Pluralismo Jurídico

Nº 4 número extraordinario TOMO I

umbral

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Nº 4, jun.-dic. 2014 / ISSN: 1390-6615

umbral

Revista de Derecho Constitucional

ISSN: 1390-6615

N° 4, Tomo I, jun.-dic. 2014

Quito – Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador

Umbral: revista de derecho constitucional / Corte Constitucional del Ecuador; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional; Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. no. 4, t. I. Quito: CEDEC., 2014.

ISSN: 1390-6615

1. Derecho constitucional. 2. Pluralismo Jurídico. I. Moreano, María José, dir. II. Título.

CDD: 342 CDU: 342 LC: K3154.C46 2012

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador
Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

María José Moreano Rodríguez
Directora Ejecutiva del CEDEC (e)

Antonio de Cabo de la Vega
Presidente Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS)
Director de Ágora, Revista de Ciencias Sociales

Yolanda González
Edwin Madrid
Coordinación General

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Telf.: (593-2) 394 1800
www.corteconstitucional.gob.ec

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)
Av. 12 de Octubre N23-99 entre Wilson y Veintimilla, piso 4
Telf.: (593-2) 394 1800 ext. 2101 - 2104
publicaciones@cce.gob.ec

Diseño, Diagramación e Impresión
La Oficina. Av. 10 de Agosto N53-42
Telf.: (02) 2412 004

Diego Núñez - Eduardo León
Corrección de Estilo

Galo Ricaurte
Concepto de Portadas

Kaithzer Morejón
Ilustraciones

Quito – Ecuador

©umbral Nº 4 t. I, jun.-dic. 2014

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Umbral, Revista de Derecho Constitucional, es una publicación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), creada con el propósito de difundir y generar debate y reflexión sobre teoría jurídica, derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional. Está dirigida a los actores jurídicos, abogados, investigadores, estudiantes y toda persona interesada en temas que contribuyan a la formación de una nueva cultura jurídica constitucional ecuatoriana.

Este número extraordinario de la Revista Umbral N° 4 Pluralismo Jurídico (Tomo I y II) es producto de la cooperación interinstitucional con la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Es así que Ágora, Revista de Ciencias Sociales, suma sus esfuerzos a la Revista Umbral para profundizar la comprensión del Pluralismo Jurídico.

Envío de artículos, información, solicitud de canje, así como suscripciones, pedidos y distribución: publicaciones@cce.gob.ec

DIRECTORA DE UMBRAL
María José Moreano Rodríguez

COMITÉ NACIONAL

Marco Navas Alvear
Universidad Andina Simón Bolívar

Gina Chávez Vallejo
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Xavier Garaicoa
Universidad de Guayaquil

Alfredo Ruiz Guzmán
Universidad de Guayaquil

COMITÉ INTERNACIONAL

Antonio de Cabo de la Vega
Universidad Complutense de Madrid

Oscar Correas
Universidad Nacional Autónoma de México

Francisco Zúñiga Urbina
Universidad de Chile

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Gerardo Pisarello
Universidad de Barcelona

Índice

umbral

Revista de Derecho Constitucional
Corte Constitucional del Ecuador
Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)
N° 4, Tomo I jun.-dic. 2014

umbral
Revista de Derecho Constitucional

N° 4, Número Extraordinario
Pluralismo Jurídico

TOMO I

Índice

Presentación 7
Patricio Pazmiño Freire – Antonio de Cabo de la Vega

Editorial 11
María José Moreano Rodríguez- Fabián Soto Cordero
Antonio de Cabo de la Vega- Yacotzin Bravo Espinosa y E. Liliana López López

Debate & Reflexión

El pluralismo jurídico: algunos debates teóricos

El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho 31
E. Liliana López López

Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del Derecho..... 67
Alejandro Medici

Pluralismo jurídico: nuevos constructos para microsociedades 87
Luisa Fernanda García Lozano

Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico 105
David Sánchez Rubio

Los pluralismos jurídicos en el marco del capitalismo globalizado transnacional: hegemónicos, alternativos y emancipatorios

La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional..... 131
Aleida Hernández Cervantes

Legal pluralism: conflicting legal commitments without a neutral arbiter 161
André J. Hoekema

Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos 197
Antonio Carlos Wolkmer

Estado colapsado y paralegalidad. El Derecho que nace del pueblo como pluralismo jurídico: modernidad y tradición entreverada 213
Oscar Arnulfo de la Torre de Lara

Entre el Derecho y el No-Derecho: el otro pluralismo jurídico 247
Carlos Rivera Lugo

Colaboradores/as 271

Presentación

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

Antonio de Cabo de la Vega

Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS) - Director Ágora

La ambiciosa apuesta por el pluralismo jurídico

Patricio Pazmiño Freire
Antonio de Cabo de la Vega

El número 4 de la Revista Umbral *(tomos I y II)*, es producto de una importante serie de esfuerzos realizados por esta Corte Constitucional para impulsar la difusión del conocimiento constitucional en el país.

Se trata de un número extraordinario, porque supone una publicación conjunta con Ágora, Revista de Ciencias Sociales, como resultado del convenio de cooperación interinstitucional firmado el 28 de marzo de 2014, entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales de España; y, también porque en sus dos tomos, se aborda un tema monográfico de la máxima importancia: el pluralismo jurídico, en donde se recogen, pues, algunas de las contribuciones más destacadas al estudio de este complejo problema jurídico y, en su conjunto, se ofrece una panorámica completa de la evolución doctrinal en este tema.

De esta forma, ambas instituciones, aúnan sus voluntades para presentar un conjunto de investigaciones de máxima calidad y relevancia para el momento actual, articulando los progresos y avances teóricos de ambos lados del océano.

La Constitución de Montecristi ha configurado al país como un Estado pluricultural, plurinacional y multiétnico que se construye, justamente, sobre la riqueza incomparable que esta diversidad nos ofrece destacando la pluralidad jurídica que se deriva del reconocimiento de la justicia indígena, desde su propio conjunto de normas y tradiciones en las que se asienta.

Para la realización de este número extraordinario, la Corte Constitucional también ha contado con el valioso aporte de los becarios del programa Prometeo que han trabajado a lo largo de este año 2014 en diferentes proyectos de investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, contribuyendo a la consecución de uno de los objetivos de este programa del Estado ecuatoriano: compartir e intercambiar conocimientos; además, se contó con la participación del Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar, que conjuntamente con el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, han realizado la coordinación de esta publicación.

Como complemento e ilustración a los trabajos aquí editados, se incluye, por un lado, un estudio sobre la interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, elaborado por la Secretaría Técnica Jurisdiccional, acompañado por la sentencia 008-09-SAN-CC, y por otro lado, los resúmenes y comentarios de los argumentos desarrollados y voto salvado en las sentencias: 113-14-SEP-CC, 004-14-SCN-CC y 006-SCN-CC, realizados por los correspondientes jueces ponentes, decisiones que se anexan al final de esta entrega.

La razón de publicar aquí este trabajo y estas resoluciones, buscando con ello su máxima difusión, es facilitar su conocimiento dentro y fuera del país y, más concretamente, fomentar en el foro académico su estudio y análisis minucioso.

Debemos destacar que se trata de las primeras decisiones jurisdiccionales que abordan a profundidad al tema de la justicia indígena y, como tal, suponen los primeros pasos en la configuración constitucional de las relaciones entre las diferentes jurisdicciones existentes en el país. No debemos ignorar la notable complejidad que los asuntos resueltos entrañan y que, como en tantas otras decisiones que adopta la Corte Constitucional, exigen un estudio meticuloso de los hechos, de las condiciones materiales en las que aquellos se producen y de los preceptos constitucionales que los regulan.

Por tanto, no tiene que sorprender que existan, en relación con estos y otros temas, considerables discrepancias, no sólo en la propia Corte Constitucional, como se refleja en el voto salvado, y en el foro jurídico, sino, sobre todo, en la propia sociedad.

Estos son los efectos de la ambiciosa e innovadora apuesta de la Constitución de Montecristi de crear un Estado intercultural, plurinacional y multiétnico, con su correspondiente expresión de pluralismo jurídico, tanto sustantivo, como jurisdiccional. Es respondiendo a estos desafíos, y no eludiéndolos, y mediante la razonada participación de los diferentes actores sociales y jurídicos que iremos construyendo el Estado de derechos y justicia, del buen vivir y la sociedad del sumak kawsay que nos obliga la Constitución.

Editorial

María José Moreano Rodríguez y
Fabián Soto Cordero

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador

Antonio de Cabo de la Vega

Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS) - Director Ágora

Yacotzin Bravo Espinosa y
E. Liliana López López

Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar

Editorial

María José Moreano Rodríguez[1]
Fabián Soto Cordero[2]
Antonio de Cabo de Vega[3]
Yacotzin Bravo Espinosa y E. Liliana López[4]

La presente entrega de la Revista Umbral surge como resultado de la cooperación interinstitucional entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS), mediante la cual ambas instituciones se han comprometido a fomentar y promover el debate jurídico e impulsar publicaciones conjuntas. Es así que *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, suma sus esfuerzos junto a la *Revista Umbral* para dedicar este número extraordinario a profundizar la comprensión del pluralismo jurídico, un tema cuya discusión empezó ya hace algunas décadas, pero que posee hoy renovada relevancia. En sus inicios, el discurso del pluralismo jurídico resultaba para muchos un exotismo o un desvarío teórico cuya debilidad de cimientos debía ser exhibida.[5] Desde entonces, el pluralismo jurídico (en adelante PJ) ha ganado terreno. Aunque aún está lejos de convertirse en sentido común, sus planteamientos y la discusión que ha propiciado, han logrado hacer mella en la perspectiva dominante del Derecho. Muchos de los postulados de ésta fueron asumidos, al parecer sin crítica de por medio, por parte de la Teoría Jurídica y la Sociología del Derecho, con lo cual ambas contribuyeron activamente a consolidarla y reproducirla.

De modo que, una de las principales contribuciones de la discusión iuspluralista, es haber logrado poner en cuestión la imagen monolítica del Derecho que dicho paradigma ostentaba, al tiempo que desplazaba la atención hacia las aristas olvidadas y suprimidas por éste. Si bien otras posiciones también levantaron críticas respecto de la supuesta unidad, coherencia y neutralidad jurídicas, el pluralismo jurídico tuvo el distintivo de subordinar estos cuestionamientos en uno más general que desafiaba la afirmación principal

1 Directora Ejecutiva (e) del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.
2 Coordinador (e) del Área de Investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.
3 Director de Ágora y Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales de España
4 Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar. Es un espacio integrado por mujeres y hombres que desde la investigación, la enseñanza y la praxis jurídico política construye colectivamente perspectivas críticas del derecho, con y desde los pueblos.
5 Tamanaha, Brian, "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico" en Daniel Bonilla y otros, *Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993).

del sentido común sobre el Derecho en la modernidad: el Derecho es sólo Derecho estatal.[6] Fuera de la discusión pluralista este cuestionamiento ha tenido y sigue teniendo reacciones que menosprecian el análisis que el PJ plantea; dentro de ella, el debate tiene muchos retos respecto de los cuales el *hilado fino*, argumentalmente hablando, sigue construyéndose.

¿Por qué entonces es importante hoy este esfuerzo conjunto dedicado al pluralismo jurídico? Las motivaciones son diversas, pero podríamos destacar dos. En primer lugar, porque considerando que éste ha demostrado ser una herramienta analítica potente para comprender la configuración jurídica contemporánea, resulta oportuno expandir, profundizar y complejizar sus proposiciones teóricas. La discusión iuspluralista inicial contribuyó a visibilizar y a categorizar fenómenos dentro del Derecho que otras posiciones teóricas no permitían analizar. Pero una vez cumplida esta tarea, la necesidad teórica apunta hacia la profundización y el refinamiento teórico, y hacia la retroalimentación que los estudios empíricos de los derechos no estatales, puedan aportar a la teoría.

En segundo lugar, implica efectuar una observación al fenómeno desde su dimensión práctica, en la que es preciso comprender el papel que desempeña el Derecho en la transformación social. Esta motivación se conecta directamente con y presupone en cierta medida, la anterior, pues sólo el entendimiento de las piezas de la configuración jurídica actual, nos permitirá saber qué aspectos hay que cambiar, cuáles conviene fortalecer y qué obstáculos se presentan en ambos procesos al momento en que la normativa y la dogmática convergen en su aplicación, a fin de aclarar la manera en que progresivamente proyectan su composición y fijan su lugar en el orden jurídico.

Si se ha afirmado que el PJ permite tener un conocimiento más profundo y atinado de la configuración jurídica actual, es porque proporciona herramientas conceptuales para analizar las dinámicas que el Derecho y lo jurídico presentan. Dinámicas tales como: la influencia ejercida por diferentes agentes externos (instituciones financieras, corporaciones, entre otras) sobre los agentes nacionales autorizados para la producción jurídica; la formación de derechos no estatales y/o la revitalización de otros, que unas veces conviven, otras colisionan y otras más, complementan el Derecho estatal; la zona difusa de intersección o de confusión de normas y prácticas jurídicas generada por la relación entre estos derechos: los no estatales, dentro o fuera de las fronteras de los Estados y los propios derechos estatales,[7] entre muchas otras.

---

6 Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Daniel Bonilla *et al Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007; Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord. y coautor), *Pluralismo Jurídico. Teoría y experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007; Ochoa García, Carlos, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, CHOLSAMAJ, Guatemala, 2002.

7 Una investigación de gran calado que ilustra la potencia teórica del pluralismo jurídico analizando muchos de los aspectos mencionados sobre el caso colombiano fue coordinada por Mauricio García Villegas y

Una parte muy importante de los estudios desarrollados con un enfoque de pluralismo jurídico ha sido dedicada al análisis de los derechos no estatales con rasgos contrahegemónicos, alternativos o liberadores.[8] Esta tendencia, ha sido de una utilidad innegable, pues ha permitido conocer el comportamiento de sistemas jurídicos que el paradigma dominante desechó, junto a los cuales desperdició también el caudal de experiencias socialmente transformadoras que habría en su seno. Dichos estudios también han posibilitado la obtención de una cartografía más acertada sobre el funcionamiento del propio Derecho estatal, pues han revelando aristas desconocidas del mismo, detonadas por la revitalización o la emergencia de esos otros derechos. En este rubro, el estudio del Derecho de los pueblos indígenas ha tenido un papel protagónico pues ha sido particularmente oportuno para justificar y apuntalar las luchas y demandas de diferentes pueblos originarios.

Sin embargo, conocer a profundidad cómo es la configuración jurídica de nuestros tiempos, requiere no sólo la búsqueda arqueológica[9] y la recuperación de los derechos sepultados y olvidados por el paradigma dominante –generalmente intranacionales–, sino que requiere también el estudio de la otra arista de la pluralidad jurídica, esa que presenta características conservadoras o reaccionarias.[10] El conocimiento sobre cómo opera este tipo de pluralidad jurídica conservadora, es igualmente importante[11] que el que intenta elucidar cómo opera aquella con rasgos alternativos, entre otras razones, porque permite localizar y categorizar los obstáculos que supone para la transformación social ya que, si bien suele ubicarse fuera de las pluralidades jurídicas de corte emancipador, podría potencialmente alojarse también dentro de ellas.

Boaventura de Sousa Santos, *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomos I y II, Colciencias; Instituto Colombiano de Antropología e Historia; Universidad de Coimbra, CES; Universidad de los Andes; Universidad Nacional de Colombia; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.

8 Wolkmer, Antonio C., "Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina" en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord. y coautor), *Pluralismo Jurídico. Teoría y experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007; Sánchez Rubio, David, "Pluralismo Jurídico y emancipación, a partir de la obra de Antonio Carlos Wolkmer", en el mismo volumen; Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez, César (editores). *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, México, 2007.

9 Santos, Boaventura de Sousa, Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática, Descleé de Brower, Bilbao, 2001.

10 Wolkmer, Antonio C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito,* Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001; Wolkmer, Antonio C., "Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina" en Jesús Antonio de la Torre Rangel, *op. cit*.

11 Al respecto, véase los artículos de Aleida Hernández y de André Hoekema en este número; Hernández Cervantes, Aleida, *Las transformaciones del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica*, Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho-UNAM, 2010 (disponible en http://132.248.9.195/ptb2011/marzo/0667872/Index.html); Buchanan, Ruth, "Reconceptualización del derecho y la política en lo transnacional: Acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos", en Óscar Correas (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CEIICH, UNAM-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

Todo el curso de lo hasta aquí señalado, ha dado como resultado el *arcoíris teórico* que es actualmente el pluralismo jurídico –en alusión a ello es que en estos tomos nos referimos constantemente al término en plural–, esto es, a los pluralismos jurídicos. Continuar su edificación hoy, demanda la profundización del debate teórico iuspluralista; la discusión y diferenciación de aspectos, de relaciones y de conceptos, (como es el propio contenido que se le da a la palabra derecho, que sigue siendo todavía muy amplio y ambiguo); el incremento de estudios de caso con base empírica, que ayuden a despejar algunas interrogantes a partir del arraigo concreto de sus reflexiones, al tiempo que abran otras; el análisis tanto de los derechos no estatales de corte contrahegemónico, como los de corte conservador; y de forma relevante, el reforzamiento del diálogo entre las distintas vertientes que componen el pluralismo jurídico, requisito indispensable para refinar y fortalecer la teoría.

En el esfuerzo por atender algunas de esas necesarias discusiones; así como de su aplicación práctica es que se organizó el contenido de estos dos tomos de Umbral. En ellos, se ha procurado conjugar tanto voces experimentadas que tienen ya una trayectoria amplia dentro de los estudios del pluralismo jurídico a nivel internacional. También se ha estimado necesario incluir de manera destacada, prácticas y perspectivas que hablen sobre y desde distintas latitudes de América Latina, para finalmente dedicar un amplio espacio a la experiencia jurisdiccional ecuatoriana, exponiendo las sentencias de la Corte Constitucional, cuyos pronunciamientos involucran el uso de interpretación intercultural, dando plena vigencia al PJ.

En trazos muy generales, podemos decir que este número extraordinario se dedica a contribuir a la comprensión del pluralismo jurídico desde dos bases paralelas; una eminentemente teórica y la otra desde una visión empírica, articulando la sección ***Debate & Reflexión***, donde se prolongan algunos debates doctrinarios y conceptuales de corte más general y se analiza la relación entre globalización económica y pluralismo jurídico, a partir de la cual se distinguen expresiones tanto contrahegemónicas como conservadoras. Ya en el segundo tomo, dentro de la misma sección, se aglutina trabajos que reflexionan de forma específica respecto de los pueblos indígenas. Estos como ya hemos adelantado, han merecido un espacio copioso y un lugar destacado, dentro de los estudios desarrollados bajo la óptica del pluralismo jurídico y el análisis de experiencias concretas, las cuales han integrado la construcción del pluralismo jurídico desde el derecho comparado.

Finalmente, se encuentra la sección de ***Jurisprudencia,*** en donde se acopla la presentación de las decisiones más representativas y paradigmáticas de la administración de justicia constitucional ecuatoriana con relación al tratamiento del pluralismo jurídico, cuyo aporte despeja el entendimiento de elementos determinantes en el equilibrio de la justicia estatal e indígena al interior del país andino, las mismas que además, se anexan íntegramente al final de este número extraordinario.

De esta forma, el primer tomo contempla en su primera parte, como eje articulador "*El pluralismo jurídico. Algunos debates teóricos"*, integrado por cuatro ensayos. En el primero de ellos "*El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho*",

E. Liliana López López defiende primero la pertinencia del uso del concepto paradigma para referir como tal al pluralismo jurídico; éste cuestiona las limitaciones del paradigma dominante en el Derecho, rivaliza con él y propone una concepción alternativa del Derecho y lo jurídico. Después de hacer un repaso por algunos de los más importantes exponentes que sentaron las bases del PJ, López sintetiza las principales coordenadas teóricas que dicho paradigma plantea para el estudio del derecho. En dicha síntesis menciona el aserto fundacional del PJ y que genera indiscutidas y más abundantes adhesiones: que el Derecho no es sólo Derecho estatal. López nos recuerda que esta afirmación obliga a formular una revisión profunda respecto de cómo se concibe el Derecho. Pero tal como lo expone la autora, el pluralismo jurídico tiene muchas más implicaciones para la teoría, que se desprenden de las anteriores. El aspecto más sugerente que Liliana López plantea es el esbozo de los presupuestos teórico-epistemológicos que el PJ involucra, pues representa un esfuerzo por articular y al mismo tiempo trascender, aspectos que ya forman parte de los análisis iuspluralistas -como la interlegalidad-. La autora expone y profundiza en cinco presupuestos que supondría todo análisis enmarcado en el pluralismo jurídico: el cuestionamiento de la separación positivista entre el *ser* y el *deber ser* del derecho; la vinculación integral con su contexto social que reeuiere todo análisis sobre el derecho; el desplazamiento del Estado como centro analítico privilegiado; la inclusión en el análisis jurídico de los elementos sustanciales junto a los formales y por último, a partir de los cuatro aspectos anteriores, la reconstrucción de la idea de *objetividad* en el análisis jurídico.

El segundo artículo es "*Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del derecho*", donde Alejandro Medici refuerza las limitantes del paradigma hegemónico del derecho, que él refiere como monista y analítico. Éste tiene características propias de la modernidad occidental colonial que estrechan la experiencia jurídica: es monocultural y monista, hiperespecializado, fragmentador. Pero la crítica que más enfatiza el autor es en su abstracción y descontextualización, que impide interrogar por los contextos históricos y culturales tanto de los sujetos creadores como de los destinatarios del Derecho. Medici opone a éste el paradigma pluralista y narrativo que afirma la existencia de una indisoluble relación entre narratividad y prescripciones, ya que toda prescripción –tanto en los sistemas normativos como en los jurídicos– se formaliza mediante el lenguaje. De este modo, el Derecho es concebido como un tipo de narratividad propia de imaginarios sociales plurales. Al mundo normativo compuesto por narrativas y prescripciones se llama *nomos*, de manera que habrá tantos nomos como *comunidades nómicas* existan. El autor delinea la propuesta del paradigma pluralista y narrativo confrontando las diferencias entre el *Derecho analizado*, y el *Derecho narrado*. El primero, distintivo del paradigma monista analítico se construye a parir de la negación de la pluralidad social, de su separación como lenguaje técnico especializado, de su distinción respecto de los otros campos sociales, así como de los contextos histórico y culturales de los sujetos que lo enuncian. El segundo en cambio, es un Derecho situado social y culturalmente, penetrado por significaciones de valor y finalmente abierto a las narraciones, mitos y ficciones que le otorgan fundamento.

Luisa Fernanda García Lozano en "*Pluralismo jurídico: Nuevos constructos para microsociedades*" llama la atención sobre algunos riesgos que habitan en el ejercicio del

pluralismo jurídico. Después de repasar los orígenes del debate iuspluralista, donde trae a cuenta a importantes autores tanto en la línea de la teoría del Derecho como en la línea de la antropología y sociología jurídicas, García vincula el concepto de *microsociedades* con la emergencia de derechos no estatales. Según explica, una diversidad de microsociedades coexisten al interior de la sociedad; cada una con ideología, cultura, orden, estructura social y dinámica propios que las distinguen de otras. El Estado al pretender homogeneizarlas, lanzó al olvido y a la marginalidad a muchas de ellas, y fue esa negación, la que propició que construyeran sus propios modelos de organización y ordenamiento jurídico. A la sazón, el Estado –la referencia particular es al colombiano– pretendió respetar la diversidad de esas microsociedades, mediante la formulación de nuevas construcciones jurídico-institucionales. Pero las asimetrías entre aquellas subsistieron, provocando choques entre sí. Según la autora, el reto de esas nuevas construcciones está en evitar que en aras de un pretendido respeto a la pluralidad jurídica se repita la oclusión y la subordinación de realidades sociales, este peligro podría conjurarse a través del diálogo entre microsociedades y de la reconceptualización jurídica y política de dichos constructos.

David Sánchez Rubio en "*Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico*" hace un análisis crítico del papel del Derecho Penal como esquema punitivo estatal así como de los derechos humanos hegemónicos configurados en el contexto capitalista latinoamericano y, frente a ellos, muestra las alternativas de derechos humanos antihegémonicos, las posibilidades de la interculturalidad y las pluralidades jurídicas penales. La hipótesis fundamental del autor, es que el dispositivo de inversión o reversión ideológica de los derechos humanos –que implica garantizar los derechos humanos vulnerándolos–, es usado por las clases más poderosas, que emplean como instrumento el Derecho Penal y todo el sistema punitivo, para consolidar un sistema de control y de dominación estructural, clasista y de género.

