE, *Une introduction critique du droit*, Maspéro, Paris, 1976, 392 pp. La traducción portuguesa de esta obra estaría destinada a ejercer una amplia influencia sobre los juristas del Brasil: Michel MIAILLE, *Uma introdução crítica ao direito* Moraes, Lisboa, 1979, 318 pp. (segunda edición, Editorial Estampa, Lisboa, 1994, 330 pp.). En el mismo año el volumen fue traducido (omitiendo aquellas partes que estaban más estrechamente relacionadas con la crítica de los tratados académicos franceses) también en Italia: Michel MIAILLE, *Introduzione allo studio critico del diritto*, introd. de Cesare Donati, SAVELLI, 1979, 202 pp. Del mismo autor hay que recordar también *L'État du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Maspéro, Paris, 1978, 261 pp., que constituye el sexto último volumen de la colección «Critique du droit». Cfr. también Michel MIAILLE, *Critica do direito*, «Contradogmáticas», 1991, n. 9, pp. 32-35.

Sudamérica); en 1978 la colección «Critique du droit», inaugurada con una obra colectiva que se abrió con el manifiesto del movimiento ³⁸, comenzó su ajetreada andadura editorial que en los primeros siete años de vida la llevó a pasar por tres editores diferentes. Estos cambios provocaron también alguna irregularidad en la difusión de la revista «Procès», que acompañó a la colección y al movimiento entre 1978 y 1984. En cualquier caso, el presidente de la «Association critique du droit», al trazar un panorama de la influencia de esta labor en la cultura jurídica francesa, subrayaba que las dificultades – surgidas del deseo de la asociación de conservar la libertad en sus decisiones de política editorial – no habían sido la única causa del escaso éxito del movimiento. Las dificultades en la distribución de los materiales editoriales habrían podido ser superadas si se hubiera alcanzado un número suficiente de lectores, cosa que no sucedió. La limitada dimensión de la audiencia «es reflejo y hace explícito el relativo fracaso de la Asociación y de la colección “Critique du droit”. Creo que de esta circunstancia son plenamente conscientes los fundadores de esta iniciativa teórica y pedagógica, sin duda demasiado ambiciosa» ³⁹.

En efecto, uno de los propósitos de la asociación era también el de renovar la enseñanza del derecho. Estos objetivos pedagógicos deben ser entendidos en el contexto inmediatamente posterior al mayo parisino, caracterizado por la Ley de Reforma Universitaria que el gobierno francés dictara antes del fin de 1968. El derecho crítico se proponía dar su propia contribución con el objeto de alcanzar una enseñanza no dogmática, y por tanto adecuada a una nueva perspectiva, no tradicional, de las profesiones jurídicas. Precisamente a causa de que las materias teóricas tenían un espacio tan reducido en las Universidades francesas, el movimiento estaba formado sobre todo por juristas positivos con experiencia en el sindicato o en el movimiento estudiantil. Con su colección de libros se proponía sentar las bases de una nueva teoría del derecho y, junto con ellas, los instrumentos para una nueva enseñanza del derecho: en eso consistían los

³⁸ Maurice BOURJOL [et al.], *Pour une critique du droit: du juridique au politique*, Maspéro - Presses Universitaires de Grenoble, Paris - Grenoble, 1978, 146 pp.

³⁹ Antoine JEAMMAUD, *La crítica del derecho en Francia*, «Crítica jurídica» (Puebla, México), 1986, n. 4, p. 75. Por esta razón la vida de la asociación puede ser dividida en dos fases: la primera (1978-80) más vinculada a la didáctica de los contra-manuales, con el intento de cambiar la enseñanza; la segunda (después de 1980) más orientada hacia la teoría, en el intento de fundamentar mejor el derecho alternativo (André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, - Story-Scientia, Paris - Bruxelles, 1988, voz «Critique du droit»).

«contra-manuales» de los que tanto se hablaba en la época de las protestas estudiantiles.

Este género de literatura «contra-manualístico» permite singularizar el movimiento francés del derecho alternativo frente a otros movimientos similares en Europa, pero se enfrentó, como es obvio, a la dificultad de su exportación: en primer lugar, tanto el manual como el contra-manual hacen necesariamente referencia a un derecho positivo particular, que cambia de un país a otro; en segundo lugar, por lo que respecta a la renovación metodológica que proponían, se recibían críticas tanto desde la derecha como desde la izquierda. Resulta ejemplar, a este respecto, la experiencia de un contra-manual de derecho del trabajo⁴⁰, que en su traducción al ruso incluía un prefacio en el que se invitaba a los colegas supuestamente marxistas a afrontar críticamente el estudio de su derecho: el libro apareció efectivamente en lengua rusa, pero un «incidente técnico» impidió que se incluyera dicho prefacio.

Quienes tienen una actitud crítica como método de trabajo acaban enfrentándose a quienes detentan el poder. Así, el movimiento crítico del derecho no encontró acogida ni siquiera entre los sindicalistas franceses, quienes, por el contrario, mostraron cierta incomodidad ante los intentos de valoración crítica realizados por personas ajenas a la organización sindical; en todo caso, y a pesar de que ellos mismos podían reconocer la pertinencia de determinadas críticas, consideraban que podía ser inoportuno hacerlas públicas, porque de esta forma –decían– se habría debilitado al sindicato.

No muy diferente fue la situación del movimiento después de la victoria de la izquierda en las elecciones francesas de 1981. Aunque algunos representantes del movimiento se integraron en los grupos asesores del gobierno en la reforma, por ejemplo, de las universidades, la influencia efectiva de la doctrina crítica fue, en su conjunto, poco relevante. El mayor éxito puede haber sido cosechado en materia de quiebra⁴¹, probablemente porque fue en esta materia en la que se llegó a proponer con mayor claridad

⁴⁰ Francis COLLIN - Antoine JEAMMAUD - A. ROUDIL - Gérard LYON-CAEN, *Le droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980, 280 pp.; la historia del prólogo perdido fue relatada por el propio Antoine JEAMMAUD, en el ya citado *La crítica del derecho en Francia*, «Crítica jurídica» (Puebla, México), 1986, n. 4, p. 74, nota 7.

⁴¹ Laurence BOY [et al.], *Droit de faillite et restructuration du capital*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1982, 255 pp.

una serie de reformas específicas para el derecho positivo, en orden a una mayor democratización.

La crítica del derecho no desembocó sin embargo, en Francia, en un intento de corregir la aplicación del derecho positivo por medio de ese «uso alternativo del derecho» que, surgido en Italia a comienzos de los años setenta, iba a difundirse en América Latina. Si se excluyen los tímidos intentos del Sindicato de la Magistratura, nacido en 1968, y los del sindicato CGDT sobre el «conflicto de lógicas» en los procesos de carácter laboral, el «uso alternativo del derecho» no tuvo fortuna en Francia.

4. EL PASO DE LA VISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO A SUDAMÉRICA

En el mundo jurídico sudamericano los diversos movimientos críticos o alternativos no aparecen como directa consecuencia de los correspondientes movimientos europeos relacionados con el '68. Ciertamente el '68 fascinó a un restringido grupo de intelectuales sudamericanos, pero no llegó a producir consecuencias inmediatas porque en América latina quedaban por resolver antiguos problemas económicos y sociales, entre los cuales se encontraban, por mencionar tan sólo algunos, el latifundismo; la pésima distribución de la riqueza entre los ciudadanos; el control de las materias primas por parte de empresas extranjeras; la inflación galopante; la tutela de menores y, en algunos países, el problema no sólo de los derechos, sino de la supervivencia misma de los indígenas.

Mientras durante los años setenta y ochenta en Europa se estaban llevando a cabo reformas inspiradas en las demandas del '68 —y mientras iban desarrollándose los movimientos del derecho alternativo— en Sudamérica estaban teniendo lugar una serie de golpes de Estado militares que eran respuesta frente al agravamiento de los problemas económicos y sociales anteriormente mencionados. En el sur del continente, en el «Cono Sur», los militares tomaron el poder en Brasil en 1964, en Chile en 1973, en Argentina y en Uruguay en 1976, mientras que en Paraguay el General Alfredo Stroessner se había adelantado a todos los demás ya desde 1954. Por eso, hasta mediados de los años ochenta, la vida política en los Estados del Cono Sur quedó paralizada por la suspensión de toda clase de liber-

tad democrática y por la sangrienta represión contra los opositores. Sólo tras la caída de las dictaduras militares y con la recuperación de la vida democrática pudieron desarrollarse movimientos jurídicos de carácter crítico o alternativo: las particularidades de la historia del Cono Sur explican por qué razón dichos movimientos no se manifestaron hasta el final de los años ochenta.

Así pues, entre la historia europea y la historia sudamericana de estos movimientos existe un desfase de casi veinte años. Sólo a partir de la segunda mitad de los años ochenta en Sudamérica nuevas iniciativas comenzaron a circular con mayor intensidad gracias a las personas que volvían del exilio o de la clandestinidad, o incluso simplemente gracias al hecho de que era posible circular libremente y expresar libremente el propio pensamiento.

Me limitaré, por el momento, a indicar algunos autores que se interesaron por el derecho alternativo en el Cono Sur, aunque provinieran de otras áreas geográficas, y, entre ellos, me centraré en aquellos que tuvieron mayores contactos con Brasil. El apartado siguiente estará dedicado por entero a la historia del derecho alternativo en ese país.

En Argentina, a comienzos de los ochenta, un movimiento cercano a «Critique du droit» intentó no sólo la crítica de «la racionalidad idealista sobre la que están fundadas las diferentes escuelas del pensamiento jurídico tradicional», sino también proponer una reconstrucción de la ciencia jurídica a través del «pensamiento jurídico materialista»: «La teoría crítica del derecho representa, así, además de una crítica del idealismo jurídico, una alternativa respecto de la concepción marxista del derecho, tal como ha sido formulada por sus teóricos más relevantes, Pašukanis y Stučka»⁴². El intento por ir más allá de la teoría jurídica del marxismo había llevado a los juristas argentinos de esta corriente tanto a proponer un uso alternativo del derecho (siguiendo el modelo italiano), como a explorar nuevas vías que remiten, por ejemplo, a Foucault y al psicoanálisis.