El dispositivo de inversión ideológica tiene dos planos de afectación sobre la vida humana. El primero (a) es la inversión de normas concretas producto del dispositivo de crimen-castigo o esquema punitivo que implica que alguien es penalizado porque se considera que ha violado gravemente la ley; este esquema es legitimado y naturalizado por una presunción de racionalidad basada en los principios de legalidad y debido proceso, así como del uso de poder político y jurídico estatal. No obstante, está anclado a una lógica arcaica de la ley del talión. En una abstracción de las demandas específicas de los sujetos y su absolutización, oculta las concreciones históricas en que se encarnan los reclamos, y, por último, invisibiliza los contextos de los estados constitucionales latinoamericanos donde predominan sistemas estructurales de desigualdad, violencia, injusticias y dominación económica, ideológica, cultural, étnica, racial, sexual y de género. El segundo plano de afectación es (b) la inversión de principios de derechos humanos organizados jerárquicamente donde los principios fundamentales se derivan de un orden de sociabilidad capitalista; las relaciones de producción y de mercado, marcan el valor fundamental de los derechos humanos, se subordinan a ellas y en ellas fundamentan su validez. De modo que, los derechos fundamentales son protegidos por el sistema penal que está encargado

de tipificar y sancionar los delitos que son contrarios a los intereses del capital. La inversión ideológica aparece cuando se imposibilita, impide y sanciona, cualquier derecho humano o reivindicación, a favor de la dignidad humana diferenciada y plural que cuestiona el derecho fundamental jerarquizado.

En contrapartida prosigue el autor, es necesario elaborar otro Derecho menos punitivo, abierto a los distintos procesos de lucha, que surja de los derechos humanos antihegemónicos con tradición alternativa liberadora y a partir de una apuesta intercultural, pluriversa, crítica y de resistencia. Esto permitirá recuperar y consolidar experiencias de pluralidad jurídica penal emancipatorias con mecanismos alternativos y menos punitivos.

La segunda parte se intitula "*Pluralismos Jurídicos en el marco del capitalismo globalizado transnacional: hegemónicos, alternativos y emancipatorios*." El primer artículo de esta parte está a cargo de Aleida Hernández Cervantes quien nos presenta un análisis poco frecuente, y por ello doblemente valioso, de la cara conservadora del pluralismo jurídico. Su artículo "*La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional*" tiene por objetivo explicar la forma en cómo se articula el pluralismo jurídico al interior de las redes económicas globales, así como exhibir su injerencia, comportamiento y relación con los Estados nacionales, específicamente con la producción y regulación normativas.

Para Hernández, "este pluralismo jurídico de perfil global, no sólo es importante para la operación de las redes económicas globales, sino que le es esencialmente constitutivo. Su estructura y funcionamiento dependen en gran medida de dicho pluralismo jurídico global, pues 'no se limita a proporcionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores'". Para comprender esta afirmación desarrolla de modo minucioso la caracterización y configuración, desde su génesis hasta la actualidad, de la *lex Mercatoria* como la principal expresión jurídica de los procesos económicos globalizados; posteriormente, expone la forma cómo operan los centros jurídicos transnacionales más importantes organizados en dos redes jurídicas de globalización económica: las redes jurídicas económicas trasngubernamentales integradas por sujetos y operadores económicos supra estatales como los organismos económicos internacionales, y las redes privadas económicas de autorregulación transnacional constituidas por sujetos privados como las empresas transnacionales. Todos ellos, localizados en diversos espacios del mundo; por último, sitúa dentro de estas redes jurídicas globalizadas el papel que tiene el Derecho Internacional Público y los derechos estatales.

André J. Hoekema refuerza y complementa los planteamientos de Hernández en *"Legal pluralism: conflicting legal commitments without a neutral arbiter"*. La afirmación central de Hoekema es la ausencia de árbitro en casos de conflicto normativo en cualquier instancia es un rasgo distintivo del pluralismo jurídico –entendido éste en sentido antropológico—, afirmación que se ve confirmada una y otra vez en las diversas combinaciones de colisiones normativas posibles que se originan entre los diferentes tipos de derechos (local, nacional, internacional y transnacional).

Aunque ambos son núcleos sociales productoras de Derecho, Hoekema distingue entre *comunidades diferenciadas* y *asociaciones funcionales*. La distinción es relevante para los análisis del pluralismo jurídico porque las normas y los valores sostenidos, así como las posiciones de poder y de autoridad que poseen unas y otras, tienen características muy diferentes, y estos aspectos repercuten en el desarrollo de los potenciales conflictos normativos entre sistemas jurídicos. Hoekema apoya su afirmación en ejemplos de conflictos normativos que involucran tanto el Derecho producido en comunidades diferenciadas (en las cuales se enfoca mayormente) como el Derecho producido por asociaciones funcionales. En dichos análisis el autor muestra cómo se desarrolla la interlegalidad, —justificado así la importancia de dicho concepto— cuando el conflicto de normas se da entre los derechos no estatales y también cuando involucra al Derecho nacional, para lo cual expone situaciones específicas que ilustran y sitúan ejemplos de interlegalidad en Perú (en la gestión local del agua), México (en los juzgados mayas en Quintana Roo) y Bolivia. En contrapartida y de forma sugerente, el autor introduce el concepto de "pluralismo jurídico global" y explica su significado, al tiempo que establece la distinción entre *derecho internacional y derecho transnacional.* La distinción queda ilustrada cuando Hoekema plantea un potencial conflicto entre normas pertenecientes a cada uno, representado el primero por el Protocolo de Bioseguridad negociado dentro de la Convención de Biodiversidad (CBD), y el segundo por la normatividad de la Organización Mundial de Comercio (WTO). Dado el fuerte impacto que el *derecho transnacional* tiene más allá de las fronteras de los estados nacionales y la afectación que ello supone (en sentidos diferentes, por supuesto) para comunidades diferenciadas, para asociaciones funcionales y, en general, para millones de personas, es un concepto del todo relevante para los análisis enmarcados en el PJ. El autor completa el análisis con un acercamiento al Pluralismo Jurídico, también poco explorado, que tiene lugar dentro del derecho estatal.

El tercer artículo de esta sección hace un examen de la otra cara de la moneda. Antonio Carlos Wolkmer en "*Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos*", explora los modos de construcción de un pluralismo jurídico democrático y de derechos humanos interculturales con carácter emancipatorio frente a los procesos de dominación y exclusión producidos por la globalización económica y las políticas neoliberales.

Wolkmer afirma que el pluralismo jurídico será un instrumento de lucha para combatir los males de la globalización y para legitimarse como estrategia contrahegemónica de afirmación de los derechos humanos emergentes. Pero ello, nos dice el autor, supone el reto de construir una cultura jurídica antiformalista, anti-individualista y antimonista, fundada en los valores y las necesidades de las comunidades y movimientos sociales, y vinculada a la legitimación social y a un nuevo diálogo intercultural. Esta posibilidad acontece en el contexto globalizado y neoliberal donde se abren discusiones y se buscan alternativas capaces de desencadenar directrices, prácticas y regulaciones dirigidas hacia el reconocimiento de la diferencia singular y colectiva, de una vida humana con mayor identidad, autonomía y dignidad. El pluralismo jurídico comprometido con la alteridad y la emancipación se proyecta como un instrumento contrahegemónico. Este pluralismo conduce a la discusión de una nueva cultura jurídica basada en el reconocimiento de la

justa satisfacción de las necesidades y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos. Esa nueva cultura jurídica constituirá la posibilidad de una redefinición y afirmación de derechos humanos con perspectiva intercultural, como un espacio de transformación y de diálogo intercultural.

En cuarto sitio se encuentra el artículo que Óscar Arnulfo De la Torre De Lara nos presenta, "*Estado colapsado y paralegalidad. El Derecho que nace del pueblo como pluralismo jurídico: modernidad y tradición entreverada*". En él, el autor contrasta dos tendencias opuestas que tienen lugar en contextos de pluralismo jurídico –si bien el autor rehúsa atribuirle ese nombre a la primera– desarrollados en la escena mexicana. De un lado, con normas, códigos y rituales, está la *paralegalidad*. Ésta no viola, sino que ignora la institucionalidad estatal y el contrato social mismo. Por esta razón, su poder disciplinario es mayor que el de la legalidad vigente; ejemplo en la reciente escena mexicana lo constituyen las acciones desplegadas por el crimen organizado. Asimismo es más peligrosa que la mera ilegalidad, pues despolitiza y silencia a partir del uso de la violencia y de una *estética del terror*, cuyos efectos contrainsurgentes se dirigen a desactivar la organización de pueblos indígenas y movimientos sociales.

En las antípodas de este proceso, De la Torre sitúa la autonomía y la defensa del territorio que ejercen los pueblos indígenas. Aquí, el autor afirma que la colonización de los pueblos indígenas de América Latina estuvo fundada en un ejercicio de *violencia fundacional* (física, epistémica, simbólica). Esa *violencia fundacional* permanece hasta hoy convertida en una violencia estructural que mantiene a dichas poblaciones en condiciones de subalternidad. Frente a la destrucción que esta violencia implica, los pueblos indígenas se han organizado para defender y conservar el control de sus territorios mediante la autonomía, con lo cual dan lugar a ejemplos de pluralismo jurídico (juridicidades) alternativos.

Carlos Rivera Lugo cierra esta sección con "*Entre el Derecho y el No-Derecho: el otro pluralismo jurídico*", donde hace un recorrido crítico a partir de ocho proposiciones teóricas que exponen el marco en el que se desarrolla el pluralismo normativo como fenómeno normativo materialmente vivido en las sociedades contemporáneas.

A lo largo de estas ochos tesis, el autor trasciende la idea del final de la historia y la perpetuación del capitalismo, para situarse en una época de transición histórica que posee dos caras: por un lado, una profundización del control capitalista que se expande a todos los ámbitos de la vida actual y, por otro lado, el surgimiento de nuevas oportunidades para potenciar la cooperación y la solidaridad a partir de las acciones contestatarias frente a los límites y el carácter destructivo del capitalismo. Estas dos caras se desenvuelven en una organización en redes interactivas que localizan tanto procesos de explotación como de contestación en contradicción y conflicto.

En este marco, el derecho *estadocéntrico* y *legicéntrico,* ya sea en su forma de Estado neoliberal o bajo los Estados del nuevo constitucionalismo, se encuentra en creciente declive pues la producción jurídica se abre a fuentes fácticas que tienen implicaciones

estratégicas o presentan fuerza normativa. En el caso del Estado neoliberal se confunden las normas de hecho utilitarias y protectoras del beneficio privado con el tradicional Estado de Derecho. Hay una subsunción real de la vida toda, bajo los dictados del capital. En lugar de una forma jurídica como categoría lógica y absoluta en el fondo el Derecho liberal, constituye una forma históricamente determinada de regulación social: la norma-capital. No obstante, el Derecho como fenómeno social se constituye en la lucha de clases que tiene posibilidades de afirmación o negación, subversión y superación. De esta forma, se funda una pluralidad normativa que va desde las normas del mercado con sus reclamos desreguladores y privatizadores, las normas del Estado neoliberal que constituyen un Estado de sitio o excepción bajo un discurso de gobernabilidad, y las comunales con sus reivindicaciones a favor de la autodeterminación y autogestión de su gobernanza. Así, el desbordamiento del Derecho está siendo ocupado por un *No-Derecho* –Derecho vivo– producido por una diversidad de fuentes materiales, sobre todo de las comunidades y movimientos sociales en ejercicio de su derecho a darse su propio Derecho y cuyos principios rectores son el amor comprensivo, la solidaridad, el afecto, la justicia social y la cooperación. El proyecto común, concluye el autor, es la justicia. En ese sentido, la revolución de lo común es por necesidad, no-jurídica o antijurídica, es aquello nuevo que está sucediendo que lleva a nuevos horizontes de regulación social en el marco de una democracia radical. Es una normatividad societal de lo común.

El segundo tomo de este número extraordinario de la Revista Umbral, se dedica al análisis del Pluralismo Jurídico desde la posición encontrada por las prácticas ancestrales de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas en Latinoamérica. La primera parte, que lleva por nombre *Pluralismos Jurídicos y Derechos de los Pueblos Indígenas,* se abre con un artículo de María Teresa Sierra que posiciona el aporte antropológico dentro de la actual discusión iuspluralista: "*Pluralismo jurídico e interlegalidad: debates antropológicos para pensar el derecho indígena y las políticas de reconocimiento*". Para la autora, el debate del pluralismo jurídico y la interlegalidad es de especial interés porque contribuye al análisis de los sistemas jurídicos en sus relaciones y prácticas y en particular, al estudio del Derecho indígena en su dimensión práctica y procesal en el marco de los estados poscoloniales, las reivindicaciones étnicas, la multiculturalización del Estado y la globalización neoliberal. Todos ellos temas necesarios para abordar los retos que los estados plurales tienen frente a las políticas de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas.

Sierra parte de una visión antropológica del pluralismo jurídico, interesada en dar cuenta de la relación entre los sistemas jurídicos en su dimensión práctica, en el marco de relaciones de poder, dominación y lógicas culturales específicas. No le interesa la visión dualista del pluralismo jurídico, sino se expone a partir de la interlegalidad como su dimensión fenomenológica. En ese sentido, el pluralismo jurídico es una interrelación de sistemas normativos diferentes, particulares y con especificidades normativas que se compenetran y configuran mutuamente en un marco de lógicas de poder, dominación, luchas, reivindicaciones políticas y cambio social.

Así, desde la interlegalidad, el Derecho Indígena es resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, así como es moldeado por procesos de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes. Las expresiones, posibilidades y potencialidades del Derecho Indígena, en el marco del pluralismo jurídico e interlegal, son expuestas por la autora desde diversas experiencias de justicia indígena en México que van desde justicias subordinadas, adecuadas, en resistencia y autónomas.

Un elemento que la autora destaca en este análisis, es la dinámica interlegal que se da entre el marco jurídico de los derechos humanos y el Derecho Indígena. Esta dinámica permite observar la ida y vuelta de la interlagalidad, pues no solo los derechos indígenas se han alimentado de los nuevos ordenamientos en la materia, sino que el movimiento indígena internacional ha propiciado la discusión en instancias internacionales sobre la diferencia cultural y los derechos colectivos, cuestionando las concepciones universalistas de los derechos humanos. Por último, Teresa Sierra enfatiza que hablar de relaciones interlegales y de pluralismo jurídico plantea retos tales como dar cuenta de las estructuras de dominación y exclusión, así como exhibir las bases históricas de la desigualdad, del racismo y la discriminación.

En el artículo "*Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los sistemas normativos indígenas*", Asier Martínez de Bringas explora las posibilidades y limitaciones del pluralismo jurídico y de los sistemas normativos indígenas, a partir del análisis por las normas internacionales a nivel universal e interamericano, así como en el ámbito normativo nacional en los procesos constitucionales latinoamericanos y en otros países del mundo.

Para dar cuenta de las limitaciones, localiza en los ordenamientos mencionados lo que denomina como el *pluralismo jurídico aparente,* constituido a partir de la jerarquización y supremacía de las normas estatales sobre las indígenas mediante procesos de asimilación, integración y subordinación jurídica. Asimismo, explora las posibilidades de los sistemas normativos indígenas, entendidos a partir de su relación dialéctica y conflictiva con los sistemas normativos del Estado, y desde su comprensión plural y compleja que implica una totalidad cosmovisional relacionada con diferentes órdenes de consideración y valoración, así como en interrelación con otros derechos colectivos como la autonomía, la territorialidad, la cultura y la jurisdicción indígena que trasciende el estrecho valor de lo jurídico.

En este sentido, el autor define al pluralismo jurídico como un marco de interacción por medio del debate, la confrontación y complementación entre los sistemas normativos indígenas y estatales; un escenario donde se produce interculturalmente, el conflicto-diálogo entre legalidades; un hecho en el "[…] que se dialectizan y se entreveran dos sistemas jurídicos diferentes y autónomos, que coexisten en el mismo campo social, cada uno válido por sí mismo en el orden de la fundamentación, sin necesidad de que ninguno de ellos tenga que remitir al otro como fuente última de validez y legitimidad". Dentro de este marco de pluralismo jurídico es preciso tomar en cuenta tanto la concepción de lo político y la importancia de los movimientos indígenas para construirlo-negociarlo, como los cambios estructurales producidos por la globalización actual.

Martínez de Bringas analiza varios aspectos tanto en el marco de los derechos humanos y en el constitucionalismo, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tales como la relación entre el Derecho Indígena con la cultura, lo que implica trascender la visión liberal del derecho y darle el sentido colectivo a los sistemas normativos indígenas. Examina también el derecho a la autonomía como condición de posibilidad, ya que implica el ejercicio de su propia institucionalidad, jurisdicción, territorialidad, etc.; la posibilidad de coordinación y participación entre las jurisdicciones indígenas y las estatales en relación dialógica de derechos-deberes; la relación de horizontalidad o subordinación entre la justicia indígena y los derechos humanos, donde no haya prioridad entre lo individual y lo colectivo, sino una constante tensión y confrontación para resolver los conflictos desde el análisis intercultural, localizado y situado; y, por último, la relación de los sistemas indígenas y el territorio, las tierras y recursos naturales, no sólo entendida la territorialidad como el espacio que da pertenencia a los pueblos, sus instituciones y sus normas, sino como aquel que permite el reconocimiento del Derecho Indígena y los derechos territoriales que de él se derivan para la protección de los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas frente al Estado y terceros. El autor cierra con el examen de los mecanismos de la administración e impartición de justicia en los ordenamientos interamericano y universal de derechos humanos, así como su eficacia y los recursos proporcionados desde la comprensión del pluralismo jurídico y los sistemas normativos indígenas fuertes, arriba expuestos.

Rachel Sieder en su contribución "*El reto de los sistemas legales indígenas: más allá de los paradigmas de reconocimiento*", explora las implicaciones, los límites y los desafíos que suponen las políticas de reconocimiento aterrizando en algunos ejemplos de Ecuador, Bolivia, México y Guatemala y confronta permanentemente los avances que las políticas de reconocimiento han implicado junto a las contradicciones que su práctica supone. En el reconocimiento del pluralismo jurídico y el ejercicio de la administración de justicia las interacciones entre los distintos sistemas jurídicos (el nacional y el internacional), junto a instituciones, grupos e individuos, han modelado las identidades étnicas y las concepciones indígenas de la justicia. Asimismo conforman el marco en el que éstas se negocian y marcan así los límites entre formas jurídicas subalternas y dominantes. Pero ese es un camino de doble vía en el que la ley oficial contribuye al moldeamiento y a la revitalización de los sistemas de justicia indígenas, pero a su vez, éstos con sus prácticas resignifican y renegocian las normas; en esto, el discurso de los derechos humanos ha jugado un estratégico papel. Dicho ajuste renegociador es en sí mismo un reflejo de las tensiones al interior de los pueblos indígenas y del cambio en las relaciones entre éstos con la sociedad dominante.

Sieder apunta temas torales cuya discusión abre el reconocimiento del pluralismo jurídico: la coordinación entre el Derecho estatal y el Derecho Indígena, el lugar de las mujeres dentro de la justicia indígena, el aseguramiento de un debido proceso y del respeto a los derechos humanos. En cada uno de ellos ejemplifica los avances que algunos ordenamientos más (Bolivia y Ecuador) y otros menos (Guatemala y México) presentan. Igualmente desmonta algunas conclusiones respecto de la justicia indígena débilmente fundadas. Pero al mismo tiempo, y sin negar los adelantos, llama la atención sobre la

rearticulación de las concepciones y dinámicas hegemónicas liberales para mantener su dominio. Advierte que detrás del reconocimiento subyace la tendencia del Derecho estatal y de las elites políticas, de contraer y de subordinar el ejercicio de la justicia indígena al modelo liberal de legalidad, incluso ahí donde el reconocimiento y la instrumentalización del pluralismo jurídico es destacable –como es el caso de Bolivia. El reto está en mantener el pluralismo jurídico evitando re-subordinar el Derecho Indígena al Derecho estatal, y al mismo tiempo, respetar los derechos humanos, el debido proceso y la inclusión de las mujeres. El constante cambio y las dinámicas de los sistemas jurídicos indígenas han mostrado que es perfectamente posible combinar el respeto a la autonomía jurídica de los pueblos indígenas y la mejora en el aseguramiento de los derechos humanos.

La segunda y última parte de esta entrega extraordinaria, es dedicada a los *Pluralismos jurídicos desde experiencias concretas*, iniciando con una reconstrucción del derecho *ñuú savi* formulada por Francisco López Bárcenas en "*Principios filosóficos del Ñuú Savi".* Aquí el autor realiza un recorrido histórico y contemporáneo de la forma de organización del pueblo mixteco o *ñuú savi* a partir de sus componentes colectivos, sus principios filosóficos, su forma de organización política y su Derecho.

Para ello, desarrolla la visión del propio pueblo a partir de los principios filosóficos y el modo de organización privada y pública, desde su mito fundacional hasta la actualidad. Según López Bárcenas, los elementos que integran esta visión son: a) el *ñuhu* como espacio de vida o territorio; b) el *ñunú* como sujeto público; c) el *tan'a* o familia integrada por parientes, compañeros y amigos como base de la organización social en dos sentidos: son los primeros lazos organizativos que construyen redes de afinidades mediante el trabajo colectivo, y es el primer espacio de resolución de determinados conflictos intra e interfamiliares guiado bajo el principio de equilibrio social; y d) *el tinu ñuú* o trabajo del pueblo que es la base de la organización pública y la comunalidad y se realiza de dos formas: mediante el trabajo colectivo obligatorio (tequio) y el servicio que se hace a la comunidad mediante cargos. Dentro de estos cargos están los *To'o sa'a nto cuechi o alcandes* encargados de la resolución de conflictos que funciona colectivamente y es de carácter conciliatorio*.* Otra instancia de resolución de conflictos dentro del sistema comunal es la Asamblea General. Y fuera de ella, está la justicia estatal a la que se recurre cuando no se pueden solucionar los conflictos al interior del sistema comunal.

Las funciones dentro del *tan'a*y de los *tinu ñuú* se guían por principios del Derecho *ñuú savi o mixteco: Ndoo* que es el fin colectivo de la vida social y está relacionado con la comunalidad; *Na kundeku tnaae'* significa hospitalidad y hermanamiento, y está relacionado con la pertenencia a la tierra y el paso temporal en la vida; *Na chindee tna'ae'* que implica apoyarse mutuamente o solidaridad como principio de organización social; *Da'an ó Sa'a* que es la ayuda recíproca entre familiares y no familiares como forma de reforzar la cohesión comunal y la existencia del pueblo; *Tinu ñuú* se traduce en trabajo del pueblo y se representa mediante el sistema de cargo, no como un derecho sino como una obligación, y *Viko ñuú* o fiesta del pueblo, las cuales, son de crucial importancia para la vida y organización de las comunidades. A estos principios los acompaña el *ka'aví* como

ordenador de la vida, que implica una manera elegante y hermosa de hablar de la cual sólo son portadoras los *teé yaa nu'u,* cuyo papel es de suma importancia para la conservación y transmisión de la filosofía *ñuu savi* y de las normas del derecho mixteco.

En el segundo artículo integrante de esta última parte "*La reconstrucción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca*", Marco Aparicio nos explica, a partir del caso del municipio de Jesús de Machaca, las características distintivas que tiene el proyecto autonómico boliviano, así como algunas de sus paradojas. Según expone esta contribución, la Constitución traza en líneas generales el desarrollo de la autonomía indígena originario campesina (AIOC), que después adquiere características específicas en el respectivo estatuto autonómico a través del cual se concreta. El estatuto autonómico machaqueño le permite mostrar algunos retos y tensiones que envuelve la consecución de las AIOC, y que hacen de éste un proceso prometedor, pero al mismo tiempo, contradictorio. Prometedor, en la medida en que la Constitución reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser parte de la estructura del Estado, lo que podría calificarse como un giro paradigmático en la forma de ejercer la libre determinación que la autonomía supone, y también en la medida en que recoge instituciones propias de los pueblos indígenas tales como el derecho al derecho propio y a las formas propias de impartición de justicia. Las características prometedoras se extienden en el respectivo y particular estatuto analizado, ya que posibilita la incorporación de elementos propios como el reconocimiento oficial del plurilingüismo y la vestimenta, con otros que fracturan las típicas formas políticas liberales, como valores y principios tradicionales, o aportaciones de lo más novedosas como la forma de gobierno en forma de *chakana*, cuyo ejercicio incorpora la dualidad hombre-mujer, entre otros.

Pero las limitaciones y el carácter contradictorio aflora en la convivencia de estas instituciones con otras que comparte con el Estado (Asamblea Legislativa Plurinacional, Tribunal Constitucional Plurinacional), y con otras más que adquieren una fisonomía híbrida, pues mezclan instituciones y rasgos propios con elementos de impronta occidental (como el órgano electoral). Si bien, esta mixtura oscila entre la inercia mimética y el movimiento táctico. El caso sugiere que la construcción de la descolonización, que tiene aquí a la autonomía –a través de su estatuto- como uno de sus eslabones, supone muchos retos y presenta límites que surgen precisamente a partir de su puesta en práctica. La superación de las dinámicas de colonización es un largo proceso en el que resulta imposible escabullirse de la promiscuidad en la que aspectos jurídicos novedosos de aspiración descolonizante, se unen con aspectos colonizadores de la tradición constitucional liberal.

Por su parte, Jesús de la Torre Rangel aporta con un acercamiento muy peculiar al Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI) en una contribución que explora la articulación entre un sector de progresista de la iglesia católica en México y el pluralismo jurídico, titulada "*El aporte del EAPI al proceso de reivindicación indígena y al pluralismo jurídico en México*". Aquí, el autor hace un recuento de la forma en cómo se ha construido un Derecho que nace de los pueblos, ya sea en su forma de pluralismo jurídico como derecho crítico o de derechos humanos, desde el movimiento indígena en México, su

reivindicación de derechos como pueblos, así como del ejercicio de sus autonomías. Aunque para el autor, el levantamiento zapatista y su construcción autónoma y la creación de los Acuerdos de San Andrés de 1996 fueron fundamentales para la construcción indígena de su Derecho propio, la experiencia que desarrolló el *Enlace de Agentes de Pastoral Indígena,* fue cardinal.

Los conceptos fundamentales de los que parte para analizar al EAPI son: el pluralismo jurídico como un proyecto emancipador y una praxis de liberación; el derecho a tener derechos a partir de las necesidades expresadas jurídicamente como base de los derechos humanos y que en el caso del movimiento indígena esta base se traduce en el reconocimiento de la dignidad del otro como otro. La dignidad se afirma con su propuesta de valores culturales contrahegemónicos y con la producción de derecho como pluralismo jurídico. Para el EAPI –como para otros movimientos indígenas–, los Acuerdos de San Andrés forman parte del Derecho que nace del pueblo; estos acuerdos expresan *lo que es nuestro* y son la norma fundamental de su vida comunitaria.

El EAPI es un proceso indígena que inició en 1990 inspirado en la "teología india", formado por varias comunidades, pero con autonomía de las instancias institucionales de la Iglesia Se constituye como un espacio importante de autonomía y encuentro indígena por los derechos, su identidad y su dignidad. Se organizan en asambleas anuales donde participan alrededor de 300 personas de diversos pueblos indígenas. De la Torre Rangel sostiene que la importancia del EAPI radica en que es un espacio donde se reflexionan sus derechos, la forma de ejercerlos desde su organización y la forma de defenderlos. En ese sentido, concluye el autor, el EAPI es una aportación al proceso de reivindicación de los pueblos y comunidades indígenas desde la reapropiación del poder normativo o pluralismo jurídico, el uso alternativo del Derecho y el rechazo a las leyes que destruyen sus condiciones de vida material.

En tanto, la sección *Jurisprudencia* de la revista Umbral recoge la presentación de cuatro sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, que se anexan a este número como evidencia de una de las prácticas jurisdiccionales sobre el tratamiento del pluralismo jurídico más recientes en el país andino de modelo plurinacional, en los que se despejan una serie de puntos críticos en su derecho sobre la interculturalidad y la aplicación del Derecho Indígena y el estatal, cerrando una etapa embrionaria en cuanto la construcción de una línea divisoria respecto de los límites y alcances de su administración.

En la presentación a cargo de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional, hace un recuento del fenómeno emancipatorio indígena en el Ecuador a partir de la configuración del Estado bajo los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, cobijando los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Las decisiones mentadas marcan un hito en el compromiso por contribuir a la interpretación de los derechos desde la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pautando el origen de una línea jurisprudencial que alumbraría posteriores decisiones, prestando especial atención a la preservación de las culturas y el

respeto a su identidad, características, propiedades y circunstancias particulares, indicando que en el Período de Transición, la Corte instituyó las bases para la aplicación de la consulta previa y la interpretación intercultural, garantizando los derechos de pueblos originarios, sus usos y costumbres.

La segunda sentencia es presentada por la Jueza Constitucional Ruth Seni Pinoargote, quien actuó como ponente en el caso de la comunidad "La Cocha", en donde se suscitó una aparente superposición entre la aplicación de la Justicia indígena y la estatal en el juzgamiento de un delito contra la vida, en relación al principio de prohibición del doble juzgamiento. Esta decisión ha sido determinante para establecer una línea que aclare los alcances y los límites de ambas jurisdicciones. Mención especial merece el voto salvado del Juez Constitucional Marcelo Jaramillo Villa, quien lejos de erosionar la sentencia de mayoría apuntala su discusión y el enriquecimiento sobre el tema, aportando una visión que contribuye su escrutinio desde el foro académico o desde la incesante práctica jurídica, para fundar importantes debates respecto al paralelismo e importancia entre la justicia ordinaria y justicia indígena.

A continuación, Manuel Viteri Olvera, Juez sustanciador del fallo dentro de la consulta de norma frente al caso penal que por genocidio se impulsa contra los Waorani, un pueblo de contacto reciente, resalta la contribución de la decisión al proceso de reparación histórica de los pueblos y nacionalidades del Ecuador, mediante la interpretación del derecho interno armonizada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el principio de interculturalidad, para descender sobre un análisis de la legitimidad de la administración de justicia ordinaria en casos que involucran a pueblos ancestrales. El análisis de la sentencia destaca la inadecuación de la privación de la libertad para ser aplicada a los integrantes de la comunidad, pues la rehabilitación social otorgada por la justicia ordinaria afectaría su integridad.

La última presentación de jurisprudencia a cargo del Juez Constitucional Alfredo Ruiz Guzmán, tiene relación con la consolidación de la administración de justicia en la materia, puesto que como ponente de la decisión, destaca la reiteración de las líneas jurisprudenciales marcadas sobre el principio de *non bis in ídem* y la competencia de ambos sistemas de administración de justicia, como son la indígena y la ordinaria, contribuyendo a entender la línea que configura su frontera común, en garantía del pluralismo jurídico en el país.

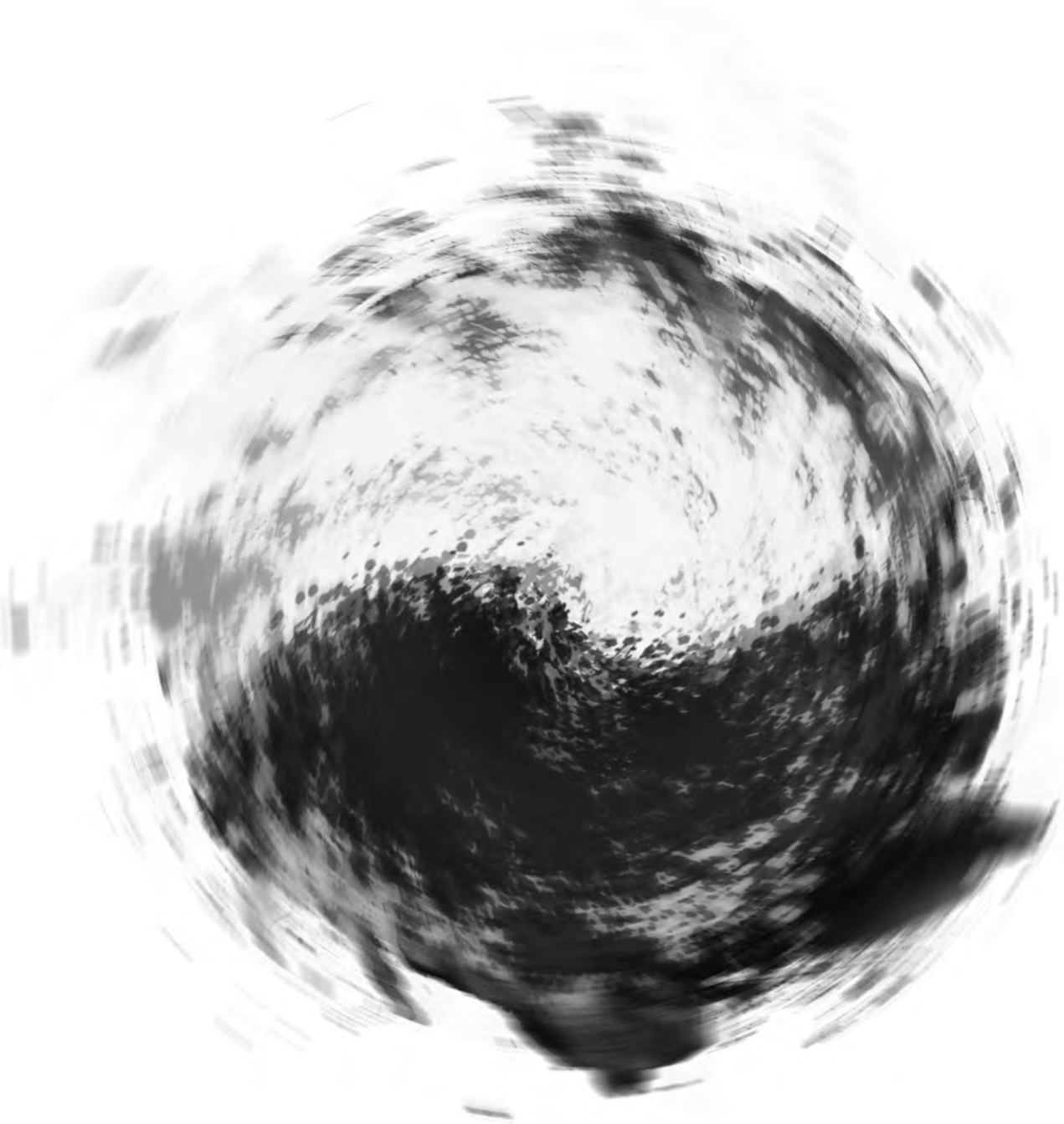
El recorrido por los diversos artículos que conforman estos tomos, muestra la profundidad y el pulso de los debates que constituyen hoy el mapa del pluralismo jurídico en los estudios sobre América Latina. Muestra también las líneas de contacto que se detectan y los diálogos abiertos por las reflexiones de autores que desde diferentes latitudes, están desarrollando investigaciones con los insumos teóricos provistos por esta perspectiva, y aporta con una muestra de su concretización en la práctica jurisdiccional latinoamericana. Esperamos pues que este aporte contribuya a trazar puentes entre autores, geografías y disciplinas; a prolongar el diálogo; a incentivar la crítica y a despertar

las preguntas fecundas que, en el esfuerzo por esclarecerse, hagan crecer al pluralismo jurídico a través del pensamiento riguroso.

Finalmente, queremos destacar este esfuerzo mancomunado, que lejos de cerrar una puerta al debate del pluralismo jurídico en América Latina, invita a la reflexión frente a la construcción de un paradigma incluyente desde una visión intercultural entre el Estado y los pueblos originarios, además de agradecer a las y los autores que participan en este número extraordinario, al Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar, a la revista *Ágora*, y la Fundación CEPS y muy especialmente al Presidente y los jueces y juezas de la Corte Constitucional por hacer posible la publicación de estos tomos que fortalecen la práctica jurisdiccional del pluralismo jurídico en la región.

Debate & Reflexión

El pluralismo jurídico: algunos debates teóricos



El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho

E. LILIANA LÓPEZ LÓPEZ[1]

"Una de las razones por la cuales la ciencia normal parece progresar tan rápidamente es que quienes la practican se concentran en problemas que sólo su propia falta de ingenio podría impedirles resolver".

Thomas Kuhn, La estructura de las revoluciones científicas.[2]

Sumario

1. Nota introductoria – 2. El paradigma dominante en el Derecho - 2.1. Paradigmas en las ciencias sociales – 2.2. El paradigma jurídico moderno – 3. Crisis del paradigma jurídico dominante – 4. Los orígenes de la discusión iuspluralista – 5. La propuesta teórica del pluralismo jurídico - 5.1. El Derecho es más que Derecho estatal - 5.1.1. Un concepto alternativo de Derecho - 5.1.2. Interlegalidad - 5.1.3. La contextualidad social impresa en la conformación jurídico-normativa- 5.2. Definición de pluralismo jurídico - 5.2.1. Pluralismo jurídico de hecho y pluralismo jurídico teórico - 5.3. Cuestionamiento de la centralidad del Derecho estatal en la regulación jurídica moderna - 5.4. Presupuestos teórico epistemológicos que plantea el pluralismo jurídico - 5.4.1. Replantear las fronteras entre *ser* y *deber ser* - 5.4.2. *Contaminar* el análisis con elementos contextuales (culturales, políticos y sociales) - 5.4.3. Desplazar al Estado como centro analítico privilegiado - 5.4.4. Incluir en el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales - 5.4.5. Objetividad reconstruida, neutralidad inexistente - 6. Conclusiones: ¿Por qué el pluralismo jurídico es una opción pertinente? – 7. Bibliografía.

Resumen

En este artículo me propongo a un tiempo, proporcionar de forma sintética un panorama general sobre el pluralismo jurídico y profundizar respecto a los presupuestos teóricos y epistemológicos que el mismo entraña con vistas a su consolidación como paradigma. Aunque tales presupuestos hacen alusión en su mayoría al estudio del Derecho desde la

---

1 Maestra en Derecho por la UNAM. Profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Candidata a Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, con orientación en Sociología, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales en la misma universidad. Miembro del grupo de Trabajo "Anticapitalismos y Sociabilidades Emergentes" de CLACSO. Integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho, RADAR. Correo electrónico: matrioska.liliana@gmail.com.

2 Editorial: FCE, Ciudad: México, Año de publicación: 2001, página: 71.

perspectiva de la teoría y la sociología jurídica, su empleo no se limita a ellas. Para lograr los objetivos propuestos divido el artículo en cinco secciones. Comienzo defendiendo el empleo del término paradigma para las ciencias sociales en general, y para designar el pluralismo jurídico en particular (sección 2). Enseguida, resumo los cuestionamientos principales que el pluralismo jurídico hace al paradigma dominante del Derecho, dado que no sólo expone muestras de su crisis sino que rivaliza con él y afirma una concepción alternativa del fenómeno jurídico (sección 3). Después de trazar los orígenes del pluralismo jurídico (sección 4), articulo cinco relevantes decisiones y consecuencias epistemológicas que implica el uso analítico del paradigma del pluralismo jurídico (sección 5): cuestionar la separación positivista entre el ser y el deber ser del Derecho; conectar integralmente a su contexto social todo análisis sobre el Derecho; desplazar al Estado como centro analítico privilegiado; incluir en el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales, y por último, a partir de los cuatro aspectos anteriores, reconstruir la noción de objetividad en el análisis jurídico.

1. Nota introductoria

Múltiples y muy sugerentes expresiones jurídicas nacen y transcurren, se desarrollan y se transforman diariamente. Algunas apropiándose creativamente de modificaciones originadas en el Derecho estatal. Otras, creando reglas y procedimientos de forma totalmente paralela al Estado, aunque abrevando y al mismo tiempo transformando de forma importante el Derecho creado por este. Unas más, haciendo uso de las instituciones legislativas de los Estados para, a través de ellas, filtrar y aprobar leyes que se han gestado y acordado allende sus fronteras. Y todo ello ocurre todavía frente a la aparente ceguera de muchos operadores y estudiosos del Derecho. ¿Qué sucede que no pueden ver esas realidades aún cuando, en muchas ocasiones, están frente a sus ojos? O si las ven, a juzgar por su desempeño profesional y su producción escrita, ¿por qué todo parece indicar que no lo hacen? Considero que un motivo fundamental que contribuye a esa imposibilidad para ver expresiones polimorfas del Derecho, es la concepción dominante de este, que es el filtro primero bajo el cual observan la realidad social. Desde luego, otros factores alimentan la permanencia de esa ceguera tornándola real. Pero, sin duda, la concepción dominante del Derecho ha provisto de aspectos que eclipsan una importante franja de la realidad jurídica de nuestras sociedades, haciendo que la miopía o la ceguera sobre dicha realidad, sea ciertas veces involuntaria y otras, elegida.

En este artículo me propongo presentar de forma breve y sencilla, al pluralismo jurídico (PJ); delineando en trazos gruesos su propuesta y aportes, así como algunos retos que presenta. El pluralismo jurídico provee de herramientas analíticas para abordar el estudio del Derecho que contrarresta aspectos cegadores que ha tenido y mantenido la concepción dominante, por lo que representa una alternativa teórica que contribuye a erosionar su núcleo.

Cabe mencionar que he construido este texto de forma simple, con una pretensión más aglutinante e introductoria que elucidatoria, respecto de lo que ha sido la perspectiva

del pluralismo jurídico; aunque sin duda podría también abrir o profundizar líneas de debate con instruidos en el tema. He pensado en un texto asequible que presente una alternativa de aproximación al estudio del Derecho al estudiante intelectualmente inquieto, a quien le pulsa una vena crítica que le hace percibir de un modo diferente su campo de análisis y de ejercicio, y para el cual posiblemente aún no posee categorías. Para alentarlo a no conformarse con las respuestas aplastantes que suele escuchar, todavía por desgracia al por mayor, en sus aulas, y que terminan por limar las protuberancias de su curiosidad y a veces también, de su inconformidad, porque la o lo "convencieron" ante la falta de una herramienta discursiva que pusiera nombre y apellido a muchas de sus intuiciones.

La exposición del artículo se divide en cinco partes. En la primera parte introduzco de forma somera los rasgos del paradigma dominante que presenta cada vez más síntomas de crisis para, en la segunda, exponer algunos eventos que son expresión de la misma. En la tercera parte presento el pluralismo jurídico, su origen y principales líneas nutricias de discusión. En la cuarta parte presento y resumo los aportes teóricos del mismo, así como los presupuestos teórico epistemológicos que plantea. En la quinta y última parte concluyo defendiendo la pertinencia del pluralismo jurídico como paradigma.

2. El paradigma dominante en el Derecho

2.1. Paradigmas en las ciencias sociales

En la famosa y ya clásica obra "*La estructura de las revoluciones científicas"*, Tomas Kuhn introduce el concepto de *paradigma* para explicar las dinámicas de transformación del pensamiento científico. El autor construye dicho texto recurriendo sistemáticamente a eventos que han tenido lugar en el devenir de ciencias como la Física, la Astronomía y la Química. Todas, ciencias naturales. Pero de ello no puede deducirse que el planteamiento de Kuhn sea válido exclusivamente para estas, y concluir que la existencia de paradigmas opere sólo en las ciencias naturales y no así en las ciencias sociales. El hecho de que la configuración de paradigmas en las ciencias sociales adquiera características diferentes de las que los mismos presentan en las ciencias naturales, no significa que en ellas no haya paradigmas; el autor hace en dicha obra múltiples referencias a las ciencias sociales.[3] El propio Kuhn en su posdata de 1969 puntualizó el significado del término paradigma, de modo tal que quedó claro que podía ser usado en referencia a estas. Entonces, dicho autor definió el término como la "completa constelación de creencias, valores, técnicas,

3 He aquí un ejemplo: "Así pues, un paradigma puede incluso aislar a la comunidad de problemas importantes desde el punto de vista social, pero no pueden reducirse a la forma de enigma, debido a que no pueden enunciarse de acuerdo con las herramientas conceptuales e instrumentales que proporciona el paradigma. Tales problemas pueden constituir una distracción, lección ilustrada brillantemente (…) por algunas de las ciencias sociales contemporáneas" Kuhn, Tomas, *op. cit.*, p. 71.

etc., que comparten los miembros de una comunidad dada"[4] y lo asoció al conjunto integrado por los principales componentes de una matriz disciplinaria: 1) generalizaciones simbólicas; 2) compromisos compartidos a lo largo del espectro de los modelos heurístico a ontológico, que sirven para determinar los problemas, su explicación y su solución; y, 3) un conjunto de valores compartidos de importancia para la comunidad disciplinar y que orientan su comportamiento, aunque no todos los apliquen de la misma manera.[5]

Cuando un paradigma goza de una aceptación sustancial y más o menos generalizada al interior de una disciplina científica, durante un tiempo determinado, estamos ante un *paradigma dominante*. Si bien, la cualidad de dominante no impide que subsistan teorías no asimiladas a él, el hecho de que estas teorías contradigan o discrepen del mismo, deriva en que ordinariamente sean categorizadas como especulativas e inarticuladas.

2.2. El paradigma jurídico moderno

Cada época social acuña modelos ampliamente aceptados sobre el modo de concebir y de producir conocimientos, incluida la ciencia. La modernidad ha imprimido a esta sus respectivas características.

En el fenómeno jurídico ha sucedido lo propio, pues al amparo de la primera –en su versión más difundida–[6] y acorde a la misma, creció el paradigma del estudio científico del Derecho (ciencia del Derecho).[7] Este tuvo por principios la asepsia científica y la formalización y profesionalización del conocimiento jurídico. La primera, representada a su vez, por una aspiración objetivista –que distinguió tajantemente los contenidos de cualidades deseables (deber ser), de los contenidos reales dentro del derecho (ser)–, y por el desarrollo de un método propio para estudiar el Derecho.[8] Este consistió en formular un análisis autorreferente que expulsaba de sí todo aspecto ajeno al Derecho, esto es, metajurídico.

---

4 Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1995, p. 269. El término paradigma tal como fue empleado en la citada obra de Kuhn, mostró un amplio espectro de significado, lo que propició que sus críticos tacharan dicho concepto como ambiguo o indeterminable. No es aquí el lugar para discutir ese tema. Me ajustaré a la distinción que el autor hace entre el significado amplio de paradigma, entendido como los principales componentes que integran una matriz disciplinaria en un momento de ciencia normal, al cual referiré como *paradigma dominante,* y un significado menos extenso de paradigma, entendido equivalente a modelo cuyo marco se establecen los criterios para planear y resolver problemas, (p. 57), al cual identificaré llanamente como *paradigma*.

5 Ibíd., pp. 278 - 287.

6 Hablo también de la concepción más esparcida de ella, la que tradicionalmente ha considerado lo que ocurrió en una pequeña porción del mundo (la europa occidental), narrada por personajes pertenecientes a los estratos dominantes de la misma.

7 Empleo la palabra Derecho, con mayúscula, para referirme a la ciencia del derecho, y derecho, con minúscula, como la referencia genérica de un ordenamiento jurídico.

8 Pues se "busca[ba] evitar un sincretismo metódico que oscurece[ría] la esencia de la ciencia jurídica y borra[ría] los límites que le traza[ba] la naturaleza de su objeto", Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho,* Roberto J. Vernengo (trad.), Porrúa, México, 2000, p. 15 (la primera edición aparece en 1934). En las pp.

Dicha operación de *asepsia epistémica,* no sólo desacreditó sino que alentó el abandono mismo, de la preocupación teórica por los contenidos sustanciales del Derecho. Abandono que fue sustituido por la atención centrada en su forma, esto es, al procedimiento que permitía considerar como válida a una norma o a una ley expedida. Dentro de todos los modelos para abordar el estudio del Derecho, el iuspositivismo fue el que de forma más fiel se apegó al núcleo del paradigma científico moderno adoptando las exigencias de objetividad, asepsia metodológica, demarcación de su objeto de estudio y formalización. Por esta razón se afianzó dentro del Derecho como la versión dominante.

La ciencia jurídica al analizar y "describir" su objeto de estudio –representado por el Derecho moderno–, también lo modeló. Con ello contribuyó a delimitar qué era derecho y que no, al tiempo que reforzó algunas de sus características tales como unidad, coherencia y estatalidad. La vocación monopólica del Estado sobre la producción jurídica, tras la consolidación del Estado constitucional liberal, pasó de aspiración a hecho confirmado, en parte importante –que no toda– por la realidad social, pero sobre todo, por la mayoría de los estudios jurídicos. Así, el ente estatal reservó para sí, la calificación de derecho, y redujo a las otras expresiones normativas bajo las categorías de sub-derecho, cuasi derecho, costumbres, usos y relativas.[9] La tarea del Derecho del Estado en la modernidad fue construir no sólo una posición dominante –incluso reprimiendo cuando era necesario–,[10] sino sobre todo hegemónica de sí y del Derecho, a la sazón, sólo Derecho estatal. En ello, la ciencia jurídica tuvo mucho que ver. No es que la producción del derecho por otros centros distintos del Estado hubiere cesado, es que el Derecho estatal y el paradigma jurídico moderno que le estudiaba y explicaba, contribuyeron a dar esa apariencia.