Uno de los autores más conocidos en Brasil es el argentino Carlos María Cárcova, que participó desde 1991 en la actividad de los juristas

⁴² Ricardo ENTELMAN, *New directions in the philosophy of law in europe and Latin America*, «Cultures» (Unesco, Paris), III, 1982, n. 2, p. 148-157. No he podido consultar ni el original del artículo (que está en castellano), ni la traducción francesa: *Nouvelles perspectives de la philosophie du droit en Europe et en Amérique Latine*. Cfr. también Antoine JEAMMAUD, *La critica del derecho en Francia*, «Crítica jurídica», 1986, n. 4, p. 92 y ss.

alternativos del Brasil meridional⁴³, incluso a pesar de no haber publicado nunca escritos de carácter explícitamente jurídico-alternativo. Defraudado por el marxismo demasiado escolástico del socialismo real y por la excesiva sofisticación del marxismo occidental, incómodo con el positivismo y el iusnaturalismo, su visión del derecho recoge todos los estímulos que están presentes en la cultura argentina: «Nosotros concebimos el derecho, –había afirmado en 1991 ante un auditorio de juristas alternativos brasileños– como una práctica discursiva, en el mismo sentido en que los lingüistas definen el concepto de discurso. Lo concebimos como una producción social de significados. Es una práctica social que consiste en algo más que palabras; está formada también por comportamientos, símbolos, saberes. Es aquello que la ley ordena, pero es también aquello que los jueces deciden, que argumentan los abogados, que producen los teóricos, que declaran los litigantes etc. Es un discurso constitutivo, en el sentido que transforma la realidad»⁴⁴. Un derecho así configurado es, sin duda, alternativo respecto del derecho tradicional, aunque no se califique *expressis verbis* como «alternativo».

Una de las figuras con mayor presencia en el panorama internacional del derecho administrativo es la del mejicano Óscar Correas, autor de numerosas obras dedicadas expresamente a este tema⁴⁵. También este autor parte del marxismo, preguntándose si a través de él sería posible encontrar una clave de lectura del derecho tras la caída del socialismo real. Distingue entre pluralismo jurídico (como pluralidad de normas vigentes en un mismo territorio), derecho alternativo (como derecho que genera violaciones menos intensas que las del sistema jurídico hegemónico). El trabajo de los jueces alternativos, el de los servicios jurídicos para los más desfavorecidos y la enseñanza universitaria del derecho alternativo son, en este sentido, manifestaciones prácticas de un uso alternativo del derecho, pues quien las

⁴³ Carlos María CÁRCOVA, *Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, 134 pp.; su ponencia en el «I Encuentro de derecho alternativo» –desarrollado en 1991 en Florianópolis, en el Estado de Santa Catarina, Brasil– titulada *Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho*, se encuentra en las pp. 71-85 del volumen antes citado.

⁴⁴ Carlos María CÁRCOVA, *Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho*, en CÁRCOVA, *Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, p. 83.

⁴⁵ Óscar CORREAS, *Teoría del derecho*, Bosch, Barcelona, 1995, 309 pp. (con el capítulo 9 enteramente dedicado al derecho alternativo); id. *Alternatividad y derecho, el derecho alternativo frente a la teoría del derecho*, «Crítica jurídica», 1993, pp. 51-64; id., *Introducción a la crítica derecho moderno (esbozo)*, Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, 262 pp. (la primera edición es de 1982).

práctica no se sale de los límites de la legalidad hegemónica. Sin embargo, en el momento en que se encamina por una vía distinta a la deseada por el derecho hegemónico, ese trabajo se transforma en una actividad potencialmente «subversiva», y se convierte, por tanto, en «alternativa».

Es preciso subrayar, finalmente, la influencia que ha tenido Correa sobre el magistrado *catarinense*, Lédio Rosa de Andrade. Correa introdujo a Andrade en el Departamento de Sociología y Metodología de las Ciencias Sociales de la Universidad de Barcelona, en España, y –durante el año que ambos transcurrieron en aquella Facultad– le dirigió en su trabajo de doctorado. Aquella investigación, hoy publicada, es, a mi juicio, uno de los mejores trabajos de derecho alternativo brasileño⁴⁶. En particular, presenta dos grandes ventajas para el lector no sudamericano: en primer lugar, estaba destinada a una Universidad europea, y, por tanto, no da por sabidas una serie de informaciones políticas y sociales sobre el Brasil que el lector europeo no conoce; además, a diferencia de otros muchos textos sudamericanos, describe la historia y las teorías del derecho alternativo brasileño en continuo diálogo con las doctrinas europeas equivalentes; es más, contiene un entero capítulo dedicado a las *Identidades y diferencias con los movimientos europeos*, cuyos puntos de referencia son el uso alternativo del derecho italiano y el movimiento español «Jueces para la democracia». La obra de Andrade será, por tanto, un continuo apoyo en las páginas dedicadas al derecho alternativo en Brasil.

El círculo se cierra con el artículo de los españoles Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio, dedicado a dar a conocer el movimiento sudamericano del derecho alternativo a los lectores europeos⁴⁷.

Simétricamente, no pocos europeos están presentes hoy en Sudamérica bien a través de traducciones de sus obras, bien a través las publicaciones locales sobre el derecho alternativo. Entre los autores franceses, además del ya mencionado Miaille, se debe mencionar en particular a André-Jean Arnaud, que participó el primer congreso *catarinense* sobre

⁴⁶ Lédio ROSA DE ANDRADE, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Livraria do Advogado - Universidade do Sul de Santa Catarina, Porto Alegre, 1996, 341 pp. El «orientador» principal de la tesis fue, sin embargo, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO.

⁴⁷ Joaquín HERRERA FLORES - David SÁNCHEZ RUBIO, *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica*, «Jueces para la democracia», 1993, n. 20, pp. 87-93. Recuperando la orientación pedagógica del derecho alternativo, Joaquín HERRERA describe en una revista brasileña los problemas de la enseñanza del derecho que son comunes a Europa y Sudamérica (*Crítica jurídica y estudios de derecho*, «Direito alternativo», 1994, n. 3, pp. 198-218).

derecho alternativo (aunque su ponencia estuvo dedicada al derecho post-moderno). El argentino Roberto Bergalli –quien, como Arnaud, fue director del Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñate, en España– indica, por el contrario, los peligros contenidos en el uso de la expresión «uso alternativo del derecho» en contextos tan diferentes como el italiano, donde nace el término, y el sudamericano, donde casi todos los jueces trabajan en estrecha armonía con la clase dominante⁴⁸.

5. EL CASO DE BRASIL

Tras el fin de la dictadura militar en el año 1985 y con la nueva Constitución democrática de 1988 los juristas brasileños se encontraron en una situación en cierta medida análoga a la de sus colegas italianos de los años de posguerra; en la Italia de los cincuenta, como en el Brasil de finales de los ochenta, los principios constitucionales encontraban un reflejo mínimo en la realidad social. Como se ha dicho en el apartado 2, esta distancia se encuentra en los orígenes del movimiento del uso alternativo del derecho en Italia y, en general, en Europa.

Además, en Brasil, a, veinte años de dictadura habían incidido sobre la enseñanza del derecho (rígidamente dogmática y formalista) y sobre la selección de nuevos magistrados (que provenían de los sectores más conformistas de jóvenes educados en Facultades muy dogmáticas). La llegada del régimen democrático no supuso una innovación ni de la enseñanza, ni de los cuadros de la magistratura: pero la desigualdad social en Brasil era mucho más radical que en Europa y, por este motivo, los escasos juristas críticos no sólo propusieron un uso alternativo del derecho (vigente), sino que llegaron a propugnar el recurso a un derecho alternativo.

a) Problemas generales y especificidad del Brasil

Llegados a este punto es necesario hacer una breve digresión. Los problemas del Brasil son, en gran parte, los mismos que tenemos en Italia o en Europa, pero con el añadido de otros problemas más que derivan de su

⁴⁸ Roberto BERGALLI, *Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión «uso alternativo del derecho»?», «Revista de direito alternativo», 1993, n. 2, pp. 19-36.*

situación geopolítica y de sus raíces históricas. En Europa y en Brasil los conflictos sociales y políticos tienen, a grandes rasgos, la misma naturaleza, mientras que aquí es totalmente inimaginable la radicalidad con la que estos conflictos se manifiestan. Brasil es una potencia económica a escala mundial, pero también se encuentra en los lugares más altos en la lista de países con peor distribución de la renta entre los ciudadanos: es un país rico y lleno de pobres. Por tanto, los problemas tienen la misma naturaleza que en Europa, pero se presentan con un dramatismo desconocido en Europa. Este parecido y esta diferencia están en el origen de muchos malentendidos.

Esta observación se ve confirmada también por el hecho de que, al ilustrar el derecho alternativo brasileño a los lectores europeos, el brasileño Andrade ha sentido la necesidad de introducir en su estudio sobre la cuestión específica del derecho alternativo un amplio análisis socio-económico del Brasil actual: de las 332 páginas de su obra, 104 están dedicadas a este objeto. Sólo teniendo en cuenta una situación de conflictos dramáticos es posible entender por qué en Brasil sigue siendo todavía tan fuerte la demanda de reconocimiento de nuevos derechos: por ejemplo, las «demandas de obtener indemnizaciones del Estado, por parte de familiares de personas fallecidas o desaparecidas en la época del régimen militar; en procesos relativos a la invasión de terrenos o a la ocupación de edificios públicos o privados, en los que, de un lado, se encuentran los propietarios que defienden sus intereses sobre la base de un título legal y, de otra, los ocupantes que reivindican la función social de la propiedad y la superioridad de la posesión colectiva frente a un título formal; en procesos de inquilinos contra los propietarios en los que se pone en discusión el aumento de los alquileres y los desahucios; en procesos de asegurados contra compañías aseguradoras; de clientes contra entidades bancarias; de consociados contra sociedades que disfrutaban de innumerables leyes destinadas a la protección del capital, que consienten, entre otras cosas, la imposición de intereses abusivos, el aumento desproporcionado de las contribuciones, etc.; de deudores que son víctimas del paro, de los aumentos abusivos de las compras a plazos y de las diferentes políticas del gobierno que van en su perjuicio; en procesos de empresarios contra trabajadores para evitar huelgas, asambleas, piquetes y otras actividades que son del interés de la clase trabajadora; de padres de alumnos que impugnan la cuantía de las tasas de inscripción establecidas por los colegios privados; en procesos en defensa de la ecología; de asocia-



ciones de defensa de los derechos humanos que exigen el respeto de los detenidos; en el caso de instituciones jurídicas como el *mandado de segurança* colectivo, la acción popular, la acción civil pública, el *habeas corpus*, el *habeas data*, y otras más»⁴⁹.

Como puede verse, son todas ellas reclamaciones que también están presentes en los países europeos; la verdadera diferencia reside en la fuerza de los contrastes. Considérense, en Italia, las discusiones entre entidades bancarias y clientes para renegociar, con la llegada del Euro, los créditos concedidos en los tiempos en que la inflación alcanzaba cifras mucho más altas. Lo mismo sucede en Brasil, donde, sin embargo, en los años en que se desarrolló el Movimiento (1988-1994), la inflación llegó a cotas superiores al 1.000 por 100 anual, con un máximo cercano al 3.000 por 100 en el año 1993: una inflación de este calibre hace saltar en pedazos cualquier forma conocida de economía y convierte en insensatas las normas que rigen en un mercado normal⁵⁰. La protección de las minorías tiene por objeto en Europa los derechos de grupos restringidos, mientras que en Brasil alcanza a la supervivencia de la población y la cultura indígena. Los procesos ecológicos europeos tienen dimensiones regionales en Europa y continentales en Brasil; aunque la naturaleza del problema es la misma el Parque del Ticino no es la Amazonia. La alarma ecológica por su deforestación tiene una base cuantitativamente significativa: la selva destruida hasta la fecha cubría una superficie equivalente a la de Francia. Sólo el drama de las inmigraciones más recientes está generando en Europa problemas de tutela de los menores que puedan ser equiparables a los de Brasil: una vez más, sin embargo, por calidad pero no por cantidad.

Un sociólogo del derecho brasileño ha observado con acierto que las exigencias aquí mencionadas deberían ser afrontadas a través de la actividad legislativa, con la creación de nuevos servicios públicos y con la mejora de los ya existentes. Pero las reformas tienen sus costes, y el poder legislativo —paralizado por la crisis fiscal y económica del Estado— se ha visto

⁴⁹ Lédio ROSA DE ANDRADE, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Livraria do Advogado - Universidade do Sul de Santa Catarina, Porto Alegre, 1996, pp. 97 y ss.

⁵⁰ Con mayor precisión, los datos de la inflación en Brasil son los siguientes: 1988: 1.037,55 por 100 - 1989: 1.782,89 por 100 - 1990: 1.476,56 por 100 - 1991: 480,18 por 100 - 1992: 1.557,94 por 100 - 1993: 2.708,55 por 100 - 1994: 909,78 por 100. Con el Plan Real, del año 1994, la inflación descendió al 14,78 por 100 en 1995 y, progresivamente, hasta el 0,71 por 100 en 1998. Pero la crisis asiática está poniendo en tela de juicio este saneamiento: para el 1999 está previsto que la inflación se sitúe en torno al 10 por 100. Los datos oficiales se encuentran en *Almanaque Abril 97*, Editora, São Paulo [1997], p. 207.

ante la imposibilidad de llevarlas a cabo. Los movimientos comunitarios y religiosos que se habían convertido en portavoces de exigencias sociales incumplidas orientaron su atención hacia el poder judicial, utilizándolo como instrumento para generar situaciones de ruptura que plantearan la negociación, incluso política, de determinadas situaciones. Por esta vía llegaron no sólo a la solución judicial de problemas específicos, sino que obligaron al poder legislativo a dictar normas que regularan, con carácter general, por ejemplo, la acción colectiva⁵¹. Esta dialéctica entre poder judicial y poder legislativo está presente también en una sentencia civil que se recoge en el último apartado.

El intento de recoger la voz de las clases subalternas, también a través del derecho, es una típica posición «de izquierdas» (si asumimos que esta palabra pueda tener todavía algún sentido: valga aquí en su sentido clásico e histórico). El movimiento del derecho alternativo no se aparta de esta matriz, pero la especifica. A pesar de que «el pensamiento de Marx ejerce fuerte influencia sobre los intelectuales alternativos», ellos rechazan tanto las «dictaduras totalitarias comunistas», como «las dictaduras militares sudamericanas» y son, por tanto, contrarios a toda forma de «adhesión dogmática a cualquier doctrina o corriente de pensamiento». En conclusión, «con sus errores y sus éxitos, el movimiento del derecho alternativo representa una posibilidad de expresar la combatividad individual y de clase en favor de objetivos comunes, como el de erradicar la miseria, combatir la violencia o la explotación y luchar por la democracia»⁵².

Otro sociólogo del derecho, Cláudio Souto, indica dos fuentes generalísimas del derecho alternativo: el iusnaturalismo tradicional (pues «tanto el uno como el otro hacen referencia a la idea de justicia») y el derecho vivo (que «es el que, de hecho, domina la vida social»). Partiendo de estas dos fuentes, es posible ensayar una definición del derecho alternativo, concibiéndolo como negación de la violencia y como instrumento para una integración social no estatalista, realizada de forma progresiva⁵³.

⁵¹ José Eduardo FARIA, *O poder judiciario no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*, Trabalho preparado a pedido do Centro de Estudos Judiciarios do Conselho da Justiça Federal, [inédito] 1995, p. 26; citado por Andrade, *op. cit.*, p. 97, nota 153. El texto legislativo al que hace referencia el texto de Faria es la Ley 7347/85 sobre la acción civil popular.

⁵² ANDRADE, *op. cit.*, p. 18.

⁵³ Cláudio SOUTO, *Direito alternativo: em busca da sua teoria sociologica*, en «Revista da Esmape - Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco» (Recife), 1996, n. 1, pp. 16-73. Este mismo autor ha vuelto sobre el tema en Cláudio SOUTO, *Tempo do direito alternativo. Uma fundamentação substantiva*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, 156 pp.

b) Los precedentes históricos y el nacimiento del movimiento del derecho alternativo en Brasil

La referencia al marxismo no dogmático pone de manifiesto la matriz política del movimiento, que en Brasil se mezcla con frecuencia con el pensamiento religioso de la «teología de la liberación». Las raíces históricas del movimiento se presentan de forma cada vez más incierta según vamos alejándonos de la historia contemporánea. Este silencio parece deberse no tanto a la ignorancia de los precedentes históricos europeos, como a la lucha cotidiana del movimiento frente a un poder judicial conservador en lo político y anticuado en el terreno cultural. No es difícil encontrar, sin embargo, alusiones a las raíces históricas del movimiento.

Jhering ha tenido y tiene todavía una amplísima difusión entre los juristas brasileños y sus obras más conocidas son las pertenecientes a la «segunda fase de su obra», es decir, el *Kampf ums Recht* y el *Der Zweck im Recht*. Jhering fue conocido en Brasil ya desde el siglo pasado gracias a la obra de uno de los más combativos y combatidos intelectuales brasileños, Tobias Barreto (1839-1889). En particular, los procedimientos judiciales descritos en su *Jurisprudenz des täglichen Lebens* sirvieron a Barreto –que ejercía de abogado, de abogado de los pobres– para justificar ante los tribunales sus exigencias más avanzadas. Por este motivo, la lectura de Jhering a través de la mediación de Tobias Barreto puede ser considerado como precursora del actual movimiento del derecho alternativo⁵⁴. Esta tradición y esta conexión están más vivas ahora que nunca; en un volumen sobre Jhering publicado en 1996, cinco de los dieciséis ensayos que lo componen están dedicados al nexo entre Jhering y el derecho alternativo brasileño⁵⁵.

⁵⁴ Mario G. LOSANO, *Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien*, en: Okko BEHRENDTS, *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, Vandenhoeck & Ruprecht, GÖTTINGEN, 1996, pp. 77-96. El primogénito de Jhering, médico y botánico, emigró al Brasil, cfr. Mario G. LOSANO, *Un precursore dell'ecologia in Brasile: Herman von Jhering (1850-1930)*, «Sociologia del diritto», 1991, n. 1, pp. 35-65.

⁵⁵ João MAURÍCIO ADEIDATO (org.), *Jhering e o direito no Brasil*. Seminário nacional em comemoração ao centenario de seu falecimento, Editora Universitária, Recife, 1996, 258 pp. Los ensayos mencionados son: Edmundo LIMA DE ARRUDA JÚNIOR, *A luta pelo Direito Alternativo*, pp. 54-69; José GLÁUCIO VEIGA, *Jhering, Tobias [Barreto] e a 'Nova Instituição do direito em face da obra de Jhering*, pp. 156-168; Maria Guadalupe PIRAGIBE DA FONSECA, *A presençá de Jhering na Jurisprudência de Interesses e no Direito Alternativo*, pp. 169-181; Roberto AGUIAR, *Os novos desafio sociais*, pp. 188-201.

Otros precursores europeos –también de ascendencia jheringiana– son reivindicados por Andrade: «El Derecho Alternativo, desde el punto de vista de la crítica jurídica, asume con frecuencia posiciones antiformalistas, siguiendo el ejemplo (con el que sin embargo no se identifica) del *Movimiento del derecho libre* (Ehrlich y Kantorowicz), de la *jurisprudencia de intereses* (Heck) o del *realismo jurídico* (Holmes y tantos otros), para recordar a los juristas nacionales las grandes transformaciones que tuvieron lugar en la teoría del derecho a finales del siglo pasado y a comienzos del presente y que hoy han quedado tan olvidadas»⁵⁶.

También en la revista del movimiento brasileño es posible encontrar intentos de volver a estas raíces. Por ejemplo, un ensayo está dedicado al «buen juez Magnaud», uno de los símbolos del movimiento del derecho libre⁵⁷; y la sentencia de Magnaud en que se absuelve a una madre indigente por robar pan inaugura una serie de sentencias alternativas⁵⁸. No obstante, el interés del movimiento brasileño se concentra en la actividad práctica, más que en la reconstrucción de precedentes históricos, y por tanto dirige su atención a la literatura reciente que se ocupa de problemas más cercanos a los que los juristas brasileños afrontan en el día a día.

Por lo demás, el hecho de que estas referencias culturales tengan solamente una importancia relativa quedó demostrado en el momento del nacimiento y en el acta de «bautismo» del propio movimiento. Después de la caída del régimen militar, algunos jueces de Rio Grande do Sul, el Estado más importante del Brasil meridional, comenzaron a reunirse de manera informal para analizar la situación jurídica, considerada insatisfactoria. En 1990 la figura central de este grupo, el magistrado Amílton Bueno de Carvalho, accedió a una cátedra en la Escuela Superior de la Magistratura del Rio Grande do Sul, denominada, precisamente, cátedra de «Derecho alter-

⁵⁶ ANDRADE, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷ Salo de CARVALHO, *O fenômeno Magnaud*, «Revista de direito alternativo», 1994, n. 3, pp. 177-197. La primera parte del artículo tiene como punto de referencia la versión española, titulada *Las sentencias del Buen Juez Magnaud*, del libro de Paul MAGNAUD, *Les jugements du Président Magnaud*. Réunis et commentés par Henry LEYRET, Stock, Paris, 1900, XLVII-346 pp. La segunda parte del artículo analiza la relación entre el razonamiento jurídico de Magnaud y el Movimiento del derecho alternativo, con amplias alusiones a los autores italianos que hablan del uso alternativo del derecho. El punto de partida parece todavía ser una consideración sobre Magnaud contenida en el libro de MIAILLE ya citado en la nota 37 (cfr. p. 216 de la edición portuguesa). Cfr. también la voz de Norberto BOBBIO, *Magnaud Paul*, en *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1964, vol. X, pp. 49-50.