3. Crisis del paradigma jurídico dominante

Tal como ocurriera con la modernidad misma y con múltiples de sus afirmaciones, por mucho tiempo indiscutidas, el paradigma jurídico dominante construido a su amparo, está desde hace algún tiempo en crisis. La crisis de un paradigma se expresa cuando las auto-reformulaciones que el mismo emprende para dar respuestas a las anomalías (fenómenos y transformaciones de la realidad estudiada que dicho paradigma no previó), no cumplen dicho objetivo. Cuando un paradigma se encuentra en crisis comienza el surgimiento, la

15-16 y ss. el autor justifica la exclusión de elementos ajenos o contaminadores para la elaboración de un estudio científico (esto es objetivo y preciso) del Derecho. Aquí y más adelante (pp. 19, 30-35) se refiere a la distinción entre ser y deber ser. Los corchetes son míos.

9 Jean Carbonnier en *Sociologie juridique* (1972) lo exponía así "incluso si estos las creen jurídicas –ellas no lo son-. No lo son evidentemente según la sociología del derecho. Porque cualquier criterio sociológico que se forje de la juridicidad –sea coacción organizada o juicio posible- este criterio falta. A lo más se puede entrever formas frustradas, latentes: una presión psicológica proveniente del entorno, un esbozo de consulta familiar", citado por González Galván, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México,* UNAM, México, 1995*,* p.72.

10 Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *América Indígena*, Núm. 1-2, INI, México, 1998, p. 263.

búsqueda de alternativas teóricas que compensen las ausencias de significado, de abordaje y solución de los fenómenos que el anterior deja. En múltiples ocasiones esa búsqueda regresa la mirada hacia el pasado teórico, a esas formulaciones teóricas que entonces fueron marginales. De ahí se retrotraen respuestas y modelos teóricos que en su momento hicieron críticas al paradigma que devino dominante, y que se encuentra en crisis. Las críticas del pasado, muchas veces, se decantarían en posteriores anomalías determinantes en dicha crisis.

¿Cómo se expresa la crisis dentro del paradigma jurídico dominante? La identidad entre Derecho y Derecho estatal, que permeó a juristas y a científicos sociales en general, obscureció la comprensión en un amplio espectro del fenómeno jurídico. Esta concepción, que ligó indisolublemente Derecho y Estado, y redujo el Derecho a mero Derecho estatal, resulta hoy estrecha e inadecuada para captar el comportamiento y los patrones de transformación que incluso el propio Derecho estatal presenta en las últimas décadas. Tanto en el ámbito internacional como el intra-nacional se desarrollan fenómenos que no alcanzan a ser explicados por este paradigma o que cuestionan algunas de sus principales afirmaciones. Los límites del Derecho moderno –maximalista, abarcador de todas las hipótesis sociales, coherente, unitario, del eterno presente– se expresan en el cambio constante de los ordenamientos jurídicos estatales, donde su obsolescencia crece (la del Derecho y la del derecho), donde su unidad y solidez se erosionan por su cambio constante y por su determinación radicada en múltiples sitios más allá del Estado. La realidad jurídica contemporánea se complejizó mucho más de lo que previeron las teorías jurídica y política liberales.

El paradigma jurídico dominante no impidió que subsistieran junto a él otros que discordaban en muchas de sus afirmaciones centrales. Y que, desde luego, permanecieron en situación marginal y subordinada. Algunas de esas posturas teóricas hace mucho que impugnaron el monopolio y la centralidad del Estado en el fenómeno jurídico. Aunque no fueron muy conocidas –al menos hasta hace relativamente poco tiempo–, permanecieron vivas y en ciertas "burbujas" académicas, bullendo y reproduciéndose.[11] Al grupo multicolor de posturas teóricas que compartían dicha impugnación se le conoce como pluralismo jurídico.

La perspectiva iuspluralista no es nueva como posición teórica. Lo novedoso es el auge que ha tenido en los últimos veinticinco años, rescatada como una opción teórica que permite acoger el análisis lo mismo de cuestiones relativas a la diversidad sociocultural (en donde han estado concentradas el grueso de las discusiones del pluralismo jurídico) que a las transformaciones que los nuevos modos de acumulación capitalista han traído a la

11 La afirmación de René David en *Les grands systèmes de droit comtemporais* (1964) lo ilustra: "[cada] Estado posee, en nuestro mundo, un derecho que le es propio, y a menudo incluso, diversos derechos son aplicados concurrentemente al interior de un mismo Estado", citado por González Galván, Jorge A., *El Estado y las…*, *op. cit*, p. 68.

arena del Derecho.[12] Su principal virtud (y pretensión) consiste en romper la equiparación Derecho-igual-a-Derecho-estatal, tomando a este como uno entre varios tipos de derecho, a partir del reconocimiento de que tal equiparación es restrictiva e inadecuada. Esta perspectiva teórica contribuye a: 1) ampliar la perspectiva de aquello que ha de considerarse como Derecho, 2) complejizar el análisis del mismo y 3) reformular la propia concepción del Derecho.

4. Los orígenes de la discusión iuspluralista

El pluralismo jurídico como concepto se originó hacia la década de 1930. Su principal y original cuestionamiento se dirigió contra el exclusivismo estatal en la producción jurídica,[13] así como contra la centralidad estatal en la ordenación normativa de la vida social. No es una teoría o corriente homogénea,[14] sino que está conformada por un conjunto de propuestas teóricas de alcances y contenidos diversos. El núcleo común que todas ellas comparten es el cuestionamiento de la centralidad y el monopolio estatales en la formación sociojurídica moderna,[15] en medio de grandes diferencias que alcanzan la significación misma de lo que ha de considerarse como derecho (algunas corrientes ni siquiera tematizan explícitamente a qué le llaman Derecho).[16]

---

12 Los trabajos que siguiendo la perspectiva del pluralismo jurídico se abocan a explicar el impacto de las nuevas formas de acumulación capitalista en el derecho son los menos. José Eduardo Faria (*El derecho en la economía globalizada,* Madrid, Trotta, 2001), Germán Palacio ("Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo" en *Critica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* No. 17, Curitiba, 2000, pp. 151 y 176) y Aleida Hernández ("Las transformaciones del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica", Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho-UNAM, México, 2011) presentan estudios que la han documentado.

13 En ese sentido se pronunciaron algunas posturas dentro de la emergente Sociología del Derecho o de las Escuelas con alguna filiación sociológica que tuvieron por antecedente la Escuela del Derecho Libre. En el campo de la sociología jurídica, Gurvitch fue uno de los pioneros que teorizó en torno a la pluralidad en el derecho; al respecto establecía diferencias entre especies de derecho, cuadros de derecho y sistemas de derecho, v. Gurvitch, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948.

14 Brian Tamahana, "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico" en Bonilla, Daniel *et al Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, 1993; John Griffiths "¿Qué es el pluralismo jurídico?" en Bonilla, Daniel *et al Pluralismo Jurídico, op. cit.* y Sally Merry, "Pluralismo jurídico" en Bonilla, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico, op. cit.,* por poner algunos ejemplos, no lo consideran una corriente sino un concepto.

15 Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo José, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Bonilla, Daniel et al, *Pluralismo Jurídico* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 24-34; Arnaud-André Jean y Fariñas Dulce, María José, *Sistemas Jurídicos, Elementos para un análisis sociológico,* Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 88 y ss.

16 María Teresa Sierra, "The revival of Indigenous Justice in México: Challenges for Human Rigths and State" en *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review,* No. 28, California, 2005; "Construyendo seguridad y justicia en los márgenes del Estado: La experiencia de la policía comunitaria de Guerrero, México" ponencia presentada en el *VII Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, Lima, 4-6 de agosto,

Las diferentes versiones del pluralismo jurídico han sido planteadas centralmente desde la línea de la Antropología y de la Sociología del Derecho. Sin profundizar en ellas, pues no es el propósito de este artículo, delinearé en trazos gruesos sus aportaciones (de la Antropología Jurídica y de la Sociología Jurídica crítica, deteniéndome un poco más en esta última), y algunos de sus más representativos exponentes.

Los estudios desde la Antropología en torno al Derecho han aportado mucho a la comprensión de este, sacándolo de los moldes formalistas y normativistas en los que había estado mayormente sumido por la disciplina jurídica. La Antropología Jurídica –como se le denomina al estudio antropológico de los sistemas normativos, incluido el Derecho– libre de las barreras disciplinares que la teoría jurídica sí tenía, fue la primera en asumir que el Derecho no era sólo estatal.[17] Al inicio asoció la existencia de una pluralidad jurídica con las sociedades coloniales,[18] donde el Derecho impuesto había generado formas propias a partir de los contextos locales. Sólo después se advirtió que las sociedades en general albergaban frecuentemente en su interior varios sistemas jurídicos, con independencia de que hubieran tenido un pasado colonial, hecho al que contribuía su complejidad cultural y jurídica. Hoy es prácticamente un consenso dentro de los estudios del pluralismo jurídico, dentro y fuera de la Antropología Jurídica, que la pluralidad jurídica es una situación empírica con la que se enfrentan en mayor o menor grado, todas las sociedades tengan o no, pasado colonial.

Las visiones antropológicas del Derecho, que dicho sea de paso han asumido la pluralidad jurídica como premisa, han concebido al Derecho desde diferentes ángulos: como discurso, como sistema de pensamiento,[19] como práctica,[20] o una mezcla de las anteriores. Esta última aserción está dentro de la destacada línea procesualista que encuentra al Derecho en las prácticas que tienen lugar en el marco del planteamiento y la resolución de disputas, y asume que las reglas se renegocian constantemente. Algunas de estas visiones se ligan y complementan entre sí. En muchas de estas explicaciones encontramos distinción que podemos encontrar entre cultura y Derecho es muy tenue, sobre todo si se observa a este lo suficientemente cerca. Los trabajos etnográficos de las

2010; Laura Nader, *The Life of the Law. Anthropological projects,* University of California Press, California, 2002; Jane Collier, *El derecho Zinacanteco. Procesos de disputa en un pueblo indígena de Chiapas*, CIESAS/Universidad de Ciencias y Artes, Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 1995; Victoria Chenaut, "Género y justicia en la Antropología jurídica en México", México, *Papeles de Trabajo*, No. 15, 2007, http://www.scielo.org.ar/pdf/paptra/n15/n15a03.pdf> consulta del 27 de febrero, 2011 afirman la pluralidad jurídica insertas en la línea procesualista.

17 En el estudio del derecho desde la antropología autores como Bronislaw Malinowsky, Max Gluckman y Paul Bohannan, fueron pioneros y sus obras forman parte de la literatura clásica y fundamental en el tema.

18 Moore, Sally Falk, *Law as a process*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.

19 Merry, Sally Engle, "Pluralismo jurídico" en Bonilla, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico,* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, [1998] 2007.

20 Laura Nader, Jane Collier, Sally Moore, Teresa Sierra (cito algunos de sus trabajos sobre el tema antes), John Comaroff (Comaroff, John, *Rules and processes: the cultural logic of dispute in an African Context*, The University of Chicago Press, Londres, 1981).

y los autores mencionados dan suficiente cuenta de esta afirmación. Pero en ellos vale la pena resaltar tres aportes decisivos en el estudio del Derecho. El primero consiste en el reconocimiento del Derecho como una institución, no autónoma, sino conectada con las estructuras sociales y culturales, con la organización económica y política, así como con los hábitos profesionales o la religión (posiblemente en la disciplina antropológica esto sea una verdad de Perogrullo, no así en la jurídica, recuérdese la pureza metódica y la expulsión del análisis de elementos metajurídicos). El segundo reside en el registro del poder como un factor determinante en las interacciones dentro del mismo.[21] Por último, el tercero radica en el énfasis hecho respecto de la relación mutuamente constitutiva entre el Derecho estatal y los otros derechos y órdenes normativos.[22]

En efecto, una contribución insoslayable para el entendimiento del Derecho que hace la Antropología Jurídica es destacar la "contaminación" de este. Muestra cómo está salpicado por (al tiempo que salpica a) otras formas de control social, y por componentes que no son propiamente jurídicos aunque habiten dentro del Derecho: valores culturales, económicos, religiosos, contiendas de diversa índole. Si bien, el cuestionamiento a los límites de la autonomía del Derecho y lo jurídico, y el tema de las prácticas jurídicas, contextualizan y ensanchan la comprensión del Derecho, la ausencia de fronteras (cuyo uso es un "mal" teóricamente necesario) en el análisis, puede extraviarnos. En la literatura antropológica la referencia al término Derecho con frecuencia tiene un significado sobreentendido, muchas veces equiparado con el de forma de control o con orden normativo. Palabras como "ordenación", "regulación social", "ordenación normativa", "ordenamiento normativo", "formas de ordenamiento de la conducta", "justicia", "ley" y "derecho", son tratadas de forma intercambiable o sinónima. Y la variedad e imprecisión en los términos no es sólo un asunto técnico o de discurso, toca directamente el significado mismo de aquello que es el foco de atención. La extrema laxitud en los términos evoca el desdibujamiento de los límites que aparecen sólo intermitentemente.

Un sector dentro de la Antropología Jurídica considera que el Derecho está constituido por prácticas. Si bien puede acordarse centralmente –pero no exclusivamente– con esta afirmación, ese enfoque ilumina una arista del Derecho al tiempo que obscurece otra, pues pareciera presentar cierto desdén normativo. No hay que olvidar que aunque el Derecho se constituya por prácticas, estas no surgen de modo amorfo o caótico. Las mismas están guiadas por estándares normativos que son impuestos por una autoridad reconocida y autorizada para ello, y que para hacerlo han de recurrir al uso de la fuerza, incluso física, en caso del incumplimiento de su decisión o de la infracción de las reglas. El Derecho en

21 Nader, Laura, *The Life of the Law. Anthropological projects,* University of California Press, California, 2002.

22 Algunos autores dentro del pluralismo jurídico afirman la existencia de pluralidad incluso dentro del propio Derecho estatal (Merry, Sally Engle, "Pluralismo jurídico" en Bonilla, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico,* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, [1998] 2007, p. 129). Afirmar o negar este aserto nos conduce ineludiblemente a delimitar los contornos del concepto derecho, para saber si la pluralidad de prácticas implica pluralidad jurídica o no.

resumen, abarca prácticas normativas, pero no cualquier práctica normativa es Derecho.[23] Muchas otras reglas y normas pululan en contextos donde existen derechos no-estatales que no son reconocidos como parte de algún sistema jurídico (por ejemplo, el hecho de que haya una regla doméstica entre dos consortes no siempre autoriza a que la violación de esta sea apelada frente a la autoridad del Derecho en cuestión; para que se pueda activar la maquinaria del Derecho no-estatal ha de acordarse, en principio, el posible incumplimiento de una norma, una regla o un principio). Esto no excluye la flexibilidad de las reglas y las normas, cuya reconstrucción puede ser orientada por los participantes durante el juicio,[24] pero tampoco nos coloca en la posición de que estos establecen sin límites y desde cero, las reglas que ahí mismo han de negociarse.

Dentro de la perspectiva pluralista en el análisis del Derecho, y fuera de la antropología, ha sido en la sociología jurídica donde se ha abierto la discusión. Algunos sociólogos del Derecho como Eugen Ehrlich y Georges Gurvitch fueron los precursores del pluralismo jurídico. Si bien en una posición muy marginal, y sin hacer referencia explícita al término de pluralismo jurídico, arrancaron la raíz del derecho depositada exclusivamente en el Estado y la recolocaron en el ámbito social. En las *asociaciones sociales*, para el primero, en los *grupos sociales,* para el segundo.[25] Sus posiciones confrontaban al formalismo jurídico, precondición que tenía por objetivo una comprensión más abierta y realista del Derecho en la arena social.

Desde mediados de la década de los treinta del siglo XX, Georges Gurvitch[26] toma una posición enfrentada al estatalismo del positivismo normativista. En sus estudios sobre

23 La posición de Moore no establece diferencias entre el derecho y el resto de los órdenes normativos. Incluso, su referencia al derecho se vincula casi siempre con lo estatal, v. Moore, Sally Falk, *Law as a process*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.

24 Nader plantea que los participantes del litigio son vistos como hacedores del derecho. Su teoría de los usuarios se orienta en ese sentido, v. Nader, Laura, *The Life of the Law. Anthropological projects,* University of California Press, California, 2002.

25 Georges Gurvitch no introduce el término de pluralismo jurídico, pero lo describe al afirmar que los grupos sociales producen su propio derecho, entre los que menciona al Estado, pero como uno entre muchos más, Gurvitch, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948; la misma posición puede verse en su trabajo posterior, Gurvitch, Georges, *Los marcos sociales del conocimiento,* Mario Giacchino (trad.), Monte Ávila Editores, Caracas, 1969. Tampoco Eugene Ehrlich menciona propiamente el término pluralismo jurídico, pero de su concepción del Derecho se desprende también como un precursor de esta corriente. Para él el reconocimiento verdadero de lo que es Derecho, debe ser buscado no sólo en el Derecho estatal (moderno) sino en la vida de las asociaciones incluyendo las ignoradas o desaprobadas por el Derecho estatal, es ahí donde se encuentra el *derecho vivo*. Hay un innegable paralelismo entre este concepto y la línea de la antropología jurídica, que encuentra al Derecho en las prácticas. Pero se distancia de ellas en el aspecto de que para Ehrlich el centro del Derecho no está en las formas cómo se resuelven las disputas o en la administración de justicia, sino en su función organizadora, de ahí que al estudiar el Derecho destaque el concepto de *normas de ordenación*, Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo José, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Bonilla, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

26 Para abundar sobre los criterios seguidos por Gurvitch en lo que reconoce como el fenómeno jurídico y su creación, puede consultarse, Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948.

el Derecho, afirmaba que Estado es uno de los tantos entes que producen derecho, al lado del cual se encuentran múltiples formaciones sociales que también lo hacen. Comienza por distinguir dentro de la realidad social distintas formaciones, tales como a) formas de sociabilidad, b) grupos sociales y c) sociedades globales. Según él, a cada una de esas formaciones de la realidad social le corresponde un tipo de producción jurídica. En el mencionado orden de las primeras: a') especies de Derecho, b') cuadros de Derecho, que representan una síntesis de las especies de Derecho y c') sistemas de Derecho, en los que combaten y se combinan diversos cuadros de Derecho. Gracias a la mayor síntesis que existe al interior de estas formaciones sociales existen ventajas de unas sobre otras. Así, la sociedad global tiene ventaja sobre los grupos sociales, y estos la tienen sobre las formas de sociabilidad. Lo cual "no impide, de ninguna manera, que las formas de sociabilidad engendren una su *(sic)* propia especie de Derecho y desempeñen, precisamente, al lado de los grupos y de las sociedades globales, en las cuales están integradas, el papel de fuentes primarias del Derecho".[27] Gurvitch expone que la síntesis mayormente desplegada entre unos tipos de formaciones sociales más que en otros, provoca que la coacción esté mayormente administrada en algunos de ellos, de modo que la coacción está más directamente relacionada con los cuadros que con las especies de derecho, y aún más por los sistemas de Derecho que por los dos anteriores. Ello explica por ejemplo, que la coacción se halle más directamente relacionada con la protección del Derecho estatal[28] que con el derecho de alguna comunidad, aunque el segundo pueda beneficiarse de la protección del primero. Pero el mayor grado de coacción es sintomático de la unidad del grupo, y no de la capacidad de producir derecho de este.

Aunque el sociólogo francés no haya hablado estrictamente de pluralismo jurídico, pueden identificarse en sus planteamientos, dos afirmaciones básicas que encaminarían el surgimiento posterior del mismo:

> Los elementos sociológicos irreductibles, no son los individuos como suele afirmarse, sino las formas de sociabilidad. Entre las más pronunciadas se encuentran, el pluralismo, la variedad movible y la indeterminación de la vida social.[29]
>
> "(…) todas las manifestaciones de la sociabilidad activa (interpenetraciones que tienen una obra que realizar; relaciones con tercero que consisten en cambios, contratos, relaciones de propiedad, conflictos y luchas) y todos los grupos activos (nación, estado, villa, aldea, fábrica,

27 Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica, op. cit.,* p. 158.

28 "la soberanía ha sido elaborado en la época histórica precisa, en que el ordenamiento jurídico de los grupos globales ha concedido una marcada preeminencia al orden estatal… El estado territorial, al afirmar su soberanía, defendía de preferencia su monopolio de la coacción incondicional, es decir, su independencia en el exterior, frente a toda organización que pretendiera un carácter estatal, y su supremacía en el interior frente a todo grupo que tuviese la misma pretensión, es decir, disponer de la coacción incondicionada", *Ibíd.,* p. 220.

29 *Ibíd.,* p. 156.

sindicatos, cooperativa, clases, sociedad internacional, etc.) son productivos en el punto de vista del derecho, secretan su propio derecho y se acondicionan según una reglamentación jurídica".[30]

Eugene Ehrlich por su parte, tampoco refería el término de pluralismo jurídico, pero es al igual que Gurvitch su precursor porque sostiene que el Derecho no ha de ser encontrado sólo en el Estado. Para él el reconocimiento verdadero de lo que es Derecho, debe ser buscado más bien en la vida de las asociaciones incluyendo las ignoradas o desaprobadas por el Derecho estatal. Es ahí donde se encuentra el *Derecho vivo*. Esta fue una aportación decisiva en la Sociología del Derecho y en los estudios sobre el mismo desde una perspectiva empírica.

Hay un innegable paralelismo entre el concepto de derecho vivo y la línea de la antropología jurídica, que encuentra al Derecho en las prácticas. Pero se distancia de ellas en el aspecto de que para Ehrlich el centro del Derecho no está en las formas cómo se resuelven las disputas o en la administración de justicia, sino en su función organizadora, de ahí que al estudiar el Derecho destaque el concepto de *normas de ordenación*.

Es hasta la década de 1960, cuando comienzan a gestarse de forma más creciente los estudios sobre el pluralismo legal en sociedades "complejas", junto a las perspectivas sobre la informalización de la justicia. Algunos autores que han profundizado en la discusión pluralista desde la Sociología del Derecho (los más), pero también desde la Teoría y Filosofía del Derecho considerando los debates sociológicos. En el ámbito latinoamericano las discusiones iuspluralistas han cundido bastante, tal como lo muestran los trabajos de Antonio Carlos Wolkmer,[31] Germán Palacio,[32] Mauricio García Villegas,[33] José Eduardo

30 *Ibíd.,* p. 159, las cursivas son mías. Una afirmación en el mismo hacia la década de los 60 la hace René David "El Derecho puede bien concretizarse, en una época y en un país dado, en un cierto número de reglas. El fenómeno jurídico, sin embargo, es más complejo. Cada Derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y la función misma del Derecho…sin embargo cualquiera que sea su valor y cualquiera que haya sido su expansión, están lejos de dar cuenta de toda la realidad del mundo jurídico contemporáneo. Al lado de estas concepciones que ellos representan, o combinándose con sus concepciones, otras maneras de ver persisten, concernientes a la buena organización de la sociedad y continúan siendo determinantes en un gran número de sociedades". David, René, *Les grands systèmes de droit comtemporains,* 1964 citado por González Galván, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México, op cit.*, p. 69.

31 Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito,* Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001.

32 Palacio, Germán, "Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo" en *Critica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* No. 17, Curitiba, 2000.

33 Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (dirs. y coautores), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico. Tomo I,* Colciencias-Ediciones UNIANDES- Facultad de Derecho-Cijus-Centro de Estudos Sociais- Universidad de Coimbra-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

Faria,[34] César Rodríguez,[35] Amilton Bueno de Carvalho, Esther Sánchez,[36] Óscar Correas,[37] Jesús Antonio de la Torre,[38] Raquel Irigoyen,[39] Daniel Nina,[40] Amilcar Pop, entre otros que engrosan cada vez el círculo de interesados en esta propuesta teórica. Fuera del ámbito latinoamericano pueden mencionarse a André Jean Arnaud y María José Fariñas,[41] Peter Fitzpatrick,[42] Brian Tamanaha,[43] William Twinning, René Kupé, André Hoekema y Boaventura de Sousa Santos.[44]

Los aportes de los sociólogos que estudian el Derecho y de los juristas que incorporan un análisis sociológico han tenido sus propias improntas. Pero tanto la teoría heterodoxa del Derecho, como la Sociología Jurídica –de los juristas o de los sociólogos–, han compartido la preocupación de dotar al estudio del Derecho (lo cual abarca la concepción misma de este) de un sustrato empírico que no le proveía el paradigma jurídico dominante.