⁵⁸ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Direito alternativo na jurisprudência*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993. Esta sentencia ha sido tomada del volumen de MIAILLE, cfr. la nota anterior.



nativo». Este movimiento retomaba un legado que se remontaba a la época de la dictadura militar, cuando algunos jueces y abogados habían pagado con su encarcelamiento e incluso con la propia vida su oposición al derecho oficial; sin embargo, este legado tenía una relevancia puramente local. Además muchos jueces que acabaron siendo «alternativos» habían participado activamente en la fase constituyente, es decir en el debate político y jurídico que preparó la nueva constitución de 1988.

Dos movimientos precursores del derecho alternativo no pueden ser ignorados incluso en una presentación tan sumaria como es la presente. La primera es la «Nova Escola Jurídica Brasileira» (conocida como «NAIR»), fundada por Roberto Lyra Filho. Su teoría, sintetizada en un minúsculo panfleto⁵⁹, fue difundida por numerosos grupos denominados «Direito e avesso» (derecho y revés: aunque no he llegado a precisar a qué tipo de influencia hay que reconducir esta denominación⁶⁰), que hasta el año 1986 publicaron una revista que llevaba el mismo título⁶¹. Estos grupos se dispersaron después de esa fecha, año de la prematura muerte de su inspirador, y confluyeron en gran parte en el Movimiento del derecho alternativo.

El segundo movimiento que merece ser recordado es el ALMED, Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho, que se dedicó principalmente al estudio de la interpretación del derecho y a su didáctica. Fue fundada en Argentina en 1974 por Luis Alberto Warat, argentino que se instaló más tarde en el Brasil meridional. Allí radicó también la sede de la ALMED en 1982⁶² y fue publicada la revista «Contradogmáticas» que expresa posiciones críticas, aunque no siempre coincidentes con las del derecho alternativo. El propio Warat siguió este movimiento hasta el año 1985, pero luego fue distanciándose de él progresivamente.

El ALMED contribuyó a difundir el pensamiento de la «Critique du droit» y, en particular, «fue el trabajo de Miaille, entre los autores de

⁵⁹ Roberto LYRA FILHO, *O que é o direito*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1982, 93 pp.: este librito había alcanzado la 17.ª edición en 1995.

⁶⁰ La referencia intuitivamente más clara es al homónimo escrito de Albert CAMUS: pero el título es frecuente: sólo en Italia ha sido utilizado por Antonio GUARINO en 1973, por Tamar PITCH en 1987 y por Francesco GALGANO en 1991 en 1997.

⁶¹ No he podido consultar la revista; la información se encuentra en Horácio WENDERLEI RODRIGUES (org.), *Ensino jurídico e direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 143.

⁶² Ese traslado supuso una auténtica refundación de la organización, que en aquella ocasión adoptó incluso un Estatuto nuevo: cfr. Horácio Wenderlei Rodrigues, *op. cit.*, p. 145.

aquel movimiento, el que tuvo aquí [en Brasil] una mayor resonancia»⁶³. No obstante, en opinión de este mismo autor, fue el movimiento italiano del uso alternativo del derecho el que inspiró el movimiento brasileño del derecho alternativo: «El movimiento de los jueces alternativos de Rio Grande do Sul encuentra su inspiración principal en aquel movimiento europeo, formado también por magistrados. Con el objeto de estudiar, precisamente, el “uso alternativo del derecho”, la Escuela Superior de la Magistratura de Rio Grande creó una disciplina denominada “Derecho alternativo”, que impartiría Amílton Bueno de Carvalho»⁶⁴. Tal como se verá más adelante, el Movimiento del derecho alternativo brasileño tiende a diferenciarse claramente respecto del uso alternativo del derecho: aunque también es posible que se trate de dos etapas diferentes en la evolución del mismo. No en vano, según Horácio Wanderlei Rodrigues el movimiento brasileño comienza con los años ochenta, mientras que quienes pertenecen a él sitúan su inicio a partir de una polémica periodística de 1990.

En efecto, la prensa nacional brasileña comenzó a ocuparse de estos jueces anticonformistas solamente cuando en el año 1990 un importante periódico de São Paulo publicó un artículo en el que se atacaba a los jueces de Rio Grande porque «ponían el derecho por encima de la ley»⁶⁵. Otros periódicos de difusión nacional alimentaron la polémica y así de la cual comenzó a difundirse el término «derecho alternativo», que los periodistas habían tomado de la denominación de la cátedra del juez Carvalho. La polémica, nacida con el claro propósito de renovar las energías del movimiento —a pesar de que mantuvo su intensidad mayor en los Estados meridionales— se ramificó en todo el Brasil. Por eso, el año 1990 puede ser considerado como el año de nacimiento del movimiento brasileño del derecho alternativo, a pesar de algunas distinciones menores introducidas por algunos autores⁶⁶.

⁶³ Horácio WENDERLEI RODRIGUES (org.), *op. cit.*, p. 152, nota 4.

⁶⁴ Horácio WENDERLEI RODRIGUES, *op. cit.*, p. 152, nota 3.

⁶⁵ Luiz MAKLOUF, *Juízes gaúchos colocam direito acima da lei*, «Journal da tarde», 25 de octubre de 1990.

⁶⁶ ANDRADE, *op. cit.*, p. 106; pero es el propio Andrade quien recuerda en la p. 109 cómo ya en 1987 se empleaba la expresión «derecho alternativo». Horácio WENDERLEI RODRIGUES piensa en cambio que se remonta a los años ochenta, situando en 1990 el comienzo de su difusión nacional e internacional: cfr. su artículo *Direito con que direito?*, en *Lições de direito alternativo 2*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, pp. 178-207; y también *Ensino jurídico e direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, pp. 151 y ss., con algunas indicaciones sobre los precursores

A raíz de esta polémica se tomó la decisión de dar unidad a los jueces interesados en la perspectiva crítica sobre el estudio y la práctica del derecho. Se organizó entonces el «Primer encuentro internacional de derecho alternativo», que se celebró entre el 4 y el 7 de septiembre de 1991 en Florianópolis (capital del Estado de Santa Catarina, que hace frontera con Rio Grande do Sul y que se encuentra por tanto siempre en el área meridional del Brasil). Para valorar hasta qué punto era sentido el problema de la renovación de la jurisprudencia, será suficiente recordar que los organizadores del encuentro se vieron obligados a cerrar el número de inscripciones, por ausencia de espacio, cuando se llegó al número de 1.200 participantes. El segundo congreso internacional, en 1993, reunió a más de 850 participantes en una misma ciudad. Mientras tanto, en todo Brasil iban multiplicándose las iniciativas locales vinculadas al derecho alternativo.

A partir de ese momento el debate a favor y en contra del derecho alternativo se convirtió en una constante en la vida jurídica brasileña: de las 140 Facultades de Jurisprudencia en Brasil, entre 1991 y 1992 casi la mitad de ellas organizaron seminarios sobre el derecho alternativo⁶⁷. Hoy existen diversas cátedras de derecho alternativo, todas situadas en la parte meridional del país: las de la Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul, en Tubarão), de la Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, en Florianópolis), de la Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (Unijuí, en la ciudad de Ijuí), además de la ya mencionada de la Escuela Superior de la Magistratura del Estado de Rio Grande do Sul, en Porto Alegre.

Esta difusión ha implicado naturalmente también una diversificación de las posiciones y de las denominaciones. En Río de Janeiro el grupo que gira en torno a Miguel Pressburguer ha tomado el nombre de «Direito insurgente» (derecho naciente, pero con un matiz de rebelión: derecho que surge y que se rebela, casi tornando un oxímoro). En la Universidad de Brasilia (UnB), el «Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos» de José Geraldo de Souza Júnior teoriza un «*Dereito achado na rua*» (derecho recogido de la calle), prosiguiendo la línea de investigación inaugurada por Roberto Lyra Filho. Además, Óscar Correias prefiere referirse a la «teoría crítica del dere-

brasileños anteriores a 1990. En cualquier caso, las diferentes interpretaciones sobre la fecha inicial muestran diferencias únicamente marginales, y que seguramente pueden ser resueltas.

⁶⁷ Edmundo LIMA DE ARRUDA jr. (org.), *Lições de direito alternativo*. vol. 2, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, pp. 159-177.

cho», mientras que Antônio Carlos Wolkmer una la expresión «derecho comunitario»⁶⁸. En el presente trabajo, sin embargo, todos estos matices se resumen en el concepto general (*Sammelbegriff*) de «derecho alternativo». Todas estas corrientes derivan siempre de las concepciones antiformalistas del derecho alternativo, fundadas más en la acción concreta de cada magistrado o de cada abogado que en su elaborada construcción teórica.

c) Las ideas centrales del Movimiento del derecho alternativo

El derecho alternativo es un movimiento, no una teoría. Tiene como punto de referencia unos pocos principios que pueden sostener la acción del juez o del abogado en un caso concreto, pero que son todavía objeto de una reflexión teórica que permanece abierta. Tales principios pueden ser recogidos aquí tan sólo en sus líneas generales, pero ciertamente no pueden ser discutidos en profundidad, porque ello supondría adentrarse en los problemas capitales de la filosofía del derecho.

En síntesis, el derecho alternativo no acepta la neutralidad de la ley porque considera que toda norma jurídica es el resultado de precisas relaciones de fuerza en el seno de una sociedad determinada. Rechazando el formalismo exegético, se afirma que el juez no se encuentra vinculado a la ley y que toda sentencia es un acto ideológico. «La ley es solamente un punto de referencia —escribe uno de los principales representantes del movimiento brasileño—, el más importante, sin duda, pero tan sólo un punto de referencia»⁶⁹.