Con todo y los visos endogámicos que cada línea –antropológica y la sociológica– pudiera tener, han ido desarrollando vasos comunicantes que estimulan su intercambio

34 Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada,* Madrid, Trotta, 2001.

35 Santos, Boaventura de Sousa, y Rodríguez Garavito, César, "El derecho la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica" en Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *El derecho y la globalización desde abajo,* Anthropos, México, 2007.

36 Sánchez Botero, Esther, "La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia", *Colección Nueva Antropología*, 2009; Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Facultad de Derecho/Ciencias Políticas y Sociales-Unibiblos, Bogotá, 1998.

37 Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes,* CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007; Correas, Oscar**.** *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena***,** Fontamara, México, 2003.

38 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde El Sistema Comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero" en Ardila Amaya, Edgar *et al Memorias II Conferencia Internacional Justicia Comunitaria "Construir democracia hoy"* Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto, Bogotá, 2005; De La Torre Rangel, Jesús Antonio, *El Derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, Aguascalientes, 1986.

39 Yrigoyen, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", en El Otro Derecho, Num. 30, Bogotá, 2004; Yrigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal,* Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

40 Nina, Daniel, "El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular" en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007; Nina, Daniel y Bidaguren, Jokin Alberdi, "Governability and forms of popular justice in the new south Africa and Mozambique!, Journal of Legal Pluralism, No. 47, 2002.

41 Arnaud-André Jean y Fariñas Dulce, María José, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico,* Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

42 Fitzpatrick, Peter, "No cabe duda": Mabo y el fracaso de la base legal en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes,* CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007; Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998.

43 Tamahana, Brian Z., "La insensatez del concepto científico social del Pluralismo Jurídico" en Bonilla, Daniel *et al, Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993).

44 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta, Madrid, 2009; Santos*,* Boaventura de Sousa y Rodriguez, César (coord.). *El derecho y la globalización desde abajo, Anthropos,* México, 2007; Santos, Boaventura de Sousa, entre muchos otros.

teórico. Tal como puede confirmarse en las obras de juristas, sociólogos y antropólogos, los debates formulados al interior de cada una de las líneas se han alimentado intensamente de las otras y viceversa.

5. La propuesta teórica del pluralismo jurídico

Es cierto que el paradigma jurídico moderno no sólo no ha desaparecido, sino que en múltiples aspectos y esferas se mantiene vigente. Pero lo es también que convive ahora mismo con otros modelos teóricos (como he mostrado, es el caso del iuspluralista) que en la medida que ganan terreno en la discusión, adelgazan la posición simbólica de la legalidad moderna. Vista la polifonía y diversidad interna que presenta el pluralismo jurídico, sólo muy recientemente es que puede comenzar a hablarse propiamente del nacimiento de un paradigma iuspluralista. Pero, más allá de la reiterada afirmación de que el Derecho no es sólo Derecho estatal, ¿Cuáles son las propuestas y las implicaciones teóricas del paradigma del pluralismo jurídico? ¿Qué herramientas analíticas de potencia preferente nos ofrece? Porque está claro que para constituir un paradigma hace falta mucho más que criticar al dominante.

El paradigma del pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que guía las investigaciones jurídicas bajo la denuncia central de la falsedad del monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado, y que, sin tomar a ninguna sociedad en particular como modelo general,[45] busca captar en su análisis el amplio espectro del fenómeno jurídico en sus múltiples expresiones contemporáneas.

Los debates, las reflexiones y las proposiciones teóricas de los estudiosos del pluralismo jurídico, influidas por los núcleos disciplinares de cada uno, lo han ido robusteciendo. No existe en él una total unidad de criterios, aunque en torno a ciertos aspectos el desacuerdo decrece, o al menos, los términos del mismo van quedando planteados. Con todo, el pluralismo jurídico sigue siendo internamente diverso. Algunos de los temas que han sido discutidos y planteados en los debates iuspluralistas de forma más recurrente, pueden enumerase como sigue: I. Cuestionamiento de la identidad Derecho-Derecho estatal; II. Definición de pluralismo jurídico; III. Cuestionamiento de la centralidad del Derecho estatal en la regulación jurídica moderna; IV. Planteamiento de presupuestos teórico epistemológicos distanciados del paradigma jurídico dominante. Me detendré de forma rápida en cada uno de ellos, donde insertaré formulaciones derivadas y líneas de debate sugerentes suscitadas en su interior.

5.1. El Derecho es más que Derecho estatal

La aseveración de que el Derecho, no es sólo Derecho estatal, o lo que es lo mismo, que el Estado no es el único ente productor de derecho (monismo jurídico), es la única línea

45 *Ibíd.,* p. 70.

que sí goza de un consenso al interior de las discusiones iuspluralistas. Como se ha dicho, es la afirmación original del pluralismo jurídico y que define el límite de quienes se consideran partidarios de él. Pero esta conlleva otras y da paso a cuestionamientos que exigen pronunciarse al respecto. El primero y más evidente tiene que ver con la propia noción de Derecho.

5.1.1. Un concepto alternativo de Derecho

Desde el inicio mismo, así como en el propio devenir del debate iuspluralista, ha estado presente la cuestión de qué ha de entenderse por Derecho. Afirmar que el Derecho es mucho más que Derecho estatal, es ir a contrapelo de la concepción moderna más esparcida en torno al Derecho y al Estado. Y apelar a una concepción del Derecho que cuestiona los cimientos sobre los que se ha edificado la concepción dominante, tiene que disponer de una (su) definición de qué es el Derecho. Estudiar al Derecho desde *otros* referentes, aseverar que él no es sólo lo que el *mainstream* ha dicho que es, obliga doblemente a su definición, por más provisional o incompleta que esta sea. Es una pregunta cuya respuesta quizá no pueda ser concluyente, pero tan importante que su planteamiento no puede desatenderse. El significado del Derecho tiene aquí suficiente peso como para obviarlo.

Atendiendo la necesidad de fijar al respecto una posición y ciertos límites, sin que ello implique plantear un concepto concluyente, propongo tomar punto de partida para un concepto iuspluralista del Derecho, lo propuesto por Santos, que lo define como el

> "cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado por el uso de la fuerza".[46]

En la noción vertida se encuentran cuatro características que[47] representan condiciones necesarias para decir de un fenómeno que implique regulación social de la conducta, que es Derecho: 1) procedimientos y estándares normativos regulados, 2) *retórica*, representada por el potencial persuasor de los argumentos a través de mecanismos verbales y no verbales; 3) *burocracia*, implicada en las imposiciones hechas por la autoridad[48] correspondiente, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo

46 Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002(a), p. 20. Una posición similar la aportan Arnaud, André-Jean y Fariñas Dulce, María José, quienes reconocen a un sistema jurídico como a) entramado social cuya función primordial es la de integración o control social; b) esta se expresa a través de la orientación de comportamientos y la resolución de conflictos y de c) símbolos normativos persuasores de la conducta que también pueden considerarse causales de comportamientos sociales (Arnaud, André Jean y Fariñas Dulce, María José, *op.cit.*, p. 31, 80 y sigs.).

47 La explicación de lo que el autor entiende por retórica, burocracia y violencia las describe en (Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002(a), pp. 20-23).

48 El autor las refiere como autoritarias.

de procedimientos regulados y estándares normativos y 4) *fuerza*, expresa mediante la amenaza del uso de la fuerza, incluida la física.

La importancia de trazar un concepto iuspluralista del Derecho además de lo dicho arriba, obedece a la necesidad de fijarle contornos mínimos. Los críticos del pluralismo jurídico han dirigido contra él impugnaciones, no gratuitas, de que sacarlo del molde que lo identifica como de exclusiva producción estatal, puede expandir sus fronteras hasta el exceso.[49] A tal punto, que se pierda la diferencia entre lo que es Derecho y no lo es. Eso precisamente es lo que se observa particularmente con los trabajos de Antropología Jurídica, donde suele igualarse sistema normativo o mecanismos de regulación y control, con Derecho. En este orden de ideas, cabe preguntarse: si entre Derecho y control social no hay diferencia, y si el Derecho es igual a cualquier conjunto normativo o a cualquier forma de regulación social ¿Qué sentido tiene el empleo del término? ¿Cuál es la utilidad de conservarlo? Para que los términos mantengan su potencia explicativa, deben también mantener ciertos límites.

5.1.2. Interlegalidad

Los diferentes acercamientos en terreno hechos a los sistemas jurídicos no estatales –al respecto, de nuevo, la Antropología ha sido la más prolífica– han mostrado que estos no son totalmente autónomos o independientes de los Derechos estatales. Más bien, se constituyen influidos por estos. Los tipos y niveles de influencia fluctúan en función de los contextos locales y de las coyunturas ocurridas en su interior. Dichas influencias pueden estar vinculadas con la definición de normas y principios hasta la conformación burocrática, pasando por mecanismos –formales y no formales– de distribución de competencias entre ambos sistemas. Pero los acercamientos mencionados, igualmente muestran que las influencias son mutuas, de modo que no sólo los Derechos no-estatales reciben la penetración del Derecho del Estado, sino que también a su vez, este se ve permeado por aquellos. Las influencias mutuas hacen que en no pocas ocasiones los bordes entre un sistema jurídico y otro sean obscuros y/o móviles. En el argot iuspluralista, esa franja donde tienen lugar los intercambios de diversa índole entre dos (o más) sistemas jurídicos, y en la cual resulta indeterminada, imprecisa o móvil la frontera donde termina uno e inicia el otro, ha sido conocida como *interlegalidad*.[50] Eso muestra que los diferentes sistemas

49 Brian Tamanaha hace una mordaz crítica al uso del concepto (Tamanaha, Brian Z., "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico", *op. cit.).* Sally Merry por su parte, aunque es partidaria del uso del concepto, reconoce que "al escribir sobre el pluralismo encuentro que, una vez derrotado el centralismo jurídico, llamar derecho a todas las formas de ordenación que no son derecho estatal hace que el análisis se torne confuso. *Los trabajos académicos en este campo no han demarcado con claridad un límite entre los órdenes normativos y dentro de estos lo que puede y no puede llamarse derecho*" (Merry, Sally, *op. cit*., p. 107). Las cursivas son mías.

50 Teresa Sierra ha documentado copiosamente casos que ilustran esas franjas de interlegalidad, algunos trabajos al respecto son: Sierra, María Teresa, "The revival of Indigenous Justice in México: Challenges for Human Rigths and State" en *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review,* No. 28, California, 2005(a);

jurídicos conviven y han convivido –a veces de forma armónica, en otras, conflictiva– influyéndose mutuamente, traslapándose.

5.1.3. La contextualidad social impresa en la conformación jurídico-normativa

El Derecho es un producto social y como tal, es reflejo de la sociedad en la que nace. Esto implica no sólo que múltiples sistemas jurídicos conviven entre sí, traslapándose e influyéndose mutuamente. Sino que ellos presentan dinámicas y características propias, proporcionales al contexto social y cultural en el cual se desarrollan. Todo lo anterior deriva en la constitución de una iusdiversidad.

5.2. Definición de pluralismo jurídico

5.2.1. Pluralismo jurídico de hecho y pluralismo jurídico teórico

Cuando se recorre la literatura sobre el tema es notorio que las definiciones mismas de pluralismo jurídico son formuladas en oposición o refutación al monismo jurídico, pero que todavía con mucha frecuencia, siguen sin ir mucho más allá que eso. El debate en torno al pluralismo jurídico ha avanzado mucho, las nuevas producciones intelectuales estudian, ya no cómo definirlo, sino cómo se expresa la interlegalidad, los Derechos no estatales, cómo los diferentes sistemas jurídicos negocian la aplicación de sus normas y los liderazgos que tienen como mecanismos de ordenación de la vida social, todo ello, en la práctica. Posiblemente debido a eso, se ha visto como obvio o innecesario plantear acuerdos en torno a cuestiones tan simples como la propia definición de pluralismo jurídico.

Los "apellidos" puestos al pluralismo jurídico evidencian las diferencias que el propio concepto sigue provocando, sintomáticas de la falta de acuerdo en su significado: pluralismo jurídico fuerte y débil (concepción legalista del pluralismo jurídico),[51] pluralismo jurídico clásico y nuevo pluralismo jurídico, pluralismo jurídico aparente, pluralismo jurídico formal unitario y pluralismo jurídico formal igualitario,[52] pluralismo juricultural

---

Sierra, María Teresa, *Justicia Indígena y Estado. Retos desde la diversidad*, México, 2005 (b); Sierra, María Teresa, "Derecho indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad", *Revista del IIDH*, núm. 41, Costa Rica, 2005(c), pp: 287-313; Sierra, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas,* CIESAS–Miguel Ángel Porrúa, México, 2004; entre otros.

51 Griffiths al designar pluralismo jurídico en sentido fuerte y débil, se refiere al primero como excluido por la narrativa del centralismo jurídico y al segundo, como interno al derecho estatal cuando este reconoce otros derechos consuetudinarios preexistentes (Griffiths, John, *op. cit.).*

52 Hoekema, André, *oc. cit*., pp. 269-271.

transformativo,[53] pluralismo jurídico posmoderno, pluralismo jurídico como una expresión del derecho alternativo,[54] pluralismo jurídico –a secas–, entre otras.

Al respecto, suscribimos la definición de pluralismo jurídico que lo reconoce como la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, independiente del reconocimiento que como tales estos hagan entre sí.

Dentro de los estudios sobre pluralismo jurídico las diferentes posiciones parecen referir a este de dos formas: (a) como la descripción de un fenómeno que tiene verificaciones fácticas, y (b) como modelo teórico o paradigma jurídico.

John Griffiths, en un artículo en el que recogía las principales discusiones iuspluralistas aparecidas hasta el momento de su publicación, acuñó el concepto de centralismo jurídico o legal –la traducción más cercana de este término en clave de la teoría del Derecho sería *monismo jurídico*–[55] y lo enfrentó al de pluralismo jurídico. Consideró que el primero era un concepto de fines ideológicos, en tanto el segundo era un hecho (ocluido por el primero). Muchos adoptaron el término de centralismo jurídico sin objeciones y continuaron el debate abierto por Griffiths –principalmente en Inglaterra y EEUU.[56] Al interior de este sí se planteó más a menudo la discusión en torno a la definición del Derecho y del propio concepto del pluralismo jurídico.

Con objetivos similares, dicho autor también hizo énfasis en la distinción entre el pluralismo jurídico como concepto útil para la descripción empírica y como proposición con fines ideológicos, según Griffiths, frecuentemente tributantes al centralismo legal

53 Inksater, Kimberly, "Definiendo pluralismo juri-cultural transformativo" en <http://www.justgovernancegroup.org/Assets/PDFs/SeminarioInternacionalPotosINKSATERPluralismoJuriculturalTranformativo.pdf>, (s/f), consulta del 20 de junio 2010.

54 Sousa, María Lourdes de, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

55 Es un concepto acuñado para referir lo que las teorías del Derecho dominantes designan como *monismo jurídico*, esto es, el principio que reconoce que la producción jurídica es monopolio del Estado. Griffiths al introducir el concepto de la ideología del *centralismo jurídico*, se refiere a él como una afirmación ideológica que tiene la pretensión de aparecer como científica, y que ha constituido el principal obstáculo para el estudio empírico del Derecho. A decir del autor, "es una ideología, una mezcla de afirmaciones sobre cómo debe ser el mundo… desde hace mucho tiempo la ideología del centralismo jurídico ha sido el principal obstáculo para el desarrollo de una teoría descriptiva del derecho". "El pluralismo jurídico es un hecho. El centralismo jurídico es un mito, un ideal, una pretensión, una ilusión. Aún así, la ideología del centralismo jurídico tiene un arraigo tan poderoso en la imaginación de los juristas y de los científicos sociales, que la imagen que tienen del mundo jurídico se convierte en un hecho y en la piedra fundacional de la teoría social y jurídica", V. Griffiths, John, *op. cit.,* pp. 149 y 152.

56 Es posible que esto haya estado vinculado al hecho de que en dichos países el derecho estatal pertenece a la familia jurídica del *common law*, cuya lógica es mucho más presta a la flexibilidad que la de los países en donde se aplican derechos estatales de la familia romano-germánica, cuya tradición está más asociada a la rigidez, dado su carácter fundamentalmente escrito y tendiente a la formalización.

> "Pocas veces se reconoce, y cuando ocurre es por casualidad, que podría existir otra manera de estudiar el pluralismo jurídico: en el "plano de apreciación de los hechos", por ejemplo que a efectos científicos no asumiría la pretensión ideológica del orden jurídico "principal" -tal como ese orden se describe a sí mismo-"[57]

El planteamiento de la ideología del centralismo legal, así como el llamado a dar contornos al concepto de derecho y al de pluralismo jurídico, diferenciando en este último sus fines descriptivos de los ideológicos, obedecía a la preocupación de Griffiths por evitar que se reforzara la ideología del centralismo jurídico, haciendo pasar por pluralismo jurídico, aquello que no lo era. Si se aceptan como expresión de pluralidad jurídica situaciones que son en realidad monismo[58] disfrazado de ella, se pervierte el principal aporte que ha hecho el pluralismo jurídico: denunciar la estrechez de la concepción dominante del Derecho que lo reduce a mero Derecho estatal. Su alerta, hecha hace más de veinticinco años, tiene aún vigencia. El término de pluralismo jurídico parece emplearse por quienes teorizan contemporáneamente sobre él, para designar idénticos hechos que otros de ellos niegan porque consideran que, en rigor, no son expresiones del mismo, sino manifestaciones diversas del Derecho estatal o del propio centralismo legal absorbiendo otros Derechos no-estatales con falsas ostentaciones de reconocimiento. Por ejemplo, unas posiciones identifican como variaciones del pluralismo jurídico el pluralismo jurídico social (hay coexistencia de sistemas jurídicos sin reconocimiento estatal) y el pluralismo jurídico formal (hay reconocimiento por parte del Estado a los sistemas jurídicos no estatales, sea en la modalidad de pluralismo jurídico formal unitario o pluralismo jurídico formal igualitario).[59] [60]

---

57 Griffiths, John, *op. cit.,* p. 170.

58 El autor emplea siempre el concepto centralismo jurídico y no monismo jurídico. Uso este último porque recoge una posición conceptual y no la valoración crítica de un concepto o una teoría, como lo hace la expresión centralismo jurídico (a cuya formulación no adhiero por completo). Más que desacreditar un concepto por los efectos ideológicos que pueda tener, es necesario evidenciar su impotencia para explicar fenómenos sociales que se presentan. En otro sitio he afirmado que "no es tanto que la producción jurídica haya estado monopolizada por el Estado, como el que el paradigma iusmoderno dio esa sensación debido a la contracción de significado de la vida social que trajo la vocación cientificista del estudio del derecho" (López López, E. Liliana, *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico,* Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat – Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., San Luis Potosí, 2011, p. 189). A lo largo de todo el capítulo 3 justifico la impotencia explicativa no sólo del principio monista del derecho, sino muchos aspectos del paradigma jurídico moderno en el que se inserta.

59 Este es el criterio de Libardo José Ariza (*Identidad Indígena y Derecho estatal en Colombia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 86).

60 André Hoekema señala como pluralismo jurídico social a aquella situación en la que coexisten dos o más sistemas de derecho sin que este evento sea reconocido por parte del Estado. Según él, la convivencia de varios sistemas de derecho es reconocida por parte del Estado, estamos frente a un pluralismo jurídico formal. Este puede ser pluralismo jurídico forma de tipo unitario o de tipo igualitario. En el primer caso, el Estado conserva la facultad unilateral de determinar la validez, legitimidad y el ámbito de los sistemas de Derecho que él mismo reconoce. Normalmente el reconocimiento estatal a esos otros derechos se concentra en sus expresiones consuetudinarias (derecho consuetudinario), pero está sujeto a la merced del Estado, por lo que es bastante débil y restringido. Debido a esto último, y a que no cuestiona de raíz la formación jurídica, es la figura más recurrente en los ordenamientos estatales, pues mantiene una relación

En cambio otras posiciones condicionan la verificación del pluralismo jurídico a que la validez y el ámbito competencial de esos otros Derechos no estatales, no sean determinados unilateralmente por el propio Derecho estatal y no a la mera coexistencia de sistemas jurídicos "aparentemente distintos". En la medida en que la validación interna de esos otros Derechos depende del Derecho estatal, o en la que este determina las reglas en función de las cuales los primeros han de funcionar, no hay pluralismo jurídico. Nos encontramos frente al apuntalamiento de un *monismo jurídico* escondido tras los "esfuerzos" múltiples del Derecho estatal por "reconocer" o "incorporar" a otros sistemas jurídicos. Hay aquí un proceso de fortalecimiento del Derecho estatal que ha conseguido restablecer su monopolio jurídico engullendo a los otros sistemas jurídicos, manifestaciones diversas del propio derecho estatal disfrazadas de pluralismo jurídico.

Por otra parte, la marca del *centralismo jurídico* que todavía tienen las discusiones iuspluralistas, se ilustra en el hecho de que muchas de las teorizaciones sobre el pluralismo jurídico –lo mismo desde la Sociología que desde la Antropología Jurídica– mantienen la contradicción de tener al Derecho estatal como protagonista en el análisis. Llegando en ciertos casos, según se concluye de sus referencias al mismo, a asumir a este como "el" Derecho, aunque se le aluda justo para lo contrario.[61]

Las definiciones de pluralismo jurídico, así como las distinciones internas hechas alrededor del mismo, nos regresan al planteamiento arriba anotado, respecto de considerar al pluralismo jurídico como fenómeno empírico y/o como modelo teórico. Después de observar posiciones diferentes que implícita o explícitamente lo refieren como lo uno o lo otro, adquiere sentido recordar que detrás de toda "descripción" de la "realidad", hay una concepción de ella. En todo nombramiento y caracterización de la realidad social están implícitas previas construcciones teóricas y posicionamientos a su respecto. Las características y cualidades no son "entes" o "cosas" propias a la realidad social, cuya existencia esté ahí evidente y dispuesta a ser descubierta por el investigador/a. Esto es, resulta imposible –o insostenible– afirmar la existencia "empírica" de una pluralidad jurídica, sin un concepto implícito del Derecho (del mismo modo que es imposible elaborar un concepto del Derecho sin tomar insumos de la realidad social, a la que nombra y frente a

de supraordinación entre el Estado y "su" Derecho nacional respecto del otro(s) sistema(s) (entre los ejemplos de esta categoría pueden mencionarse algunos aspectos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT). En el segundo caso, en el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario se registra una simultaneidad igualitaria de diferentes sistemas jurídicos en sentido social, es decir el Derecho estatal no puede modificar unilateralmente las reglas que mantienen el reconocimiento de los demás Derechos no estatales. Estos, tienen "su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto tiene derecho a que su Derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional por los demás", según Hoekema, ambos tipos de pluralismo pueden eventualmente complementarse, cfr. Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *loc. cit,* p. 269-271.

61 Es el caso de Sally Merry.

la cual se posiciona hacerlo).[62] El Derecho mismo, considerado como normas, como forma de control, como discurso, como memoria o de cualquier otro modo, es un concepto que evoca una abstracción a la que no se le puede adjudicar sin más, un correlato empírico. En ese sentido, la referencia al pluralismo jurídico como fenómeno estaría inserta y contenida en el pluralismo jurídico como modelo teórico jurídico.

El paradigma del pluralismo jurídico implica una crítica al paradigma jurídico dominante respecto de la forma de concebir al Derecho y de abordar su estudio. Involucra también la búsqueda y propuesta de alternativas al mismo, rumbo a la generación de un nuevo sentido común jurídico,[63] mismas que han iniciado exhibiendo los límites del paradigma jurídico moderno, cuestionando y removiendo la estatalidad como rectora en la producción y aplicación del Derecho, y su protagonismo en el estudio del mismo. Como todo paradigma, máxime si confronta al dominante, está en proceso de construcción, y por tanto no exento de contradicciones e inconsistencias.

5.3. Cuestionamiento de la centralidad del Derecho estatal en la regulación jurídica moderna

Poner en tela de juicio el monismo jurídico significa no sólo cuestionar la afirmación de que el Derecho únicamente es producido por el Estado, sino también y como consecuencia directa, el que el Derecho estatal mantiene la centralidad en la regulación jurídica contemporánea. Deshecha la identidad principal –derecho igual a Derecho estatal– se hacen visibles los múltiples ejemplos que la ilustran.

Por un lado, en el ámbito internacional, la acción reguladora estatal es cada vez menos autónoma, progresivamente menos decidida de manera exclusiva por el Estado. Esto se debe –entre otras causas– a que las funciones reguladoras del Estado-Nación han pasado

62 Esta separación entre lo descriptivo como reflejo de la realidad (que tiene un tufillo cercano al principio de objetividad ya ampliamente cuestionado dentro y fuera de las ciencias sociales) y lo doctrinal o teórico queda clara en estos fragmentos "justo cuando el lector empieza a creer que está frente a un concepto distinto… de pluralismo jurídico en el sentido descriptivo fuerte, Gilissen enuncia sin solución de continuidad dos supuestos ejemplos del "*pluralisme juridique*", el primero de los cuales es una manifestación doctrinal pura, mientras que el segundo es un ejemplo empírico", más adelante continúa en la misma línea "para una teoría descriptiva resultaría imposible definir, en relación con reglas y situaciones, las ideas subyacentes de "diferencia" y "similitud", ya que esa distinción no es empírica sino jurídico-doctrinal", Gilissen, John, Introduction à l'etude comparée du pluralisme juridique" en Gilissen, John (ed.), *Le Pluralisme Juridique,* Bruxelles, 1971, pp. 163 y 165. En referencia al craso error (de Griffiths) que guarda confundir los fenómenos con la teoría que los explica Tamanaha arremete "No es necesario ser un escéptico para aceptar que el derecho es una construcción social y que, por lo tanto, no hay ningún acceso al derecho que no sea mediado. El Derecho es una creación conceptual. Aún para los científicos, un concepto acerca de qué es el derecho debe preceder cualquier observación del Derecho como hecho" Tamanaha, Brian*, op. cit*, p. 239.

63 Santos, Boaventura de Sousa, "La transición postmoderna: Derecho y política", *Doxa,* Núm. 6, 1989, Madrid, p. 252.

a ser dependientes de las características e imperativos del mercado y de la globalización económica.[64] Un ejemplo ilustrativo se halla en la autorización de créditos y prestamos condicionada a la adopción de políticas públicas y legislativas[65] impuesta por las Instituciones Financieras Internacionales (IFIS) mayormente a los países periféricos. En un tenor similar se ubica la influencia de presiones internacionales para establecer modificaciones en la legislación doméstica, sobre todo en materia de recursos naturales (minerales, petróleo, agua, maderas) y aspectos relativos.[66] Por el otro, está el ámbito intranacional. Aquí, la pluralidad jurídica involucra la coexistencia en un mismo espacio geográfico-político de un sistema jurídico oficial, accidentalizado, legal junto a otros 'no-oficiales, locales, tradicionales' de frecuente raigambre comunitaria. En el espacio intranacional se observan pulular una variedad de sistemas jurídicos coexistiendo en la misma delimitación política. En América Latina, podríamos citar como ejemplos desde los sistemas jurídicos indígenas de Colombia o Bolivia, hasta las favelas en el Brasil. Como en otras latitudes, en México el Estado tampoco tiene el monopolio de la producción jurídica tal como lo demuestran los casos de la Policía Comunitaria en Guerrero, el Consejo de Gobierno Comunal de Chéran en Michoacán, las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, entre muchos otros.

---

64 La acción estatal tendiente a eliminar los obstáculos políticos es una dimensión meta-contractual crucial de los contratos transnacionales *Cfr. Objetivos centrales del PPP*, www.ppp.sre.gob.mx, consulta del 2 de abril de 2005. En los lineamientos del ALCA se pueden encontrar copiosos casos que confirman la adaptación de la gestión regulatoria del Estado-Nación en función de las exigencias del mercado y del capital financiero transnacional. Al respecto puede ponerse por ejemplo el artículo 1, y ss., *Sección A, Capítulo XX del Tercer Borrador del ALCA*, "Artículo 1. Naturaleza y Alcance de las obligaciones. 1.1. Cada Parte [otorgará] [asegurará] en su territorio a los nacionales de las otras Partes, protección y observancia adecuada y eficaz para los derechos de propiedad intelectual. Cada Parte asegurará que las medidas destinadas a la protección y observancia de esos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo [ni al desarrollo socioeconómico y tecnológico]", http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXX_s.asp, consulta del 18 de septiembre de 2009. No es únicamente, el Estado quien decide las directrices en sus acciones de gobierno, sino que la entidad estatal está cada vez más condicionada por las fuerzas del mercado global o –que es lo mismo– de algunas instituciones que posibilitan la plena actividad del mismo. Nos referimos a las Instituciones Financieras Internacionales: Banco Mundial (BM), Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *V.* también, Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002, p. 20; Santos, Boaventura de Sousa, Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, "Capítulo I. Colombia. El revés del contrato social de la modernidad", en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (dirs. y coautores), El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Análisis socio jurídico. Tomo I,* Colciencias -Ediciones UNIANDES- Facultad de Derecho -Cijus-Centro de Estudos Sociais- Universidad de Coimbra-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

65 *V.* Mañán García, Oscar Mario, "*Las condicionalidad estructural de las IFIS y la autonomía de la política económica. Crítica a los argumentos de la impotencia", Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, Número 39, México, 2004, pp. 85-207; Fondo monetario Internacional (FMI), Condicionalidad del FMI, Ficha técnica, http://www.imf.org, consulta del 10 de abril de 2005.

66 Díaz Polanco explica de qué forma estuvo estrechamente conectada la trascendental modificación al artículo 27 constitucional (hecha en 1992 en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari), tendiente a allanar la legislación doméstica de acuerdo al contenido del TLCAN, en las vísperas de su firma. Díaz Polanco, Héctor, *La rebelión zapatista y la autonomía*, Siglo XXI, México, 1997, pp. 144 y ss.

El monismo jurídico no sólo se ve discutido por la existencia de sistemas jurídicos paralelos al estatal, sino también por la remoción de la centralidad del Derecho del Estado por *otros* centros, esto es, la *policentricidad*. Esta representa: (a) que el Estado no es el único productor de Derecho, sino que hay muchos otros centros de producción jurídica entre los cuales es uno más; y (b) que el Derecho estatal puede no ocupar el lugar principal dentro de esa multiplicidad de centros.

5.4. Presupuestos teórico epistemológicos que plantea el pluralismo jurídico

Debido a que el pluralismo jurídico propone una forma de concebir y de abordar el estudio del Derecho, que desafía la dominante, conviene hacer explícitos algunos principios que laten tácitos en su seno: (i) replantear las fronteras entre ser y deber ser, (ii) *contaminar* el análisis con elementos contextuales (culturales, políticos y sociales), (iii) desplazar al Estado como centro analítico privilegiado, (iv) incluir el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales, (v) objetividad reconstruida, neutralidad inexistente. Explicitarlos permite dimensionarlos y contribuye a avanzar en la propuesta epistemológica iuspluralista.

5.4.1. Replantear las fronteras entre ser y deber ser

La distinción entre *ser y deber ser* que abrazó casi sin cuestionamientos la dominante ciencia del derecho, hizo parte de la delimitación de su objeto de estudio. Por supuesto, esa fue una separación de carácter ideal a su vez, que formaba parte de la idea que la propia ciencia del Derecho debió construir sobre aquello que estudiaba y, por lo tanto, de sí misma. Bajo el pregón de que sólo describía y analizaba lo que era el Derecho, en realidad la ciencia del Derecho al interpretar, al definir, al señalar una respuesta de entre muchas como "racional", orientó muchas veces en los hechos, lo que el Derecho debía ser. Desde luego, las más de las veces sin reconocer esa dualidad. Pero ignorar algo nunca ha sido suficiente para desaparecerlo. El pluralismo jurídico propone replantear abierta y explícitamente esta separación. No para regresar a fincar la validez del Derecho en la justicia o en metanormas (iusnaturalismo). Tampoco para dictar un recetario sobre los contenidos que deberían habitar el Derecho. Sí para establecer la conexión necesaria –pero extraviada– entre realidad social y Derecho. Y también para que la cualidad prescriptiva que siempre tuvo la ciencia del Derecho, deje de ser bastarda. Hay más razones para atender la materia sustancial que integra los sistemas jurídicos, que para despreocuparnos de ella. En ese sentido, el paradigma iuspluralista ha de servir, en un primer momento, para romper la heredada y rígida división entre forma y sustantividad del Derecho. En un segundo momento, para proponer vínculos entre sustantividad jurídica y realidad social.

5.4.2. Contaminar el análisis con elementos contextuales (culturales, políticos y sociales)

Dentro de las concepciones del modelo positivista, centrales en la conformación del paradigma jurídico dominante, la asepsia metódica y la abstracción se presentaron como constantes.

La característica abstractificadora se observa inequívocamente en la referencia circular que hace del fenómeno jurídico[67] (autorreferencial), donde el centro del análisis se mantiene en la norma en sentido estricto[68] y en elementos puramente formales. Pero se observa también en el tratamiento que se hace del sujeto (la justicia es ciega): cuando aparece, el sujeto concreto emerge como mera referencia contingente dejando en su sitio a un sujeto siempre abstracto; en el resto de las ocasiones el sujeto resulta inexistente. Así, se logra teorizar sobre el fenómeno jurídico, que busca regular/controlar la conducta de los individuos humanos, prescindiendo de estos en el peor de los caos, y en el mejor, abstrayendo de estos su humanidad concreta. Este procedimiento abstractificador, permitió tanto en el Derecho como en la ciencia que lo estudiaba, mantener la contradicción de prescribir conductas que desarrollarían sujetos concretos, desatendiendo los acontecimientos en la materialidad real de los mismos. Por su parte la asepsia o pureza metódica como mencioné, consistió en expulsar de la ciencia del Derecho y de las teorizaciones en torno a él, todo elemento que no fuera exclusivamente jurídico. Bajo la lógica de la pureza metódica cualquier elemento sociológico, religioso, cultural fue analíticamente omitido, lo cual dio como consecuencia una visión parcelaria[69] del fenómeno jurídico. Abstracción y asepsia fueron dos características mutuamente.

El pluralismo jurídico en cambio, plantea "contaminar" el estudio del Derecho. Contaminar el estudio del Derecho significa reconectarlo con su concreción social, reconociendo que en su construcción y en el contenido del mismo se reproducen relaciones de poder y características socioculturales proporcionales al momento espacial-temporal en que este se desarrolla. Revelar las ascendencias socioculturales y políticas dentro del Derecho, es un movimiento necesario que precede y acompaña el acercamiento de este a la realidad social. El pluralismo jurídico propone apuntar dónde tiene lugar ese sistema jurídico, qué sujetos lo producen y bajo que contextos culturales, dónde está radicada su validez, cuál es la relación entre normas y la observación de las mismas, cómo se expresan y cómo se resuelven los conflictos de competencias entre dos sistemas

67 Es el caso de Hans Kelsen y Herbert Hart, v. Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia Jurídica",* Fontamara, México, [1979] 2003.

68 Pues en muchas ocasiones no se incluyen principios y directrices. Sobre estas distinciones v. Zagrevelsky, Gustavo, *Derecho dúctil*. *Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Trotta, Madrid, 2003.

69 En el sentido de separación constante de los fenómenos y de los campos del saber entre sí, así como de sus respectivos métodos. *V.* Solórzano Alfaro, Norman José, *Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno*, en De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coord., coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002, particularmente la nota 12, p. 145.

jurídicos en colisión, entre muchos otros temas. Así visto, el término contaminar se dirige al mismo tiempo en sentido opuesto tanto de la abstractificación como de la pureza metódica. Por una parte, combate la abstracción porque restaura la relación del Derecho con la realidad social. Sólo eso permite al derecho cumplir sus fines y acercarlo a sus destinatarios. La restauración analítica del nexo entre derecho y realidad social se expresa también en la atención a los contenidos sustanciales y no sólo formales en la conformación y dinámica del Derecho.

Por la otra, cuestiona la pureza metódica al incorporar elementos originalmente "no jurídicos" provenientes de los contextos socioculturales estudiados. No implica en absoluto rechazar en el estudio del Derecho los elementos "estrictamente jurídicos" (eso omitiendo el debate de si lo estrictamente jurídico está definido incontrovertiblemente), pero sí supone considerar exclusivamente tales elementos. Ir a contrapelo de la asepsia metódica es admitir que el sentido común, la religión, la moral, las costumbres y tradiciones, tienen un lugar no reconocido dentro de lo jurídico. Lo nutren, y a veces hasta lo constituyen. Cuando un ojo crítico dispuesto a ver se acerca lo suficiente, con frecuencia verá que los límites entre lo que es jurídico y lo que no, son difíciles de definir (sobre todo en el caso de los Derechos no estatales).

Contaminar el estudio del Derecho forma parte de los precios que ha de estar dispuesta a pagar una ciencia jurídica que quiera estudiar realmente cómo se comportan los múltiples sistemas jurídicos y no sólo el reducido espectro de las legislaciones, y a lo mucho, las determinaciones judiciales de los sistemas jurídicos estatales.

5.4.3. Desplazar al Estado como centro analítico privilegiado

Congruente con la propuesta nuclear del pluralismo jurídico, el estudio del Derecho dentro de los marcos iuspluralistas da al Derecho estatal el lugar que tiene: un lugar más entre la amplia gama de derechos.[70] Desde luego, no puede obviarse que el derecho del Estado ocupa un lugar importante, en muchos aspectos y espacios, primordial frente a otros.[71] El pluralismo jurídico tampoco pretende agotar el predominio estatal en el Derecho por mera declaración.

70 Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito,* Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001, p. 7; Santos, Boaventura de Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

71 "… el derecho siempre se ha manifestado en la vida de los distintos grupos sociales, cada uno de los cuales puede disponer de un sistema jurídico propio. En este sentido, *el estado no es sino un grupo social más de los que crean Derecho, aunque en la sociedad moderna ha logrado imponerse sobre los demás grupos sociales y monopolizar la producción formal del Derecho*, garantizada por su fuerza coactiva y basada en el paradigma individualista de la modernidad" Arnaud, André-Jean y Fariñas Dulce, María José, *op. cit*., p. 87; las cursivas son mías.

Pero sí busca contribuir a reducir el halo de omnipotencia que acuñó en torno a él el paradigma jurídico dominante. Ampliar la atención a las múltiples formas que presenta el fenómeno jurídico contemporáneo, contribuye a minar el dominio simbólico del Derecho estatal.

5.4.4. Incluir en el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales

El pautaje de conductas individuales y/o colectivas desarrolladas en sociedad permite la consecución de los fines del Derecho que conocemos, *grosso modo,* como bien común, seguridad y justicia.[72] Conceptos cuyo contenido sigue siendo problemático y discutido, pero que el modelo jurídico dominante, congruentemente con la separación entre ser/deber ser[73] dentro del Derecho, expulsó del análisis dentro de la teoría jurídica para reservarlo como tema de la Filosofía del Derecho. Eludió, con ello, analizar y admitir que todo sistema jurídico positivo se encuentra subordinado a ciertos fines que lo orientan y le imponen contenido.[74]

Toda vez que el Derecho tiene como núcleo un objetivo práctico (la regulación/control social), es ilógico pretender su logro omitiendo la conexión entre este y el desenvolvimiento de hechos dentro de la sociedad a la que tal Derecho quiere regular. Atender solamente los procedimientos de producción y aplicación autorizada de las normas jurídicas (elementos formales) y excluir el contenido que en ellas se deposita o se quiere depositar (elementos sustanciales), equivale a renunciar a establecer lazos entre Derecho y sociedad. Y equivale también a abandonar los fines que el Derecho dice perseguir.

5.4.5. Objetividad reconstruida, neutralidad inexistente

Los dictados modernos entronizaron la objetividad dentro de la producción de conocimiento científico. La confiabilidad del conocimiento producido era proporcional a la objetividad, esto es a la distancia fijada por el estudioso entre él y su objeto de estudio. Esa distancia contribuiría, supuestamente, a no tomar partido respecto de las manifestaciones del objeto estudiado.

Si convenimos que el estudio del Derecho tenga por fin, no sólo producir conocimiento (científico), sino además, que este ofrezca alternativas para enfrentar los problemas que aquejan a la sociedad de nuestro tiempo, no podemos menos que renunciar a la neutralidad y objetividad científicas. Eso no implica abrir las puertas a la arbitrariedad

72 No es aquí el objetivo ni el lugar para profundizar en estos conceptos.

73 Solórzano Alfaro, Norman José, *Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno*, *oc. cit*., pp. 110-113.

74 Delos, J. T. *El problema de los fines del Derecho: su lugar en la filosofía del Derecho*, en AA VV, *Los fines del Derecho*. *Bien común, justicia, seguridad*, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1997, p. 32. Aunque desde una perspectiva distinta también Kelsen asume a la seguridad como uno de los fines del Derecho.

declarada en la construcción del conocimiento, sino reconocer que dada la inmersión de todo estudioso en un contexto social determinado, es imposible analizar al mismo o a otro, bajo un manto de neutralidad y objetividad ideal propuesto por el positivismo. Asumir una objetividad dentro del estudio del Derecho es una ingenuidad, elocuente quizá, pero ingenuidad al fin. Se quiera o no, las construcciones humanas están plagadas de las características de su contexto socio histórico, así como de su subjetividad creadora. Además, acercar el Derecho al devenir social, a las necesidades que el pulso de la comunidad, regulada y por regular, demanda, exige tomar partido frente a ello.

6. Conclusiones: ¿Por qué el pluralismo jurídico es una opción pertinente?

Me gustaría concluir este artículo con una pregunta y la respuesta tentativa que podría desprenderse de todo lo hasta aquí dicho: ¿por qué el pluralismo jurídico es una opción teórica pertinente? Antes de responderla convendría perfilar un esbozo de acuerdo mínimo. No por su consenso sino porque a estas alturas del debate, no pesa sobre ellos un desacuerdo profundo:

El pluralismo jurídico es una propiedad de estructuras sociales, llámesele a estas campo social, campo social semiautónomo, grupo social o unidad política. No es exclusiva de las sociedades con pasado colonial.

La coexistencia de Derechos no-estatales no depende del reconocimiento que de ellos haga el Derecho estatal. Dejando de lado, por el momento, la identificación de qué es el Derecho, podría afirmarse que hay dos sistemas jurídicos distintos independientemente de si se reconocen entre sí como tales.

Los derechos o sistemas jurídicos que coexisten en determinado espacio social no lo hacen de forma aislada unos respecto de otros, sino que interactúan. A veces colisionan (cuando regulan la misma situación de forma diferente y/o contrapuesta o cuando los ámbitos de competencia se empalman). En otras se complementan, pero invariablemente se configuran mutuamente. Aunque cada uno de los derechos coexistentes "posee un espacio social privilegiado y su propia dinámica temporal",[75] se interpenetran y traslapan, dando lugar a franjas cuya pertenencia a un sistema u otro, es difícil ubicar (interlegalidad).

El pluralismo jurídico asume que el derecho es policéntrico, esto es, que varios centros sociales lo producen. Uno de esos centros es el Estado, pero no el único, y en ciertos casos, tampoco el principal.

75 López López, E. Liliana, *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, *op. cit*., p. 204.

El pluralismo jurídico es mucho más que un concepto que habla sobre el Derecho. Constituye un cambio estructural en los cimientos de la forma predominante en que se ha estudiado el Derecho y por eso, necesariamente una forma diferente de concebirlo y de guiar los estudios sobre el mismo. Por todo ello se afirma de él que es un paradigma jurídico. Un paradigma cuya pretensión es criticar, rivalizar y superar el paradigma jurídico moderno –que es el dominante y que ha tenido como núcleo al iuspositivismo– y que concibe al Derecho de forma chata, con proposiciones y principios impotentes para explicar cómo es, cómo funciona y por qué se comporta como lo hace, el amplio espectro sociojurídico contemporáneo. La propuesta iuspluralista, sin negar que la estatal sigue siendo la instancia social dominante productora de Derecho, reconoce que hay una multiplicidad de expresiones jurídicas con dinámicas propias. Con esto regreso a la pregunta planteada al inicio de estas conclusiones. En una apretada y escueta contestación a la misma, diría llanamente que el pluralismo jurídico posee mayor pertinencia frente a otros paradigmas, porque frente a ellos proporciona herramientas teóricas idóneas –muchas de ellas más potentes que las del paradigma dominante– para explicar cómo está conformado y cómo se comporta el amplio espectro sociojurídico actual, enfáticamente el mexicano y el latinoamericano. Pero también para comprender los patrones de producción y cambio que sufren los Derechos estatales, que conduce a pensar en ellos, no ya como universos autodeterminados, sino como piezas insertas en una regularidad a nivel mundial.

El paradigma jurídico dominante mostró sus bondades, pero también sus límites. Las primeras se concentraron en la exploración y explicación de la lógica interna del Derecho. Los segundos radicaron precisamente en explicar al Derecho y su dinámica, al margen del contexto social del que forma parte y que a su vez, también lo constituye, lo cual trajo como consecuencia un perjudicial blindaje analítico. Restringió el significado del Derecho hasta hacerlo coincidir con Derecho estatal. Luego, todo lo que salió de los estrechos marcos de lo considerado como Derecho, quedó negado como tal, obscurecido a la observación y desperdiciado para la teoría y la práctica jurídica. El pluralismo jurídico ha contribuido a explicitar esos límites. Pero también ha construido paulatinamente alternativas a ellos, tal como he mostrado. En ese sentido, el pluralismo jurídico se erige a sí mismo como una alternativa paradigmática y en tanto tal, impulsa la construcción de un nuevo sentido común jurídico. Como todo paradigma, máxime si confronta abiertamente al dominante, está en proceso de construcción, y por tanto, no exento de contradicciones e inconsistencias.

Debido a que la fuerza de verdad de un paradigma emergente que se expone como alternativa se desarrolla básicamente en la arena retórica y pragmática, precisamente porque los criterios de verdad conocidos se encuentran anclados al paradigma cuestionado y por tanto son también ellos mismos cuestionados, sólo se puede hablar en estricto sentido del pluralismo como una opción paradigmática preferente en la arenas pragmática y retórica. En una versión resumida, pero menos escueta que la planteada al inicio de esta conclusión, precisaré algunas de ellas.

a) El pluralismo jurídico permite, sin ser universalista, captar de forma ambiciosa la amplia gama de maneras en las que se presenta el fenómeno sociojurídico dentro de (cada) dinámica social específica.

b) El paradigma iuspluralista es una herramienta teórica más apta para entender y explicar la complejidad en que se desenvuelve el fenómeno jurídico de nuestro tiempo. Quizá esa sola cualidad sería suficiente para abogar por su preferencia sobre el moderno y sobre otros: porque contribuye a la comprensión en la mutación constante del la realidad sociojurídica en lugar de contraerla para, sólo así, aprehenderla (tal como lo hizo el positivismo en la modernidad).

c) El paradigma iuspluralista se revela como el marco guía como imprescindible para una –también imprescindible- (re)concepción amplia del Derecho. Esto incluye la manifestación plural de ordenamientos jurídicos que coexisten en formas diferentes, simultáneas y paralelas, dentro de las sociedades contemporáneas.[76]

d) El pluralismo jurídico posibilita un análisis del fenómeno sociojurídico mucho más equilibrado que sus pares. Entendiendo que la imposición de normas jurídicas ha formado parte de la opresión y de la colonialidad expresada en el Derecho, reconocer como jurídicas expresiones desacreditadas como tales por el paradigma dominante, contribuye a revelar las prácticas coloniales de este. Y el hacerlo constituye un paso necesario para contrarrestarlas. En la inteligencia de que las instancias y los procesos emancipatorios, abarcan pero exceden por mucho, al ámbito exclusivamente jurídico.

e) En estrecha relación con la anterior está esta: Debido a que el iuspluralista es un paradigma que acepta la existencia de múltiples centros productores de Derecho, constituye un marco propicio para la convivencia y no sólo la coexistencia, entre culturas jurídicas diversas, si bien, no es garantía de que esto se logre. El reconocimiento mutuo implica una condición sine qua non que el paradigma moderno no aportó, sino que al contrario, combatió insistentemente. El pluralismo jurídico no presupone juicios valorativos favorables respecto de los sistemas jurídicos no estatales, sólo por serlo. El Derecho no-estatal no es por definición más o menos democrático que el Derecho estatal, los casos que pueden cumplir con tal característica no representan motivos que garanticen tal condición anticipadamente.[77] Alejarse de la mitificación que pueda construirse respecto de los ordenamientos jurídicos no estatales (como los indígenas) es un cuidado que no debe abandonarse. Suponer que las autoridades que ejecutan y contribuyen a la creación del Derecho en ambientes más comunitarios, por definición expresan un sentimiento necesariamente común, apegado al "derecho del pueblo" es falsa, en tanto las pugnas internas y la tensión, tampoco desaparecen allí, como no lo hicieron en el escenario nacional.[78] El pluralismo jurídico no asegura respecto del Derecho contenidos ético-políticos

76 Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho…, op. cit*., p. 26.