El juez debe por tanto orientarse según un valor de justicia: el movimiento sostiene que este valor es relativo y que debe ser determinado sobre la base de la situación socio-económica en la que se produce el caso sometido a juicio. En esto, el movimiento brasileño remite expresamente al iusnaturalismo, pero delimitándolo como iusnaturalismo *in itinere* («*jusnaturalismo de caminhada*»), esto es, dialéctico, en movimiento: en movimiento hacia un ideal de justicia social. En el plano jurídico se afirma la existencia no sólo de las tradicionales lagunas normativas, sino también

⁶⁸ Puede ser útil recordar a los lectores europeos que esta expresión puede dar pie a algunos malentendidos, porque «derecho comunitario» en las lenguas neolatinas europeas designa ya de forma unívoca el derecho de la Unión Europea.

⁶⁹ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Magistratura e direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, pp. 19.

de las llamadas «lagunas axiológicas»: «se produce una “laguna axiológica” cuando existe una norma jurídica aplicable al caso concreto, pero su aplicación a la situación específica conduce a una decisión injusta, es decir, a una decisión que está en desacuerdo con los valores sociales»⁷⁰. Ante una laguna axiológica el Movimiento del derecho alternativo afirma que es posible la interpretación *contra legem*.

El problema, a estas alturas, es el de evitar que la libertad del juez (desvinculado de la ley) se transforme en puro voluntarismo. El límite se encuentra en la referencia a los principios jurídicos o generales del derecho (obsérvese: no «del ordenamiento jurídico»). La mente del jurista europeo que estudia estas tesis se ve asaltada en este punto por todas las dudas y todas las polémicas que ya habían acompañado el Movimiento del derecho libre y, más tarde, la referencia (bajo diversas denominaciones) a los principios generales del derecho en la época nacionalsocialista y en la época inmediatamente posterior a ella. A pesar de que en este lugar no es posible ir más allá de una simple mención del recurso que el movimiento brasileño hace al vaso de Pandora de los principios generales, es preciso señalar que en esta referencia se encuentra uno de los elementos teóricos capitales del movimiento.

Las importantes consecuencias de esta afirmación permiten suscitar la siguiente duda: ¿no se tratará de un mero exceso verbal, uno de esos excesos que son tan frecuentes en la retórica forense latina? La respuesta tajantemente negativa surge de la comparación entre el derecho alternativo brasileño y el uso alternativo del derecho propuesto por algunos juristas italianos. Este último se propone actuar desde el interior del sistema jurídico vigente y prohíbe al juez –retomando aquí los términos de la polémica del Movimiento del derecho libre– la interpretación *praeter legem* y *contra legem*. Por el contrario, los brasileños aspiran a alcanzar una fractura más fuerte: pretenden salirse de los confines del derecho vigente y crear un derecho distinto: un derecho paralelo de origen popular. «Este derecho rival, paralelo, tomado de la calle, surgente e insurgen-

⁷⁰ Horácio WENDERLEI RODRIGUES, *Ensino jurídico e direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, pp. 161, nota 21. Otro autor, Marco Aurélio DUTRA AYDOS, propone los conceptos de «deslegitimación vertical» de una norma jurídica (cuando la norma se encuentra en conflicto con una norma jerárquicamente superior) y de «deslegitimación horizontal» (cuando una norma jurídica, en el contexto de un determinado sistema jurídico, conduce a resultados considerados injustos por el juez): la «deslegitimación horizontal» equivale, por tanto, a la identificación de una «laguna ideológica» y ambas pueden llevar a no aplicar la norma jurídica, es decir a la interpretación *contra legem*.

te –afirma Carvalho, sumando todos los nombres con los que en Brasil se indica el derecho alternativo– es construido por el pueblo en su marcha libertaria. Es la participación de la comunidad en la búsqueda de una solución para sus problemas, *también en conflicto con el derecho estatal*. Es el pueblo quien construye sus derechos. Se opera aquí, por tanto, en el plano constituyente»⁷¹.

El uso alternativo del derecho acaba quedando así superado, por ser demasiado moderado. El movimiento brasileño es bien consciente de su radicalismo, y lo justifica con la dramática situación social que se vive en Brasil. En un Estado moderno el pluralismo jurídico aparece en efecto, en el momento en que el derecho estatal pierde el control de una parte del territorio y de la sociedad. En ese vacío aparecen reglas de convivencia que, si así se desea, pueden ser definidas también como «derecho».

Estas áreas alejadas del control del Estado están prácticamente ausentes en Alemania, pero no son del todo desconocidas en Italia. Mientras una nueva ley prometía una represión más dura del contrabando, el Prefecto de Nápoles (es decir, el representante del Gobierno) recibía oficialmente una delegación de «contrabandistas organizados» con el objeto de pactar una «aplicación flexible de la ley». Y no podía ser de otra forma: en Nápoles una crisis del negocio del contrabando supondría que miles de personas podrían pasar hambre, y eso se convertiría en un problema de orden público. En Milán, en cambio, «durante los últimos nueve meses, la magistratura ha abierto al menos 42 sumarios por “trabajo en condiciones de esclavitud”»⁷²: el recurso a los anticuados artículos 600 y 601 del Código Penal es hoy el arma a través de la cual los jueces intentan poner freno al tráfico de mujeres y de niños que, a partir de 1985, ha alcanzado proporciones alarmantes⁷³.

⁷¹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 90; las cursivas son mías.

⁷² *Riduzione in schiavitù. Molti casi a Milano*. «Il Corriere della Sera», 21 de abril de 1999, p. 49: el dato me ha sido proporcionado por el antiguo Procurador Adjunto del Tribunal de Milán, Gerardo D'Ambrosio. En las colecciones jurisprudenciales van acumulándose ya diversas sentencias sobre tratamiento esclavista. Cfr. también A. RINALDI, *La riduzione in schiavitù*, en Osservatorio Comunale delle Immigrazioni di Bologna (ed.), *Immigrazione, mercato del lavoro e globalizzazione*, L'Harmattan Italia, Torino, 1998, 352 pp.

⁷³ *Il traffico di donne e di minori. Confronto Italia-Usa*, Congreso celebrado el 20 de abril de 1999 en el Palacio de Justicia de Milán, en el marco de una iniciativa internacional de represión, comenzada en 1997 y actualmente coordinada por el «U. A.-Italy Workin Group on Trafficking in Women and Children», patrocinado por el Presidente de los Estados Unidos y por el Presidente del Gobierno de Italia.

El vacío de poder Estatal es, en Brasil, mucho más extenso que en Italia. En este área no cubierta por el derecho del Estado puede encontrarse de todo, desde reglas sobre apuestas clandestinas, hasta las reglas sobre la ocupación de tierras.

El juego del «*bicho*» es una especie de lotería abusiva difundida en todo el Brasil y, naturalmente, prohibida por el Derecho Penal (Decreto-ley núm. 3688/41, art. 52). En junio de 1991 los periódicos del Estado de Espírito Santo recogían la noticia del litigio entre un apostante y el organizador de la apuesta. Un árbitro informal pero respetado en el ambiente del «*bicho*» resolvió inmediatamente la controversia en favor del apostante⁷⁴. Los juristas alternativos han analizado la controversia, llegando a la conclusión de que «el apostante del juego del “*bicho*” tenía un concepto de justicia perfectamente definido en su imaginario. En él existía la obligación del organizador de pagar el premio en un breve plazo de tiempo y en dinero, incluso aunque este derecho no contara con el apoyo de una norma estatal»⁷⁵.

Un profesor portugués ha estudiado, en cambio, el sistema de reglas que rigen la transferencia de la propiedad agraria mediante la ocupación de la *favela* de Pasárgada: «Su estructura se funda en la inversión de una norma fundamental (*Grundnorm*) de la propiedad, que invierte el estatus jurídico de la tierra de Pasárgada; la ocupación ilegal (según el derecho que proviene del asfalto) se transforma en posesión y en propiedad legal (según el derecho de Pasárgada)»⁷⁶. La ocupación de tierras es un acontecimiento frecuente en Brasil, pero no solamente entre los pobres. Uno de los casos que mayores discusiones ha suscitado en 1999, ha sido la ocupación de un área pública en la Amazonia por parte de un hombre de negocios brasileño que ha hecho las cosas a lo grande: según las noticias actuales, el área que

⁷⁴ Las figuras implicadas eran tres: el apostante, el lotero (o revendedor: intermediario en la venta de los billetes) y el promotor (quien posee la banca, «*banqueiro*»). «El banquero se negaba a pagar, sosteniendo que no había recibido la “póliza” que atestiguaba la apuesta. Ante estas alegaciones, los banqueros de la ciudad, reunidos, decidieron que el responsable era el lotero. Apareció entonces un nuevo problema: el lotero, que proclamaba su inocencia, era una persona con escasos recursos y no tenía medios suficientes para abonar ese premio. Se celebró una nueva reunión, esta vez con la participación de un banquero de Río de Janeiro, que sentenció en una decisión inapelable que el consorcio de los banqueros habría debido pagar la deuda para proteger la credibilidad de la centenaria institución del “*bicho*”. Y así se hizo»: Francisco VIEIRA LIMA NETO, *O contrato de «jogo de bicho» - um estudo de caso do pluralismo jurídico*, «Revista de direito alternativo», 1993, n. 2, p. 158.

⁷⁵ Francisco VIEIRA LIMA NETO, *op. cit.*, p. 160.

⁷⁶ Boaventura de SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 14

ha ocupado cubre siete millones de hectáreas, esto es, poco menos que la superficie de Bélgica y Holanda juntas⁷⁷.

En definitiva, la constatación más inesperada que se extrae de estos casos de «derecho alternativo» es que las normas de derecho no estatal nacen de la necesidad de establecer reglas claras y certezas mínimas entre los individuos que viven en una microsociedad. El derecho no-estatal acaba siempre por reflejar las exigencias eternas por las que nace todo derecho: el apostante clandestino pretende el pago que le es debido, el ocupante pretende la propiedad del suelo ocupado. El derecho a la contraprestación (*pacta sunt servanda!*) y el derecho de propiedad resultan por tanto reafirmados, y no negados, por medio del derecho alternativo. Pero el Estado no tiene capacidad para garantizarlos, al menos en determinadas áreas. «En una sociedad como la nuestra —concluye el jurista alternativo—, el ejemplo de Kelsen, quien considera que una norma impuesta por bandidos no es una norma jurídica, porque contradice la norma estatal, debe ser tomado con las mayores reservas»⁷⁸.

No obstante, aceptada esta noción de un derecho que nace de las exigencias y los usos populares, se corre el riesgo de llegar a aceptar un derecho alternativo antidemocrático, esto es, a un derecho alternativo «terrible, como el de los narcotraficantes o el que se practica en las cárceles»⁷⁹. Un derecho de origen no-estatal no tiene porqué ser democrático.

El problema de la democracia y el conflicto de valores es todavía más evidente si nos apartamos de los derechos de tipo europeo continental y pasamos, por ejemplo, a los casos de pluralismo jurídico en los que inter-

⁷⁷ *O maior latifundiário do mundo*, «Veja», 13 de enero de 1999, pp. 23-35: «Sus siete millones de hectáreas están divididos en dos áreas colindantes, pero la historia registral de la región demuestra que aquellas tierras no pertenecieron nunca a las personas que las vendieron a Cecílio [Do Rego Almeida]» (p. 28). Este último «tomó tierras del Estado del Pará [un área con una superficie equivalente casi a la de Suiza], una reserva indígena y también parte de un área militar» (p. 29). Citado también por Rocco COTRONEO, *Il mio giardino è l'Amazzonia*, «Corriere della Sera» (Suplemento «Corriere Economia»), 26 de abril de 1999, p. 8.

⁷⁸ Francisco VIEIRA LIMA Neto, *op. cit.*, p. 160.

⁷⁹ ANDRADE, p. 124. GALGANO recuerda que puede existir un uso alternativo «de derechos» de las normas societarias que tutelan los derechos del pequeño accionista: a través de ellas se protegen también las rentas parasitarias pre-capitalistas que todavía subsisten en las economías avanzadas: Francesco GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 1: *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Bari, 1973, pp. 137-147; cfr. también Ugo RUFFOLO, *Uso alternativo («da destra» e «da sinistra») del diritto privato: il marxismo come metodo della scienza giuridica*, en Pietro Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2: *Ortossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, pp. 169-178.

viene el derecho islámico. En el fondo, en los países latinos el derecho alternativo se resuelve en una diferente interpretación de los mismos textos legislativos, interpretación fundada sobre un diferente tratamiento del valor de la democracia (que es típicamente occidental). Pero los conflictos más graves se producen entre el derecho occidental introducido por los colonizadores y el derecho islámico restablecido tras la obtención de la independencia. En efecto, algunas normas de derecho islámico están en contradicción con valores occidentales como el de la certeza del derecho, la tutela de los derechos humanos, la igualdad entre ciudadanos (y están, por tanto, en conflicto con los tratados internacionales que los incluyen, y que han sido suscritos por los países islámicos). ¿Pero es posible rechazar el derecho islámico si, conforme al sentir general, tal derecho es percibido como más «justo» que el occidental?

Por otra parte, el conflicto entre ordenamientos no cambia si el derecho islámico cuenta con el apoyo del consenso popular (como sucede, por ejemplo, en Irán) o si ha sido introducido por motivos políticos (como, por ejemplo, en Pakistán): en ambos casos es preciso hacer convivir dos ordenamientos fundados sobre valores que son a menudo inconciliables. El derecho islámico (*shari'a*) tiene además el problema de ser un derecho indefinido y, por tanto, —en una época en que la corriente fundamentalista predomina sobre la reformista y sobre la tradicionalista— un derecho donde el ámbito de creatividad del juez se vuelve amplísimo.

En Pakistán, tras la creación de tribunales islámicos que desde 1978 se suman a los ya existentes, una reforma constitucional ha introducido en 1985 el derecho islámico como derecho del Estado. Al igual que en Europa y en Sudamérica los jueces pakistaníes pueden eludir el derecho positivo reivindicando, a través de la Constitución, un derecho «diferente». En sus sentencias ellos producen, sin duda, «derecho alternativo» (respecto del positivo); sin embargo, considerando la explícita referencia a la Constitución, se hace difícil definir como *praeter legem* su interpretación.

Un ejemplo típico de esta discrepancia entre valores, lo encontramos en la ordenanza pakistaní de 1979 sobre delitos de carácter sexual (*zina*)⁸⁰, ámbito en el que se produce el choque entre valores profundamente arraiga-

⁸⁰ *Offence of zina (enforcement of hudood) ordinance*, número VII, 1979: se propone «to bring in conformity with the Injunctions of Islam the law relating to the offence of zina», y más concretamente «to modify the existing law relating to zina so as to bring it in conformity with the Injunctions of Islam as set out in the Holy Quran and Sunnah».

dos. Un estudio sobre 156 sentencias referidas a dicha ordenanza llega a la conclusión de que, «sobre todo desde la introducción del artículo 2-A de la Constitución, los jueces de la Corte Federal Shariat han recurrido directamente a las fuentes del derecho islámico, llegando incluso a suspender normas de derecho estatutario y a aplicar la *shari'a* no codificada»⁸¹. Queda abierto el problema de establecer hasta qué punto la referencia al derecho islámico pueda ser un fin (es decir, el retorno a la pureza de los orígenes, contrapuesto a la corrupción occidental), o bien un medio (para imponer el *status quo* socio-cultural existente). Es, sin embargo, un hecho cierto que las anteriores normas jurídicas, elaboradas conforme a principios occidentales, han dejado de ser hoy aplicadas: los jueces sustituyen el derecho positivo por un derecho «alternativo» que en muchos aspectos resulta incompatible con los valores de la democracia occidental.

También uno de los fundadores del movimiento brasileño reconoce que algunos derechos no estatales «hacen realidad la barbarie y son más crueles que algunos derechos que provienen de Estados dictatoriales»⁸². En sentido estricto, el derecho alternativo es solamente «aquel que resume en sí las conquistas democráticas, que se orienta hacia una sociedad más igualitaria (y *por consiguiente más justa*), que tiene por objeto que sea la sociedad la que pueda crear derecho, intentando superar la opresión/dominación y teniendo como horizonte utópico una vida digna en la abundancia para todos»⁸³.

En conclusión, los instrumentos operativos del derecho alternativo presentan diversos niveles de conflictualidad y de ruptura respecto del dere-

⁸¹ Elisa GIUNCHI, *Radicalismo islamico e condizione femminile in Pakistan*, L'Harmattan Italia, Torino, 1999, p. 107. Este interesante volumen, derivado de una tesis de doctorado presentada en la Universidad de Cambridge, analiza diversas sentencias de tribunales islámicos pakistaníes. Otras están recogidas en el más amplio texto inglés de la misma tesis, del año 1994, titulada *The enforcement of the ordinance by the Federal Shariat Court in the period 1980-1990, and its impact on women*, que puede ser consultada en la University Library of Cambridge.

⁸² Amílton BUENO DE CARVALHO, *Direito alternativo na jurisprudência*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 15.

⁸³ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Direito alternativo na jurisprudência*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 15; las cursivas son mías, con ellas pretendo llamar la atención sobre cuál es el valor de justicia hacia el que se orienta el derecho alternativo: coincide con el del socialismo democrático, a veces reclamado explícitamente por este mismo autor, y, sin embargo, nunca definido. La fórmula «una vida digna en la abundancia para todos» equivale, en efecto, a la fórmula clásica del socialismo real: «a cada cual según sus necesidades». Utilizo la expresión «derecho alternativo en sentido *propio*» porque las expresiones «derecho alternativo en sentido estricto» y «en sentido lato» tienen en el movimiento brasileño un significado específico, como puede comprobarse en el fragmento recogido en el texto.

cho vigente. Sus teóricos distinguen, en primer lugar, las actuaciones sobre el derecho en vigor (plano del «*instituído*») y las actuaciones constitutivas de derecho (plano del «*instituínte*»). La suma de ambos planos formaría el derecho alternativo en sentido amplio; por el contrario, el plano constitutivo, tomado aisladamente, se identificaría con el derecho alternativo en sentido estricto. Es claro que el sector más discutible y más conflictivo se sitúa precisamente en el plano constituyente, es decir en el derecho alternativo en sentido estricto.

El hecho de que el Movimiento del derecho alternativo subraye sus características distintivas respecto del uso alternativo del derecho, vinculado a la situación europea, no permite concluir que ambos movimientos se encuentren en conflicto: en ellos hay tan solo diferentes niveles de radicalidad, reconducibles a las diferentes realidades sociales en las que se inscriben. En efecto, muchos derechos sociales reconocidos en las sociedades europeas no lo están todavía (o lo están, pero no son aplicados) en Brasil: de aquí la exigencia de una lucha más radical. Por eso, el Movimiento del derecho alternativo engloba el uso alternativo del derecho, y va más allá de él; contempla tres niveles de lucha: a) «la lucha en el plano de los derechos institucionalizados, pero ignorados»: aquí se trata de hacer aplicar el derecho vigente, y, con razón, es posible hablar de un «positivismo militante» («positivismo de combate»); b) «la lucha en plano de las relecturas hermenéuticas de preceptos jurídicos en los que sea posible hallar un fundamento alternativo: es el llamado “uso alternativo del derecho”, que podemos denominar nivel del derecho instituído y reinterpretado»; c) «la lucha en el plano de los derechos no institucionalizados, negados o reprimidos: es el llamado “derecho alternativo” [en sentido estricto]»⁸⁴. Los niveles *a* y *b* suponen una intervención, incluso bastante enérgica, sobre el derecho positivo; por el contrario, el nivel *c* es el de la superación del derecho positivo, y es obviamente el que suscita una mayor alarma entre los juristas, por razones tanto teóricas como políticas. Al igual que en el Movimiento del derecho libre, también en el Movimiento del derecho alternativo se subraya que en la actividad del juez el respeto del derecho vigente (legalidad «literal», o bien «reinterpretada»: niveles *a* y *b*) debe ser la regla, mientras que el recurso al derecho alternativo no debe ser más que la excepción, a la que recurrir sólo cuando el ordena-

⁸⁴ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Magistratura e direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, p. 4.

miento vigente no ofrece otra vía para evitar una injusticia patente. No obstante, y al igual que en el Movimiento del derecho libre, también en el Movimiento del derecho alternativo queda abierto el problema de cómo pasar de la regla a la excepción.

Puede ser interesante observar ahora algunos ejemplos de aplicación de estas teorías alternativas, teniendo en cuenta que es necesario limitarse a pocos casos particularmente significativos, porque todo estudio más detallado debería apoyarse sobre un análisis, que no puede ser desarrollado aquí, del derecho positivo brasileño y de la específica situación social en que opera.

6. «OPUS JUSTITIAE PAX»: ALGUNOS RESULTADOS DEL DERECHO ALTERNATIVO BRASILEÑO.