77 *Cfr*. Sánchez Rubio, David, "Sobre el Derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad" en De La Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador y coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002, particularmente pp. 23 y 24.

78 Por ejemplo, Daniel Nina expone el caso de un Derecho no estatal donde se reproducían las sanciones opresivas del derecho estatal durante el régimen del apartheid, aún cuando este ya había desaparecido formalmente, v. Nina, Daniel, "El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular" en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

preferibles a otros modelos, en tanto las condiciones socioestructurales en las que se desarrolle el fenómeno jurídico –y no sólo sus contenidos y dinámica interna– no hagan posible en su conjunto, la deseabilidad de tal contenido.

f) Finalmente, el pluralismo jurídico concurre en un primer momento para trivializar, descanonizar, relativizar el Derecho en general y especialmente la ley estatal.[79] La ley (estatal) –sus defensores y estudiosos– debe[n] así elegir entre permanecer inmóvil, pero ignorada, o adaptarse a la dinámica social bajo el precio de ser devaluada como referente normativo. Hacerlo posibilita comprender mejor al Derecho y su movimiento. Lo cual pasa por volver visibles a la teoría y a las investigaciones sobre el Derecho, amplias manifestaciones que fueron sistemáticamente ignoradas. El pluralismo jurídico ofrece explicar dónde están y cómo funcionan esos ignorados Derechos-no estatales, pero también ofrece explicar otras aristas de cómo funcionan los propios Derechos estatales que han perdido progresivamente su unidad, y hasta la centralidad en la ordenación social.[80]

Retomar la perspectiva del paradigma iuspluralista resulta inaplazable específicamente para descubrir en toda su dimensión el carácter verdaderamente normativo de la vida social. Y así, desvelar también su carácter opresor y detectar la potencia emancipatoria que este anida. Un debate paradigmático incluye el reconocimiento y debate de las tesis no sólo analíticas, sino también –y necesariamente– políticas del paradigma jurídico en crisis (el moderno) y del emergente (el pluralista). Muchos de esos Derechos no estatales, fueron ocluidos junto a las estrategias de resistencia que desarrollaron frente a los Derechos estatales que los combatían y a las prácticas jurídicas y no, surgidas al margen de los constreñimientos que sí tuvieron los sistemas jurídicos estatales. Sólo con un conocimiento expandido y expansivo de la realidad social –la jurídica incluida– se podrán construir respuestas y/o soluciones sociales que posibiliten la emancipación humana.

7. Bibliografía

Ariza, Libardo José, *Identidad Indígena y Derecho estatal en Colombia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

Arnaud-André Jean y Fariñas Dulce, María José, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico,* Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

79 Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia un entendimiento posmoderno del derecho”, *Frónesis,* Vol. 1, Núm. 2, Diciembre, Maracaibo, 1994, p. 169.

80 Santos lo afirma en consonancia con anteriores planteamientos de Gurvitch.
“vivimos en diferentes y solapados órdenes legales y comunidades legales. En vista de que los diferentes órdenes legales son no sincrónicos, los patrones particulares de significado, los cuales activamos en contextos prácticos específicos, con frecuencia son mezclas complejas de diferentes generaciones de leyes, algunas viejas, algunas nuevas; algunas en decadencia, otras emergentes; algunas nativas, otras importadas; algunas testimoniales, algunas impuestas”, *Ibíd.*

Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo José, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Bonilla, Daniel et al, *Pluralismo Jurídico* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

Collier, Jane, *El derecho Zinacanteco. Procesos de disputas en un pueblo indígena de Chiapas*, CIESAS/Universidad de Ciencias y Artes, Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 1995.

Comaroff, John, *Rules and processes: the cultural logic of dispute in an African Context*, The University of Chicago Press, Londres, 1981.

Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes,* CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

Correas, Oscar**.** *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena***,** Fontamara, México, 2003.

Chenaut, Victoria "Género y justicia en la Antropología jurídica en México", México, en *Papeles de Trabajo*, No. 15, 2007, http://www.scielo.org.ar/pdf/paptra/n15/n15a03.pdf> consulta del 27 de febrero, 2011.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde El Sistema Comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero" en Ardila Amaya, Edgar *et al Memorias II Conferencia Internacional Justicia Comunitaria "Construir democracia hoy"* Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto, Bogotá, 2005.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El Derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, Aguascalientes, 1986.

Delos, J. T., *El problema de los fines del Derecho: su lugar en la filosofía del Derecho*, en AA VV, *Los fines del Derecho*. *Bien común, justicia, seguridad*, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1997.

Díaz Polanco, Héctor, *La rebelión zapatista y la autonomía*, Siglo XXI, México, 1997.

Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada,* Madrid, Trotta, 2001.

Fitzpatrick, Peter, " "No cabe duda": Mabo y el fracaso de la base legal" en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes,* CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998.

Fondo Monetario Internacional (FMI), Condicionalidad del FMI, Ficha técnica,http://www.imf.org, consulta del 10 de abril de 2005.

González Galván, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México,* UNAM, México, 1995.

Griffiths, John, "¿Qué es el pluralismo jurídico?" en BONILLA, Daniel et al, *Pluralismo Jurídico* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

Gurvitch, Georges, *Los marcos sociales del conocimiento,* Mario Giacchino (trad.), Monte Ávila Editores, Caracas, 1969.

Gurvitch, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948.

Hernández, Aleida, "Las transformaciones del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica", Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho-UNAM, México, 2011.

Kuhn, Tomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1995

Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho,* Roberto J. Vernengo (trad.), Porrúa, México, 2000, p. 15 (la primera edición aparece en 1934).

Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *América Indígena*, Núm. 1-2, INI, México, 1998.

Inksater, Kimberly, "Definiendo pluralismo juri-cultural transformativo" en <http://www.justgovernancegroup.org/Assets/PDFs/SeminarioInternacionalPotosINKSATERPluralismoJuriculturalTranformativo.pdf>, (s/f), consulta del 20 de junio 2010.

López López, E. Liliana, *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico,* Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat – Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., San Luis Potosí, 2011.

Mañán García, Oscar Mario, "*Las condicionalidad estructural de las IFIS y la autonomía de la política económica. Crítica a los argumentos de la impotencia",Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, Número 39, México, 2004.

Merry, Sally Engle, "Pluralismo jurídico" en BONILLA, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico,* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, [1998] 2007.

Moore, Sally Falk, *Law as a process*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.

Nader, Laura, *The Life of the Law. Anthropological projects,* University of California Press, California, 2002.

Nina, Daniel, "El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular" en Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

Nina, Daniel y Bidaguren, Jokin Alberdi, "Governability and forms of popular justice in the new south Africa and Mozambique!, Journal of Legal Pluralism, No. 47, 2002.

Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia Jurídica",* Fontamara, México, [1979] 2003.

Objetivos centrales del PPP, www.ppp.sre.gob.mx, consulta del 2 de abril 2005.

Palacio, Germán, "Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo" en *Critica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* No. 17, Curitiba, 2000.

Sánchez Botero, Esther, "La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia", *Colección Nueva Antropología*, 2009.

Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Facultad de Derecho/Ciencias Políticas y Sociales-Unibiblos, Bogotá, 1998.

Sánchez Rubio, David, "Sobre el Derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad"en De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador y coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta, Madrid, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

Santos, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa, "Hacia un entendimiento posmoderno del derecho", *Frónesis,* Vol. 1, Núm. 2, Diciembre, Maracaibo, 1994.

Santos, Boaventura de Sousa, "La transición postmoderna: Derecho y política", *Doxa,* Núm. 6, Madrid, 1989.

Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, César, "El derecho la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica" en Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *El derecho y la globalización desde abajo,* Anthropos, México, 2007.

Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. "Capítulo I. Colombia. El revés del contrato social de la modernidad", en Santos, Boaventura de Sousa y Garcia Villegas, Mauricio (dirs. y coautores)., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico. Tomo I,* Colciencias-Ediciones UNIANDES- Facultad de Derecho-Cijus-Centro de Estudos Sociais-Universidad de Coimbra-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

Sección A, Capítulo XX del Tercer Borrador del ALCA, http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXX_s.asp, consulta del 18 de septiembre de 2009.

Sierra, María Teresa, **"**Construyendo seguridad y justicia en los márgenes del Estado: La experiencia de la policía comunitaria de Guerrero, México**"** ponencia presentada en el *VII Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, Lima, 4-6 de agosto, 2010.

Sierra, María Teresa, "The revival of Indigenous Justice in México: Challenges for Human Rigths and State" en *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review,* No. 28, California, 2005(a);

Sierra, María Teresa, *Justicia Indígena y Estado. Retos desde la diversidad*, México, 2005 (b).

Sierra, María Teresa, "Derecho indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad", *Revista del IIDH*, núm. 41, Costa Rica, 2005(c).

Sierra, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas,* CIESAS – Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.

Solórzano Alfaro, Norman José, *Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno*, en De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coord., coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002.

Sousa, María Lourdes de, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

Tamanaha, Brian, "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico" en Bonilla, Daniel *et alPluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993).

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito,* Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001.

Yrigoyen, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", en El Otro Derecho, Num.30, Bogotá, 2004.

Yrigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal,* Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

Zagrevelsky, Gustavo, *Derecho dúctil*. *Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Trotta, Madrid, 2003.

Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del Derecho

Alejandro Medici[1]

Sumario

1. Introducción – 2. Derecho y narratividad social – 3. Derecho analizado *vs.* Derecho narrado – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía

Resumen

En el presente trabajo partimos de la realidad fáctica del pluralismo jurídico desde un pensamiento situado en América Latina y constatamos la inadecuación del paradigma hegemónico en el proceso de enseñanza y aprendizaje en las academias de Derecho y explícita o implícitamente, en la práctica de los operadores jurídicos de nuestra región. A este paradigma dominante lo adjetivamos como monista y analítico en tanto tributario de las características de la episteme occidental moderno-colonial con sus notas de híper especialización y atomización de sus objetos de conocimiento, reduciendo la complejidad de la experiencia jurídica a proposiciones lógico formales susceptibles de un tratamiento axiomático. Esta característica niega o expulsa del ámbito de la "ciencia jurídica positivista analítica" a la interrogación acerca de los sujetos creadores y destinatarios del Derecho y sus contextos históricos y culturales por medio de un triple proceso de abstracción, generalización y descontextualización que entonces termina naturalizando sus sujetos: el estado monocultural y monista jurídicamente, así como el individuo titular de derechos subjetivos. Frente a esta operación de cierre y separación abismal del Derecho así entendido, proponemos un paradigma alternativo que, al partir, como dijimos, de la realidad

1 Docente investigador de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP)/ Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam)/miembro del CEAPEDI (Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad), Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Correo electrónico: ale_medici@yahoo.com.

del pluralismo jurídico, comprende al Derecho como una subespecie de la narratividad propia de los plurales imaginarios sociales. Entendemos que este paradigma pluralista y narrativo del Derecho resulta mucha más adecuado para comprender la complejidad de los campos jurídicos en nuestra región y en especial, en el nivel más permeable a la narratividad social, el del Derecho Constitucional, para comprender los procesos de cambio recientes que tienen en los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, algunos de sus ejemplos más emblemáticos. Así pretendemos empezar a pensar al Derecho de una forma más adecuada al hecho del pluralismo jurídico y al necesario giro decolonial que la teoría y práctica jurídica debe propiciar para acompañar los cambios sociales que se están produciendo en algunos cuadrantes de Nuestra América.

1. Introducción

En este trabajo empezamos una exploración de los cambios paradigmáticos necesarios para pensar el Derecho moderno/colonial adoptado en América Latina desde una crítica decolonial. Si bien la discusión se plantea en términos del metalenguaje jurídico de la teoría del Derecho, que entendemos es tributaria de la matriz epistémica moderna/colonial, ella se basa también en la experiencia jurídica de los recientes procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, los cuales introdujeron cambios significativos en el Derecho en su nivel constitucional. Más en general, de las luchas por sus derechos y por la reapropiación que han hecho los movimientos sociales en nuestro continente respecto de lo que es el Derecho. Por lo tanto, la interrogante que guía las líneas que siguen es: ¿cómo se puede empezar a pensar el Derecho en clave decolonial, en contextos de creciente interculturalidad y pluralismo jurídico? Por supuesto, desde la crítica jurídica latinoamericana se han hecho aportes importantes en este sentido, sobre la relación entre derecho-ideología, y sobre todo desde el pluralismo jurídico, como realidad del Derecho en contextos postcoloniales. Por nuestra parte, en este trabajo intentamos hacer un aporte desde la necesidad de la apertura del Derecho a la plural narratividad cultural, es decir, la necesidad de criticar y plantear un más allá y unas alternativas frente a un paradigma jurídico monista hegemónico tributario de la híper especialización y atomización del objeto de estudio típicas de la *espíteme* moderno- colonial. Dicha autocomprensión "científica" del Derecho se plasma en la manera positivista y analítica de aproximarse al Derecho, que lo reduce a proposiciones lógicas susceptibles de ser entendidas axiomáticamente por la teoría jurídica, desgajando el Derecho en tanto lenguaje técnico especializado de su contexto histórico cultural, y de la narratividad social plural que le es propia. Sin embargo, como intentaremos explicar en este trabajo, esto sólo fue posible al cabo de siglos de una construcción del Derecho moderno/colonial descontextualizada, abstracta y formalizada como lenguaje normativo del Estado moderno/colonial monocultural implantado en el sistema mundo formado desde 1492. El carácter narrativo del Derecho constituye la base de un paradigma jurídico alternativo mucho más apto para receptar desde la teoría jurídica la realidad del pluralismo jurídico característico en nuestra región y que recientemente ha ganado estatuto constitucional e intercultural, paradigmáticamente en las novísimas constituciones de Bolivia y de Ecuador.

2. Derecho y narratividad social

Como sostiene François Ost[2] es necesario pensar el Derecho desde el fondo común de la narratividad social. Las expresiones de dicha narratividad que informa la identidad histórica de toda sociedad, productos de toda cultura (mitos, religiones, literatura, arte, la historia en tanto relato socialmente construido y transmitido por una sociedad acerca de su devenir, etc.) son portadores de una prescriptividad en el nivel ético. La formalización de sistemas normativos morales y jurídicos positivos hunde sus raíces en esa fuente cuya trama común es el lenguaje. Al revés de lo que propone el paradigma monista positivista analítico que pretende delimitar y clausurar un ámbito del Derecho como lenguaje técnico formalizado, sistema autopoyético, jerarquía y cierre separado abismalmente de su contexto. El derecho contado es, por el contrario, abierto o heteropoyético siempre relacional a unas imágenes históricas que la sociedad tiene de sí misma y que contienen en su narratividad prescripciones a la espera de forma normativa.

Robert Cover, a quien también podemos ubicar en esta comprensión narrativa del Derecho, afirma que:

> Ningún conjunto de instituciones o preceptos legales existe sin narraciones que lo sitúen y le den significado. Toda Constitución tiene una épica, todo decálogo tiene una Escritura. Cuando se lo entiende en el contexto de las narraciones que le dan sentido, el derecho deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo en que vivimos. En este mundo normativo, el derecho y la narración están relacionados inseparablemente. Todo precepto legal exige ser situado dentro de un discurso, tener una historia y un destino, un comienzo y un final, una explicación y un propósito. Y toda narración exige imperiosamente un sentido prescriptivo, un mensaje moral.[3]

A ese mundo normativo tramado por narrativas y prescripciones, Cover lo denomina *nomos*. En las sociedades pluralistas los distintos grupos sociales pueden ser entendidos como "comunidades nómicas" mismas que construyen con historia, memoria e identidad, o por simple deriva narrativa frente al Derecho positivo institucionalizado y soportado por el Estado, sus propias interpretaciones y prescripciones. Vistas así las cosas, es evidente que en el paradigma dominante el "significado" del Derecho, el problema de la hermenéutica o de la interpretación jurídica, se reduce a un problema bastante estrecho, que confronta a funcionarios y a aquellos que buscan predecir, controlar u obtener beneficios de la conducta de esos funcionarios al aplicar preceptos jurídicos.[4]

---

2 Ost, François, *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico,* São Leopoldo, Editora Unisinos, 2005, p. 24.

3 Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial,* Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 15 y 16.

4 Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial,* Barcelona, Gedisa, 2002, p. 18.

El significado del Derecho está determinado por nuestros compromisos interpretativos y muchas de nuestras acciones sólo pueden ser entendidas en relación a la normatividad. Pero esos preceptos y principios normativos no se reducen a la imperatividad de las exigencias de la sociedad, el pueblo, el soberano, el Estado o Dios. Son también signos a través de los cuales nos integramos en una comunidad y nos comunicamos con otras personas y grupos.

Sucede que al interior del discurso y prácticas jurídicas dominantes este carácter narrativo y plural del Derecho es negado por la pretensión moderna de unidad o monismo, sistema, cierre abismal, saber y lenguaje técnico especializado respecto de formas de normatividad consuetudinarias, informales, de textura simbólica densa por su parcial indistinción de narrativas propias de la pluralidad de culturas. La separación de Derecho y contexto cultural en tanto que reglas jurídicas analizables e interpretables lógicamente en forma técnica, es un sesgo pretencioso de la ciencia jurídica contemporánea que resulta difícil de sostener más allá de su prestigio hegemónico en los círculos académicos. Como todo producto cultural, el Derecho moderno/colonial también está preñado de esa dimensión, en tanto ella es tributaria de las dimensiones básicas de la intersubjetividad que está compuesta por la memoria histórica, el imaginario social y las perspectivas de conocimiento.[5] El Derecho analizado moderno/colonial participa entonces de este mito del conocimiento científico según el cual este se construye a partir de una diferencia abismal con otras formas de saber a las que se les imputan la densidad simbólica como residuo no contemporáneo y externo al núcleo de racionalidad occidental.

Al mismo tiempo estas características ocultarán el carácter sobreimpuesto y sobreactuado de tal Derecho sobre otras formas de normatividad social en el plano moral y en el jurídico, propias del pluralismo de sociedades postcoloniales, mismas que están también atravesadas por la complejidad de las cadenas normativas del pluralismo jurídico de la globalización. Es posible entonces contraponer al paradigma dominante, que con François Ost podemos llamar del "Derecho analizado", una forma alternativa de comprensión que llamaremos "del Derecho narrado o contado"[6] que vendría, no a negar el primero, sino a mostrar por contraste su inadecuación parcial a las nuevas situaciones que concitan la atención de la teoría constitucional y el neoconstitucionalismo regional y a completarlo.

El derecho analizado sería entonces la comprensión dominante en la enseñanza y en las prácticas de los operadores jurídicos especializados vinculados al Estado y al mercado, y que sintéticamente se autocomprende reflexivamente a través de las teorías positivistas y analíticas acerca del Derecho, aunque también impregna el sentido común de los juristas e informa, por lo tanto, sus prácticas cotidianas en el ejercicio profesional, en los tribunales, al legislar, etc.

5 Quijano, Anibal, "El regreso del futuro y las cuestiones de conocimiento", en *Revista Hueso húmero no. 38,* Lima, Francisco Campodónico-Mosca Azul Editores, 2001.

6 Ost, François, *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico,* São Leopoldo, Editora Unisinos, 2005, p. 41.

El derecho narrado, por su parte, sería una comprensión alternativa y complementaria de la anterior, sensible a la pertenencia del Derecho al dominio de la narratividad social, a sus formas de eticidad y a las valoraciones morales históricas de sociedades plurales, desiguales y complejas desde donde esperamos estar mejor pertrechados para comprender tanto los límites del modelo de Estado Constitucional en su pretendido "cierre jurídico monista", como las innovaciones y complejidades que plantean los procesos recientes del neoconstitucionalismo regional en su apertura y pluralismo cultural.

3. Derecho analizado vs. Derecho narrado

A continuación recorremos las principales distinciones entre uno y otro paradigma (Derecho analizado, Derecho narrado), como podrá verse unas veces estas distinciones marcan contradicciones, y otras, muestran la necesidad de completar o complementar ambos:

a) El Derecho analizado parte del dogma del dualismo irreductible entre el ser y el deber ser, el hecho y el Derecho, cuya línea de separación abismal levanta una frontera, no sólo entre el dominio de lo jurídico y el resto de los campos sociales (económico, político, cultural, etc.), sino fundamentalmente en la comprensión del Derecho como pura normatividad. De ahí la búsqueda de métodos que respondan a esa escisión entre la perspectiva interna y la perspectiva externa como el estudio de la causalidad y la imputación en Hans Kelsen, o en la iusfilosofía analítica el trabajo sobre la precisión técnica del lenguaje jurídico formalizado. Tanto la imputación de consecuencias jurídicas como la formalización técnica del lenguaje a la hora de describir hechos, operan en el terreno normativo como externos o separados de los hechos de conducta. Por un lado están los hechos, por el otro las normas que les imputan consecuencias en el plano del deber ser y los describen de forma técnico jurídica precisa.

a') El Derecho contado deberá entonces partir de la constatación de que el hecho está siempre penetrado de significaciones más o menos valorizadas. El hecho no se produce a la espera de atribución de significados ni de imputación de consecuencias jurídicas por su calificación técnica a través del lenguaje especializado del Derecho, el hecho ya viene siempre preñado de significaciones y valoraciones. Por otro lado, el Derecho tiene performatividad, es capaz de crear sus propios hechos, de hacer cosas con palabras. Sobre esta peculiaridad abundaremos en c'.

b) En el Derecho analizado, por consiguiente, la validación de una norma sólo puede provenir de otra norma. En esta dinámica de derivación lógico normativa, a medida que vamos ascendiendo en generalidad y abstracción el "hedor" político moral se hace difícil de disimular, pero en aras de la depuración metódica y de la coherencia de la autocomprensión jurídica moderna, es posible recurrir a la hipótesis científica de una norma fundamental no puesta, sino "supuesta", fundamento de validez del

> conjunto de las normas del ordenamiento jurídico positivo. Como se ha destacado,[7] existe analogía entre la norma fundamental y con el argumento escolástico medieval enderezado a probar racionalmente la existencia de Dios: todo lo que existe tiene que tener una causa y como no puede admitirse una serie indefinida de causas segundas es necesario llegar a una causa primera que existe y no sea causada. Análogamente, la norma fundamental, fundante o básica, es fundamento de validez de todas las normas inferiores, pero ella misma no tiene una norma superior que la fundamente y por eso es una hipótesis científica o supuesto de conocimiento necesario. Al final de su vida, Kelsen debió reconocer que era más apropiado considerar a esta norma fundamental como una "ficción" de acuerdo a la filosofía del "como si" de Vaihinger.[8] Explícitamente Kelsen desarrolla un paralelo con la cuestión teológica, como ya había hecho en escritos anteriores por otra parte, preguntándose por qué en Teología hay que obedecer los mandatos de Dios. El jurista austriaco responde que la única respuesta posible es que se presupone que los creyentes deben conformarse a los mandatos de Dios.[9]

Pero un poco más adelante en este mismo y sorprendente texto, Kelsen admite que una norma para ser tal no puede ser apenas pensada, debe ser expresión de un acto de voluntad:

> En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento…Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad –fingido– encuentra su sentido en la norma básica" […] Con ello la norma básica se torna en genuina ficción…una ficción es el recurso de que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado…se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no corresponde a la realidad.[10]

Pero esta transformación radical, que sin embargo usualmente pasa desapercibida para los remanentes seguidores del positivismo kelseniano, que buscaba salvar la función de la norma fundante o básica en la teoría del derecho, termina afectando la propia pretensión de pureza al fundar la validez del ordenamiento jurídico en el orden de lo ficticio o ficcional de una norma que no es tal, emanada a su vez de una autoridad imaginaria.

---

7 Ost, Francois y Van der Kerchove, op. cit., 2006, p. 72 y ss.; Ost, Francois y Van der Kerchove, Michel, "La referencia a Dios en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen", en: Marí, Enrique et. al., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 1998.

8 Kelsen, Hans, "La función de la Constitución", en Marí, Kelsen, Kozicki, Legendre, Siperman, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática,* Buenos Aires, Edicial, 1994, pp. 85 y 86.

9 "Es la afirmación sobre la validez de una norma que debe ser presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente para fundamentar la validez de las normas de la moral religiosa… No es una norma positiva sino una norma presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente", Kelsen, Hans, "La función de la Constitución", op. cit., p. 82.

10 Ibíd., p. 86.

b') El Derecho contado, se desacopla de esta problemática filosófica y epistemológicamente embarazosa, que surge sólo si se fuerza una depuración metódica que termina no siendo tal, como vimos, en el propio autor de la "Teoría Pura del Derecho". Aquél, considera al Derecho como parte de la pertenencia al fondo social común del lenguaje, abierto a las narraciones, mitos y ficciones que muchas veces pueden tener un carácter fundador y fundamentador.