Incluso quienes consideran insuficiente la elaboración teórica del movimiento brasileño, no pueden negar que en él se han alcanzado algunos resultados concretos, contribuyendo a la consolidación de la democracia brasileña. Examinaremos, ante todo, algunos resultados alcanzados en el terreno de la legislación y, luego, algunas sentencias que pueden valer como aplicaciones ejemplares del derecho alternativo.

a) **La realidad y las leyes.**

Los juristas alternativos encuentran un fuerte punto de apoyo en las disposiciones preliminares al Código civil brasileño, en el que puede leerse: «En la aplicación de la ley, el juez tendrá en cuenta de los fines sociales que la norma se inspira y de las exigencias del bien común»⁸⁵. La extensa y minuciosa Constitución federal de 1998 permite además que los jueces precisen y orienten incluso políticamente estos principios generales. Con esto queda abierta la vía para la interpretación teleológica de las normas.

Por ejemplo, la Ley n. 8009 de 1990 amplió la categoría de los bienes inembargables, extendiéndola a la casa de propiedad de los cónyuges o de la familia, a los demás bienes inmóviles y al mobiliario doméstico, excluyendo los vehículos, los objetos suntuarios y las obras de arte. Según el juez Amílton Bueno de Carvalho esta ley debe ser interpretada de forma extensiva, esto

⁸⁵ Art. 5, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.



es, de forma restrictiva en función del estatus social de las partes⁸⁶. Esta avanzada defensa del deudor ha incorporado ya el concepto de «vida digna» elaborado por el derecho alternativo. Pero el juez debe ir más allá, sin limitarse al uso alternativo de esta ley: debe interpretarla sobre la base de su ética. En efecto, (pese a que en los procedimientos civiles se ven involucradas habitualmente las clases medias, pues los pobres no suelen tener acceso a la justicia), en general el acreedor es de la clase rica, mientras que el deudor suele ser de la más pobre. Como el derecho alternativo se propone la defensa del más pobre, el juez alternativo debe ampliar lo más posible la interpretación de la ley, extendiendo al máximo el número de los bienes inembargables. En el derecho laboral, en cambio, los roles se invierten: en general, es la parte más débil, el trabajador, quien suele ser el acreedor, mientras que el deudor es el empresario, que impugna los derechos del trabajador. En esta situación, para favorecer al trabajador el juez alternativo debería restringir al máximo la interpretación de la norma que fija los bienes inembargables.

«Ambas posiciones –concluye Carvalho– aunque se presenten como incoherentes en el plano formal, representan en realidad la máxima expresión de la coherencia: no de la coherencia formal, sino de la función, es decir, del compromiso con una determinada clase social. Es simplemente una coherencia de tipo diferente y más fuerte (pues no en vano emerge desde el subconsciente), que no proviene de la ley, entendida como instrumento formal, sino de una posición utópico-ideológica: ¿qué tipo de sociedad quiere realizar el intérprete?»⁸⁷.

En 1988 un proyecto de ley preveía una forma equitativa de reconocimiento de la propiedad derivada de la ocupación de tierras. Las dimensiones de este fenómeno son impresionantes, porque la realidad brasileña muestra desigualdades igualmente impresionantes. Según los datos oficiales de 1992, el 0,9 por 100 de los propietarios de fincas controla el 35 por 100 del suelo. Casi el 47 por 100 de las fincas rurales brasileñas son consideradas improductivas. Estas fincas, en virtud de la reforma agraria, deberían ser expropiadas y repartidas entre los casi cinco millones de familias sin tierras. No obstante, la reforma agraria encontró siempre tremendas dificultades y fue aplicada con gran lentitud. Las clases pobres reacciona-

⁸⁶ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Alei 8009/90 e o Direito Alternativo*, en Edmundo Lima de Arruda jr. (org.), *Lições de direito alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1992, p. vol. 1, pp. 53-70 (segunda edición).

⁸⁷ Amílton BUENO DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 69 ss.

ron ante esta situación constituyendo en el año 1956 las «Ligas campesinas», las «*Ligas camponesas*» prohibidas por el gobierno militar en 1964. A partir de los años ochenta aparición el Movimiento de los sintierra («*Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra*», MST). Como revulsivo contra la lentitud de la reforma agraria, este movimiento —en colaboración también con la Comisión Pastoral de la Tierra— ha ido promoviendo un número creciente de ocupaciones de fincas, que a menudo han desembocado en conflictos no sólo de carácter judicial⁸⁸. Junto con estas ocupaciones de grandes dimensiones, recogidas por los medios de información y objeto de debate político, el mundo rural brasileño está plagado de ocupaciones menores o individuales: uno de estos casos es objeto de una sentencia a la que se hace referencia más abajo.

Un proyecto de ley de 1998 preveía la expropiación judicial de aquella finca en la que un cierto número de personas hubieran ocupado un terreno y realizado en él obras que el juez considerara de interés social. El juez habría debido establecer al mismo tiempo una indemnización para el propietario, cuyo pago habría servido como título para la inscripción de la propiedad de la finca a nombre de sus nuevos titulares. En espera de una solución legislativa de este tenor, algunos tribunales han buscado en la Constitución federal de 1988 los instrumentos para la tutela de los más débiles, es decir, los ocupantes.

b) La realidad y el «buen juez».

Una primera aproximación a las sentencias alternativas brasileñas puede lograrse a través de una recopilación de casos⁸⁹, elaborada entre

⁸⁸ Las ocupaciones organizadas por el MST ascendieron a 77 en 1991, 146 en 1995 y 463 en 1997. En ellas participaron, respectivamente, 14.720, 30.476 y 58.266. Por poner un término de comparación, téngase en cuenta que el Gobierno de Fernando Collor (entre 1990 y 1992) asignó tierras a 494 familias, mientras que el Gobierno siguiente, de Itamar Franco (entre 1993 y 1994) asignó tierras a 264.625. Las ocupaciones generaron conflictos. En 1995 fueron 441, afectando a más de 63.000 familias y provocando 41 muertes de trabajadores rurales; en 1997, los 463 conflictos afectaron a 58.266 y causaron 30 homicidios y 37 tentativas de homicidio. Estos datos provienen del Inkra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agraria) y de la Comissão Pastoral da Terra: cfr. *Almanaque Abril 97*, Editora Abril, São Paulo, [1997], pp. 197 ss.

⁸⁹ Amílton BUENO DE CARVALHO, *Direito alternativo na jurisprudência*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993, 216 pp. El volumen recoge ejemplos de jurisprudencia alternativa de primera y segunda instancia penal (pp. 23-98) y civil (pp. 99-201). Las sentencias alternativas provienen también de jueces no alternativos, que por razones de equidad deciden de forma alternativa determinados casos concretos.

grandes dudas por el temor a que una codificación de este tipo acabara produciendo el fenómeno de un positivismo jurídico alternativo, es decir, la referencia mecánica a aquello que ya fue decidido en otra ocasión. Ante la imposibilidad de describir los casos aislados, nos limitaremos a citar las argumentaciones de algunas sentencias penales alternativas. Por razones de espacio no podemos aquí recoger por extenso los textos de las sentencias, que presentan un interés notable también desde el punto de vista doctrinal porque justifican el posicionamiento de los jueces apelando explícitamente a textos del derecho alternativo de autores no sólo brasileños, sino también europeos; reaparecen así casi todos los autores que hemos encontrado en páginas anteriores: Carvalho y Barcellona, Lyra y Miaille, y otros más, tal como se verá en adelante.

En Derecho penal, el Movimiento del derecho alternativo no se plantea la cuestión propia de la criminología de quién debe ser considerado deviante, y porqué. Se indaga, por el contrario, el motivo por el que determinados sujetos son considerados deviantes. Interpretando las normas vigentes desde este punto de vista, el juez alternativo propone «nuevos delitos (por ejemplo, contra el patrimonio público), un aumento de la pena para determinados delitos (como la corrupción), la disminución de la pena para otros (como el robo), su despenalización (como el vagabundeo, *vadiagem*)»⁹⁰. Una vez más es preciso recordar que los problemas del Brasil tienen la misma naturaleza que los problemas europeos, pero sus dimensiones son incomparablemente superiores.

En una sociedad con una pobreza extrema tan difundida como la brasileña, el robo por hambre es un delito frecuente. Una vía de escape para situaciones percibidas socialmente como injustas consiste en señalar la pequeña entidad del valor de la cosa robada, como en un caso de 1991: «Tentativa de sustraer una lata de leche condensada y una bombilla de un supermercado». El juez no había admitido la denuncia y entonces el fiscal había recurrido, con el argumento de que «estas decisiones fomentaban la criminalidad». La interpretación más clemente fue acogida finalmente en la sentencia, en la que se lee: «El hecho –penalmente irrelevante por el insignificante valor de la *res furtiva*, no es lesivo del interés protegido, unido a la ausencia de peligrosidad social de la conducta incriminada– no justifica el reconocimiento del delito y la imposición de la pena. Total ausencia de idoneidad del medio

⁹⁰ CARVALHO, *op. cit.*, p. 25.

empleado: el *iter criminis* se ha desarrollado bajo la atenta mirada del vigilante de la empresa, que ha intervenido solamente en el momento en que había llegado a configurarse ya el ilícito que se estaba intentando realizar. Denuncia rechazada. Recurso denegado»⁹¹.

Otra sentencia del año 1991 extiende por analogía el estado de necesidad, reconocido en el caso del robo cometido por una persona hambrienta, al supuesto del robo de un instrumento de trabajo, con cuyo uso el imputado puede llegar a saciar su hambre. El argumento tiene el siguiente tenor: «Al leñador con una prole numerosa y al trabajador sin antecedentes penales —que sustrae una motosierra de un establecimiento para poder desarrollar su trabajo y mantener a su familia— le puede ser reconocido de forma excepcional el haber obrado en estado de necesidad, como si fuese víctima del hambre. Queda absuelto»⁹².

En otro caso de robo de una cantidad no desdeñable se disminuye la pena correspondiente, comparando esta última con la pena menor prevista para un delito socialmente más reprochable: «Los imputados, de mutuo acuerdo, se introducen en un establecimiento y sustraen la máquina registradora y otros objetos. Se propone la aplicación del artículo 155.4 del C.P.⁹³. Son condenados a una pena distinta a la que se solicitaba. Comparando el delito de robo agravado (art. 155.4 C.P.) con el de lesión corporal grave (art. 199.1 C.P.)⁹⁴ se percibe una desproporción, pues la lesión corporal grave es un delito más odioso que el de robo agravado: y, sin embargo, el robo agravado es castigado con una pena superior a la prevista para la lesión corporal grave. Por el principio de proporcionalidad de las penas, al delito de robo agravado se le aplica la pena prevista para la lesión corporal grave. La pena mínima está fijada en un año y dos meses de reclusión»⁹⁵.

⁹¹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 57. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, Porto Alegre, 14 de agosto de 1991.

⁹² CARVALHO, *op. cit.*, p. 57. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, Porto Alegre, 7 de noviembre de 1991.

⁹³ Art. 155 C. P. brasileño: «Robo. [...] 4. Robo agravado. Se impondrá la pena de reclusión de 2 a 8 años y multa, si el crimen fue cometido: I) destruyendo o quebrantando aquello que impide la sustracción del bien; II) con abuso de confianza o recurriendo al engaño, o bien introduciéndose de forma anómala o con destreza; III) utilizando llaves falsas; IV) con el concurso de dos o más personas».

⁹⁴ Art. 129 C. P. brasileño: «Lesiones corporales. [...] 1) Lesión corporal grave. Si de ella deriva: I) incapacidad para desarrollar una actividad normal durante más de 30; II) peligro de vida; III) incapacidad permanente de un miembro, sentido o función; IV) adelanto del parto. Pena: reclusión de 1 a 5 años». Carvalho (*op. cit.*, p. 66) por un error de imprenta hace referencia al art. 199 C. P., y no al 129.

⁹⁵ CARVALHO, *op. cit.*, p. 66; Juízo de Direito da Vomarca de Santiago (Rio Grande do Sul), 27 de junio de 1992.

Entre las sentencias alternativas de derecho civil es posible recoger un caso que se refiere a un fenómeno que es típico en Brasil: la ocupación de tierras, sobre el que ya hemos ofrecido algunos datos. A diferencia de los ejemplos anteriores, recogeremos aquí algunos fragmentos de la sentencia, porque el mero argumento resultaría oscuro para el lector que no conozca ni los detalles del hecho, ni la legislación brasileña.

El hecho es el que se repite cientos de veces cada año en Brasil: «Marques, Mallmann y Cia. Ltda., persona jurídica de derecho privado con sede en esta ciudad [Porto Alegre], interpone la presente acción de reintegración en la posesión contra Irena Mello da Silva, de nacionalidad brasileña, soltera, ama de casa; José Claudemir Andrade, de nacionalidad brasileña, casado, obrero, y otros, todos ellos residentes en esta ciudad, sosteniendo que los mismos penetraron clandestinamente en las tierras de propiedad del demandante, sustrayéndole la posesión e instalando sus habitaciones sin autorización, a partir del 31 de marzo del presente año [1998]»⁹⁶. Fueron convocados los demás ocupantes, pero no todos se presentaron. Los que comparecieron «solicitaron la devolución de la instancia, puesto que no estaba probado que el área ocupada perteneciera a la parte demandante o, en su defecto, que no estaba probado que hubiera sido precisamente su inmueble el que fue objeto de la apropiación». No estaba tampoco probado que los presentes fueran efectivamente los ocupantes de la finca de la parte demandante. En primera instancia, el juez aceptó la demanda y a todos los ocupantes, ciertos o inciertos, les fue comunicada la expulsión de ese terreno.

Los ocupantes interpusieron un recurso con los siguientes argumentos: «1) Las declaraciones de los testigos no prueban que el área ocupada sea de propiedad de la parte demandante; 2) Solamente pudo ser confirmado que el área de la demandante había sido ocupada por personas distintas a los demandados; 3) Estos últimos ocuparon tan solo áreas adyacentes a las de propiedad de la parte demandante. Por tanto se solicita la revisión de la sentencia». En la tramitación del recurso resultó que no había quedado probado si la ocupación tenía por objeto las tierras de la sociedad demandante, ni si los ocupantes coincidían efectivamente con los presentes.

Los magistrados que resolvieron el recurso discreparon sobre el problema de extender los efectos de la primera sentencia (es decir, la expulsión

⁹⁶ CARVALHO, *op. cit.*, p. 146: Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Porto Alegre, 14 de diciembre de 1988. También las citas siguientes hacen referencia a este caso, recogido en ese mismo volumen en las pp. 145-152.

de la finca ocupada) también a aquellas personas que no habían intervenido en el proceso de primer grado. La mayoría optó por la aplicación *erga omnes* de la sentencia, porque –aun compartiendo desde el punto de vista humano las exigencias de los ocupantes– «el Poder judicial, según el derecho positivo brasileño, no dispone de los medios para resolver el conflicto social que deriva de la carencia de viviendas sociales».

En cambio, el magistrado ponente era contrario a la expulsión de todos, por razones de equidad que ilustró mencionando, sobre todo, un precedente: «Ésta no es una acción posesoria igual a las demás. Aquí hay una colectividad que es presentada como culpable. Se pretende reintegrar la posesión de pocas personas y sustraérsela a una comunidad, a un núcleo de población. Esta peculiaridad debe ser puesta inmediatamente en evidencia, porque en la ley no es posible encontrar solución explícita para una hipótesis como la presente»⁹⁷. La circunstancia de que el derecho no «incluya solamente normas, sino también hechos y valores» se ve reforzado con referencias doctrinales a Miguel Reale (decano de los filósofos del derecho brasileños y seguramente poco cercano al derecho alternativo) y a la filosofía del derecho de Helmut Coing; más adelante se mencionan, entre otros, tres filósofos del derecho: el argentino Carlos Cossio, el español y mejicano Luís Recaséns Siches y el alemán Theodor Viehweg, con una referencia explícita a su obra *Tópica y jurisprudencia*.

El magistrado que redactó la *dissenting opinion* se libera de la exégesis de las normas, acogida por la mayoría del Tribunal, y pasa al examen de los valores: «Ahora bien, colocando sobre la balanza de la justicia, por un lado, el interés de tres núcleos familiares (para los que el área disputada representa mucho, pero no es fundamental) y, por otro, el de más de noventa familias, para las que ese mismo terreno es condición para una vida digna, no parece difícil establecer el lado por el que se inclina la balanza. El Poder judicial es un poder que no puede limitarse a permanecer en una posición subalterna de obediencia frente a los mandatos de los demás Poderes. Debe colaborar con el Legislativo y con el Ejecutivo a la solución de los problemas sociales, especialmente cuando se presentan hipótesis que no se prestan a ser reguladas por normas abstractas, sino que exigen soluciones concretas, caso por caso. El poder judicial no puede ser injusto, esperando la llegada de una ley, especialmente cuando el legislador permanece

⁹⁷ Primeiro Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Estado, Porto Alegre, citado en el texto de la sentencia que aquí estamos examinando: CARVALHO, *op. cit.*, p. 149.

inactivo por el temor de las consecuencias que pueden derivar de la elaboración de una norma general. El Judicial puede afrontar este peligro, puesto que sus decisiones no son leyes, sino que tienen validez solamente en el caso en cuestión. *Opus justitae pax*. Debemos preguntarnos entonces cuál será la solución más compatible con la paz social. Y la balanza, una vez más, se inclina del lado de los “ocupantes”, especialmente si se tiene en cuenta la crisis económica por la que estamos pasando, con grandes masas de trabajadores en paro, sin casa y sin alimentos».

Para decidir este caso, afirma el juez disidente, es preciso apelar a la Constitución federal brasileña de 1988, en la que se encuentran «normas espléndidas que no dejan lugar a dudas (más allá del principio de la función social de la propiedad) sobre la forma en que debe decidir el juez cuando se encuentre ante una situación de este tipo. Por ejemplo: 1) El Brasil se funda, entre otras cosas, sobre la dignidad de la persona humana (art. 1.III Const. Fed.); 2) Objetivos fundamentales de la Constitución federal brasileña son: construir una sociedad libre, justa y solidaria; acabar con la pobreza y la marginación; reducir las diferencias sociales; promover el bien de todos, sin discriminación alguna (art. 3.I, III, IV Const. Fed.); 3) El terreno urbano inutilizado se encuentra sometido a penalización (art. 184.4 Const. Fed.)⁹⁸; 4) La propiedad agrícola debe ser productiva para que no pueda ser objeto de la reforma. De lo que no cabe duda es que millones y millones de personas que sufren hambre y que no tienen techo (o que habitan en viviendas que son un atentado a los mínimos de la dignidad humana) no pueden convivir con extensas áreas de tierra inutilizada, cuyos propietarios no están esperando más que su revalorización. Por estas razones, el Ponente [disidente] no ve de qué forma es posible que prevalezca una visión tecnicista y formalista del derecho sobre la función social de la propiedad».

La discrepancia de opiniones llevó a una solución de compromiso, en la que quedaban excluidos todos aquellos ocupantes que no hubieran participado en la interposición del recurso: algunos, por tanto, disfrutaron de las argumentaciones alternativas del magistrado disidente. «Por las razones

⁹⁸ En la Constitución federal brasileña, Capítulo II, *De la política urbana*, artículo 182.4, se lee: «El poder público municipal tiene la facultad, mediante una ley municipal específica incluida en el plan regulador y de conformidad con las leyes federales, de exigir que el propietario de una finca urbana no edificada, infrautilizada o no utilizada, promueva su explotación adecuada, so pena, sucesivamente, de I) fraccionamiento o edificación coercitiva; II) tasación progresiva sobre la propiedad inmobiliaria urbana; III) expropiación forzosa compensada con el pago en títulos de deuda pública previamente autorizada por el Senado Federal [...]».

expuestas –concluye la sentencia– el Tribunal acoge el recurso, reformando la sentencia de primer grado en la parte en que establecía la salida forzosa de la finca de quienes habían interpuesto el recurso. La parte demandante habría de reembolsar las costas procesales y los honorarios de los letrados». No hay que infravalorar esta victoria parcial del derecho alternativo: constituye un precedente al que los jueces podrán en el futuro recurrir, de la misma forma que el juez disidente recurría a una sentencia alternativa anterior. De caso en caso es posible llegar a reforzar la exigencia de proporcionar un ley que resuelva los problemas de quienes no disponen ni de tierra ni de casa. El proyecto de ley examinado en la parte final del apartado anterior es un paso en esta dirección.

Pero esta promoción política de necesidades sociales, habrá quien pueda pensar, no es tarea del juez. No obstante, la aceptación o el rechazo de esta objeción depende de la conciencia de cada uno de nosotros. Los jueces alternativos podrán tener razón o podrán estar equivocados, pero en mi opinión están desempeñando una función fundamental: promueven la duda precisamente en el seno de las profesiones jurídicas, que se muestran siempre tan seguras de sí mismas. Es saludable, creo, que de vez en cuando una sentencia alternativa pueda poner al juez o al abogado ante la «*affreuse alternative*» en la que quedaba Gide en su conversación con Valery: «*Ou bien trouver absurde ce qu'il dit, ou bien trouver absurde ce que je fais*».