> Una tradición legal es, entonces, parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye un corpus iuris, sino también un lenguaje y un mythos –narraciones en la que sitúan al corpus iuris quienes expresan su voluntad a través de él–. Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento: crean relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética.[11]

Entre la descripción y la prescripción moral o jurídica formalizada actúa la narración. Las normas jurídicas arrastran en su "vida" esas narraciones: fuentes, creación, formalización, aplicación, interpretación, muerte. Derecho e imaginario social son una amalgama indisoluble. De ahí lo inconsistente de estudiar el Derecho con pretensión de pureza, pues este se trata de una práctica constitutivamente impura social, histórica y culturalmente enraizada desde su narratividad.

c) El Derecho analizado pretende entonces apoyarse para aplicar y seguir sus normas en hechos empíricos debidamente establecidos por medios de prueba fácticos en cuanto a la verdad de los mismos.

c') El Derecho contado completa esta perspectiva al resaltar la capacidad de nominar, de infundir sus posibles a lo real. Incluso, como vimos, recurriendo a la utilización de ficciones.

Por ejemplo, las "personas jurídicas o morales", el "patrimonio", los "inmuebles por accesión". En el Derecho contado decir es hacer porque el Derecho es un lenguaje de fuerte performatividad, produce estados de cosas y cambios en los estados jurídicos de las personas que inciden en sus derechos y obligaciones, y por lo tanto, en sus capacidades y posibilidades de hacer o no hacer.[12]

d) El Derecho analizado frente a los "hechos empíricos" establece las normas que declinan las distintas modalidades de imperatividad: obligan, prohíben o permiten conductas o comportamientos.

---

11 Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia…, op. cit.*, p. 22.

12 Marí, Enrique, "La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham", en: Marí, Kelsen, Kozicki, Legendre, Siperman, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática,* Edicial, Buenos Aires, 1994, pp. 19 y 20.

d') El Derecho contado, influido por la teoría de los actos de lenguaje (Austin, Searle) completa enfatizando la importancia que tienen para la vida social y jurídica las normas constitutivas que no se limitan a reglar comportamientos ya existentes, sino que constituyen los comportamientos por ellas buscados, del mismo modo que las reglas del juego crean la posibilidad misma de jugar. Son normas que producen instituciones, fijan sus objetivos, los esquemas a los que hay que conformarse para tener eficacia jurídica, etc. Estas normas prescriben trayectorias que dejan a los actores gran parte de improvisación y muchas veces requieren que ellos acuerden "entrar en el juego".[13] El Derecho es una fuerza por la que nuestras palabras ejercen influencia sobre otros, que afecta el curso de los mundos vitales a través del espacio normativo. Al mismo tiempo, nos permite separar la realidad de nuestras visiones y nos rescata de las construcciones mentales de excesiva deriva que colisionan con la realidad histórica.

e) El Derecho analizado tiende a enfatizar por lo tanto la imperatividad de las normas jurídicas. Ordenar aquí es sinónimo de mandar, prescribir conductas. Toda una tradición de positivismo jurídico que considera la imperatividad como una de las cualidades del Derecho se desprende de y remonta a la famosa sentencia de Hobbes[14]:"auctoritas non veritas facit legem".

e') El Derecho contado en cambio, al subrayar la productividad instituyente del discurso jurídico considera la imperatividad del Derecho desde esta perspectiva que lo hace capaz de producir realidad. Por lo tanto, ordenar será igual a nombrar, jerarquizar, clasificar, definir. Nominar en definitiva la realidad al mismo tiempo que se la construye. Por eso mismo, un nomos, en tanto mundo de derecho, supone la aplicación de la voluntad humana tanto a un estado de cosas existente, como a nuestras visiones de estados de cosas alternativos, a construir. Vivir en un mundo legal "requiere que uno integre no sólo el "ser" y el "deber ser", sino el "ser", el "deber ser", y el "podría ser".Ahora bien, los códigos que relacionan nuestros sistemas normativos con nuestras construcciones de la realidad y nuestras visiones acerca de lo que el mundo podría ser, son narrativos. La inteligibilidad del comportamiento normativo es inherente al carácter comunitario de la narración, que aporta el contexto para ese comportamiento. Los roles o papeles que asumimos se tornan previsibles o funcionales a expectativas regularizadas socialmente en la medida en que se inscriben dentro de un guión común.

f) El Derecho analizado concibe el razonamiento jurídico según el modelo deductivo del silogismo lógico con el fin de subsumir los hechos en el Derecho, siguiendo el objetivo de la coherencia lógica. El Derecho moderno/colonial como discurso con

13 Austin, John L., *Como hacer cosas con palabras,* Buenos Aires, Paidós, 2006.
14 Hobbes, Thomas, *Leviathan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

pretensión de sistematicidad y coherencia lógica sería así una diferenciación, un código propio de la autonomía del sistema jurídico sintomático de civilización por oposición a formas culturales menos complejas y desarrolladas, por lo tanto pre-modernas o "atrasadas". En ese sentido, es heredero de una narrativa moderna/colonial que se remonta a Hobbes, Locke, Bentham, Blackstone, Austin, que consideran que la superación del salvajismo o estado natural tiene que ver con la adopción de un sistema de leyes escritas permanentes correspondientes a un sistema de autoridad, ambos rasgos propios de la "sociedad civil" o de las naciones civilizadas. Otras formas de Derecho, y en especial la costumbre, se ven reducidas a una categoría periférica que se sitúa en oposición al Derecho a través de su asociación con lo salvaje y con esos remanentes en pequeña escala de un pasado recalcitrante que aún está por transformarse en modernidad. En opinión de Bentham la costumbre "es para los brutos", mientras que la ley "es propia de las naciones civilizadas".

En la misma línea Austin contrastaba el Derecho como producto positivo de la voluntad, al que contraponía con las reglas que se basan en la "costumbre bruta" a las que consideraba "producciones monstruosas o rudas de un intelecto infantil o imbécil".[15] De esta manera, las plurales formas de Derecho se ven reducidas a costumbre y son definidas por sus carencias en relación al Derecho moderno/colonial. Si siguiendo a Santos, podemos caracterizar genéricamente el Derecho como:

> "un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible, (…) en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza",[16]

estamos habilitados a pensar que esta función puede adoptar una pluralidad de formas sociales, más allá del formato del Derecho moderno/occidental que reclama como notas esenciales de lo jurídico, la diferenciación burocrática, el lenguaje técnico formalizado y especialmente la imperatividad -en última instancia violenta-. Todas ellas aplicadas por agencias especializadas, es decir, también burocráticamente. De esta forma, las tres notas estructurales que Santos atribuye al Derecho: retórica, burocracia y violencia,[17] en su versión hegemónica moderna/colonial aparecen fuertemente sesgadas y reducidas, en su amplia variabilidad histórica y cultural, hacia los dos últimos componentes a través de la diferenciación estatal de burocracia y administración de la coacción, y el componente retórico reducido a un discurso técnico formal diferenciado del fondo social común del lenguaje.

---

15 Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno,* México, Siglo XXI, 1998, p. 63.
16 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Por un nuevo sentido común jurídico,* Bogotá, ILSA, 2009, p. 54.
17 Ibíd., p. 55.

f') El Derecho contado, privilegiando lo que se llamaba el "espíritu" o la "idea" del Derecho, prioriza la coherencia narrativa y evidencia la importancia de la interpretación de los textos y de la naturaleza argumentativa, retórica y tópica de las discusiones jurídicas. De esta forma, prioriza lo que Santos llama el componente estructural retórico del Derecho, o lo que venimos llamando la narratividad abierta al fondo común del lenguaje y del simbolismo, que alcanza tanto a la descripción de los hechos como a los argumentos, enlaza estas dimensiones fácticas y normativas en los procesos jurídicos. El juez en definitiva articula al dictar sentencia el relato de los hechos con los modelos narrativos que le ofrece el Derecho. Más aún, los legisladores al discutir una ley, ponen en liza diversas argumentaciones que no pueden separarse de una comprensión histórica y cultural vinculada a las narrativas acerca de los problemas y los fines que la legislación debe solucionar y promover, respectivamente. Los constituyentes que crean una Constitución no lo hacen de la nada sino en un contexto histórico político de argumentación que remite a las narraciones en liza acerca de la nación, el pueblo, la democracia, la ciudadanía, el Estado. Incluso cuando se adoptan soluciones e ingenierías institucionales de importación, como frecuentemente ha sucedido en el constitucionalismo regional, no se puede omitir la carga de construir una discursividad fundamentadora, la cual a su vez construye una cierta narrativa justificadora acerca de la conveniencia, los fines del Estado, las necesidades sociales organizativas, etc. Por ejemplo, en el constitucionalismo liberal del siglo XIX en nuestra región, una de las narrativas eje que acompañó la constitucionalización, fue la necesidad de construir a la nación en el camino del progreso y de la civilización.

Esas narrativas que eventualmente se comparan, se componen o se escogen en la actividad interpretativa y creadora del Derecho, toman sus tópicos de las imaginarios sociales y de las imágenes rectoras acerca del mundo, los seres humanos, la naturaleza, etc.

Peter Häberle, que entiende al Derecho y la teoría constitucional como ciencia de la cultura, propone el trabajo interpretativo que conecta Derecho y moralidad social a partir de las imágenes rectoras constitucionalizadas.[18] Esta comprensión resulta aún más importante en contextos de pluralismo cultural y jurídico donde el Derecho debería trabajar a partir de narrativas diversas de gran densidad, como en los Estados de nuestra región, donde incluso las constituciones más recientes abren la puerta, cuando no reconocen explícitamente, el pluralismo jurídico. Ese trabajo entre relatos es potencialmente muy fecundo allí donde se va imponiendo la necesidad de una hermenéutica intercultural y pluritópica.[19]

---

18 Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional,* Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

19 Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación,* ILSA, Bogotá, 2002, p. 200.

g) El Derecho analizado tiene una subjetividad implícita sobre la que trabajan sus supuestos y categorías. Generalmente el trabajo sobre las normas positivas o sobre la corrección técnica del lenguaje jurídico deja entre paréntesis u omite considerar filosóficamente el problema de la subjetividad que está detrás de sus construcciones. En tanto producto cultural del ámbito occidental moderno/colonial, el Derecho analizado se construye sobre la figura del sujeto y de sus derechos subjetivos derivada de la narrativa iusnaturalista racional, que pese a su complejidad, diversidad y trayectoria histórica dilatada entre los siglos XVII y XIX, puede caracterizarse a través de dos notas comunes: la primera asume, que los hombres, antes de constituirse en sociedad políticamente organizada viven en un "estado de naturaleza" del que surgen "derechos naturales"; estos son supuestos y no son objeto de ningún tipo de aprendizaje, conflicto o imposición. A través de esta retórica se naturalizan en la práctica instituciones históricas propias de la peculiaridad cultural de la sociedad moderna/colonial como la propiedad privada derivada del trabajo que modifica la naturaleza, la acumulación e intercambio de sus productos por medio de la moneda y los contratos incluso entre individuos fácticamente desiguales.[20] La segunda nota está representada por el paso asegurador y perfeccionador del estado de naturaleza –y sus derechos naturales– al Estado o sociedad política a través de un pacto en el que participan esos individuos. En este par de elementos comunes básicos de la narrativa iusnaturalista racional, el protagonista es el "sujeto": en el primer caso, porque es señor de un ámbito de objetos naturales y artificiales que se determina a través de sus derechos "naturales" especialmente de propiedad y de intercambio contractual; en el segundo, al ser protagonista de la sociedad política o Estado moderno/colonial en tanto constructo derivado del acuerdo voluntario del conjunto de los sujetos y que persigue el fin de asegurar esas libertades y derechos. De donde surgen las categorías moderno/coloniales peculiares de la cultura política occidental: lo público y lo privado y una subjetividad que se construye sobre la relación entre ambas.[21] Lo privado como fundamento, es decir, la forma institucionalizada y positivizada de los derechos y libertades subjetivas y lo público como su aseguramiento y marco de garantías. El sujeto y sus derechos subjetivos entonces como protagonista del ámbito privado y del público es individuo propietario. La propiedad privada naturalizada después de un proceso histórico de recepción y refuncionalización de la propiedad del Derecho romano va a ser no apenas un Derecho, sino toda una configuración jurídica, un principio básico y determinante de organización social, incluso de la racionalidad adecuada y de la subjetividad misma.

"Se entiende que la propiedad es el apoyo del hombre que la necesita para desarrollarse como tal y a la vez, la propiedad es la extensión de la personalidad.

20 Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 2001, p. 108 y 109.

21 Cabo Martín, Carlos de*, Dialéctica del sujeto. Dialéctica de la Constitución, Madrid*, Editorial Trotta, 2010, p. 29.

Porque la primera propiedad que el hombre tiene es la de sí mismo, es decir, su trabajo (…) Pero además inscrito en la propiedad, está la exigencia de protegerla, por lo que la propiedad demanda de manera necesaria un poder adecuado que garantice su conservación despliegue y disfrute (el ámbito de lo público) (…) en el que, por otra parte, el protagonista debe ser el hombre propietario porque sólo él tiene los conocimientos (que sólo los recursos económicos pueden adquirir) y el interés para conseguir su funcionamiento adecuado".[22]

De esta forma la subjetividad y sus derechos subjetivos, junto a la racionalidad propia y funcional de y a la sociedad del capitalismo, en su fase concurrencial primero, están en la base del Derecho Privado y del Derecho Público moderno/colonial a través del Derecho Civil y del constitucionalismo respectivamente.[23] La dogmática jurídica alemana operó la juridificación de la relación entre Estado y sujetos, al tratar a aquél como persona jurídica y a estos como sujetos de derecho, y la teoría pura culminó el desvanecimiento del sujeto en el discurso jurídico positivista al tratar al primero como imputador y a los segundos como destinatarios o centros de imputación normativa. En ambos casos, el macrosujeto Estado y los individuos portadores de derechos subjetivos han sido abstraídos en un grado tan alto, que generalmente se trabaja el material normativo y su lenguaje dando como supuestos ya siempre en forma problemática el enunciador y destinatarios del mismo.

g') El Derecho contado al hacer explícita su referencia cultural-narrativa, su pertenencia a "comunidades nómicas", en el lenguaje de Cover, no puede desentenderse de los sujetos que actúan en las narraciones culturales, ni dejar de reconstruir sus trayectorias narrativas como comprensión de los cambios históricos. Al mostrar la relación entre subjetividad, narraciones sociales y normatividad social, puede poner en crisis la relación hegemónica entre sujetos y normas al mostrar trayectorias narrativas diversas, invisibilizadas, reprimidas y/o posibles. Como puede admitir subjetividades diversas en su diferencia constitutiva, sin pretender homogeneizarlas a partir de un criterio de equivalencia o igualdad abstractas, resulta más apropiado para contextos de pluralismo cultural y para ampliar la comprensión de los derechos humanos a sus dimensiones culturales, colectivas, o incluso a otras formas de comprender la dignidad humana que no se enuncian en el lenguaje jurídico institucional de lo que la cultura occidental denomina como tales derechos humanos.

h) El Derecho analizado, por lo tanto, se caracteriza también por una concepción utilitarista e instrumental de lo racional. Se inscribe inercialmente en esa tendencia de explicación de lo social en términos de búsqueda, por los actores, de sus

22 Cabo Martín, Carlos de, *Dialéctica del sujeto. Dialéctica de la Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 30.
23 Ibíd., pp. 36 y 37.

intereses, por ejemplo, el homo oeconomicus de la teoría económica que busca siempre maximizar su satisfacción, o el homo politicus de la teoría política "rawlsoniana" que busca autointeresadamente en una situación ficticia e hipotética de velo de la ignorancia, donde desconoce su fortuna en la vida, establecer reglas justas para acceder a los "bienes primarios". Es decir, la justicia como equidad surge del autointerés de los sujetos y no de un sentido moral de justicia compartido. En todo caso, a un "consenso superpuesto" acerca de los principios de justicia se llega sólo reconstructivamente, partiendo de aquello que individuos primariamente autointeresados compartirían.

h') El Derecho contado enfatiza que el derecho no es sólo vehículo de pretensiones estratégicas sino que juega también en los procesos de identificación simbólica, de satisfacción de la necesidad de identificación, de pertenencia o de ruptura con las significaciones imaginarias instituidas e instituyentes de una sociedad. El Derecho juega tanto un papel simbólico como uno pedagógico en la narración, difusión e interpretación de valores que portan las narrativas e imágenes sociales institucionalizadas por medio del Derecho. De hecho las "anticipaciones racionales" como las ficciones del contrato social, la situación originaria de Rawls, o la situación ideal de comunicación de Habermas son contrafácticas y, por lo tanto, muestran debilidad al pretender fundar una legitimidad de las instituciones y del Derecho que vayan más allá de lo procedimental-formal. No es que no tengan presupuestos morales sustanciales, pero los mismos son tomados como supuesto básico subyacente que no se cuestiona a partir de la pretendida autoconciencia moral de la modernidad, que es lo que no se discute ni en el pacto social, ni en la situación originaria, ni en la situación ideal de comunicación.

En la realidad histórica difícilmente los sujetos sociales pueden evitar partir, aunque sea para trascenderlas, de las narraciones de sus comunidades y grupos de pertenencia y el ethos que les es propio, como ha destacado la crítica comunitarista. Incluso, puede resultarles imposible y eventualmente dañoso, abstraerse de su corporalidad en situación, como ha resaltado la crítica feminista de estos "experimentos mentales".

i) En el plano del tiempo, el Derecho analizado se preocupa fundamentalmente de las estructuras y carece de perspectiva de la historia. Es incapaz de pensar las transiciones jurídicas. Un Estado dado del sistema jurídico sucede a otro como imágenes estáticas, diapositivas que van pasando sin que se explique la secuencia de la historia. Así por ejemplo, en la teoría kelseniana del Derecho la diferencia entre un orden jurídico y otro posterior de distinto signo, por ejemplo, entre la República de Weimar y el III Reich Nacional Socialista se explica por una fractura del antecedente lógico normativo. Todavía guardo el recuerdo amargo de una profesora de Introducción al Derecho en mi primer año en la Facultad (Argentina, 1984) que explicaba que la diferencia entre la recién iniciada democracia y la sanguinaria dictadura autodenominada "Proceso de Reorganización Nacional" –

que generó 30.000 desaparecidos, endeudamiento externo, pobreza y desindustrialización de mi país entre 1976 y 1983–, era el "cambio de la norma fundamental". Nunca dejé de pensar que esa educación jurídica hegemónica, y esto más allá de las intenciones críticas del propio Kelsen, en América Latina fue funcional al autoritarismo y a lo que ahora llamo colonialidad del poder.

i') El Derecho contado, al reconstruir las trayectorias narrativas permite incorporar el proceso histórico a la comprensión del Derecho. Incluso críticamente permite un saber genealógico que muestra cómo la narrativa dominante se construye como régimen de verdad al vencer o silenciar otras trayectorias posibles, poniendo en crisis, al hacer presentes esas ausencias y emergencias, la identificación narrativa de los sujetos y el Derecho.[24]

j) El Derecho analizado se articula en torno a pirámides normativas y escalonamientos de poder, aprehende con dificultad los casos e historias particulares que deben ser subsumidas. La norma más general del ordenamiento, es decir la Constitución, es por lo tanto imaginada jerárquicamente en el vértice de la pirámide jurídica.

j') En cambio, el punto de vista se invierte en el Derecho contado, es a partir de la historia singular que el Derecho se reconstruye, y a partir del caso particular la coherencia narrativa y la racionalidad argumentativa del Derecho son puestas a prueba. En contextos de pluralismo esta característica se acentúa ya que son las narraciones alternativas de diversas "comunidades nómicas" en una situación, las que ponen a prueba la racionalidad argumentativa misma. El Derecho debe componer o mediar o elegir entre narrativas rivales para enmarcar una situación concreta.

Aquí, pensando en la Constitución, su carácter implica que sea capaz de proveer ductilidad para permitir soluciones diferentes manteniéndose al mismo tiempo como eje o núcleo de sentido. Es decir, que sea un "hilo de Ariadna" conductor en el laberinto de la complejidad de narrativas plurales según la feliz metáfora de Luiz Fernando Coelho.[25] Que pueda habitar las situaciones sin perder su carácter de núcleo de sentido de un Derecho abierto al pluralismo.

k) Finalmente, el Derecho analizado parte de la presunción explícita o implícita del monismo jurídico estatalista y monocultural que resulta ser el supuesto básico subyacente de estas características que hemos reseñado hasta aquí. El paradigma del Derecho analizado tiene como base necesaria al Estado nacional monocultural y monolingüístico.

---

24 Foucault, Michel, *Nietzsche, Freud, Marx.* Con prólogo de Eduardo Grünner, Buenos Aires, Ediciones El Cielo por Asalto, 1987.

25 Coelho, Luiz Fernando, *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*, Curitiba, Juruá Editora, 2006, p. 311.

k') El Derecho contado parece más adecuado por las razones ya apuntadas en este itinerario de comparación, a una situación de pluralismo sociocultural dado su carácter abierto a las narrativas sociales. La pretensión monista que se quiere también universal y normal es en realidad una peculiaridad que acompaña la institución por antonomasia del proyecto moderno/colonial: el Estado. El constructo moderno/colonial que es el Estado nación moderno tiene la pretensión del monopolio de la creación y aplicación del Derecho positivo. Sin embargo, una primera objeción que podemos levantar es que la creación de significados jurídicos, la jurisgénesis, siempre se lleva a cabo a través de un proceso cultural.[26] Ese proceso siempre es expresivo de comunidades nómicas, aunque sea aquellas que consiguen instrumentalizar las burocracias y violencia estatales para imponer su narración o retórica y silenciar otras, bloqueando en ese aspecto el circuito de reacción cultural, y/o también simplemente como efecto de la así llamada por Joaquín Herrera Flores[27] "primera ley de la termodinámica cultural": al formalizarse las acciones y reacciones culturales se tiende a perder progresivamente la capacidad creativa, resultando en ambos supuestos el bloqueo del circuito de reacción cultural. Y como sabemos la abstracción, descontextualización y formalización son característicos del Derecho moderno/colonial en tanto que producto cultural y están en la base del malestar jurídico cultural que alimenta la crítica.[28]

Pero esas mismas características son funcionales al gesto imperial de pretender acotar el problema, inherente al Derecho, de la multiplicidad de significado: *"el hecho de que las fuerzas de la jurisgénesis jamás crean un solo mundo, sino muchos"*. Es este problema el que conduce a la preocupación imperial de mantener el mundo, ya que *"mantener el mundo no es tarea menor, y requiere tanto esfuerzo como crearlo"*.[29]

Pese a esos esfuerzos "imperiales", la experiencia social histórica de los procesos de las sociedades postcoloniales y en la actualidad los procesos jurídicos de escala transnacional vinculados a la globalización muestran, no obstante esa tendencia a la entropía formal del Derecho moderno/colonial, la persistencia de la realidad del pluralismo jurídico, es decir la coexistencia y confluencia de derechos de formas, procesos, racionalidades, escalas y fines diversos dentro de un mismo espacio jurídico político.[30]

26 Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial,* Barcelona, Gedisa, 2002, p. 24.

27 Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana,* Sevilla, Aconcagua Libros, 2005, p. 135.

28 Herrera Flores, Joaquín, "Prólogo", en: Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica,* La Plata, EDULP, 2011.

29 Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial,* Barcelona, Gedisa, 2002, p. 33.

30 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Por un nuevo sentido común jurídico,* Bogotá, ILSA, 2009, p. 91; Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho,* Estudio preliminar, traducción, revisión y notas de David Sánchez Rubio, Sevilla, MAD, 2006, p. 31.

4. Conclusiones

La experiencia jurídica reciente en América Latina, especialmente la que se está produciendo a partir de la adopción de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador, y de la puesta en funcionamiento de sus instituciones, constituyen un desafío para replantear la comprensión hegemónica acerca del Derecho en la academia latinoamericana. La misma se ha caracterizado por receptar las formulaciones de las teorías eurocentradas, el iusnaturalismo, más contemporáneamente el positivismo y la teoría analítica, en un proceso de progresiva descontextualización, abstracción y formalización de la comprensión del Derecho, al cabo del que se termina construyendo un metalenguaje que considera al Derecho como un conjunto de normas jurídicas positivas caracterizadas por su estructura formal imputativa (dado el supuesto A, debe ser la consecuencia jurídica B, dado no A, debe ser S –sanción jurídica–) y susceptibles de ser analizadas axiomáticamente por medio de un conjunto de proposiciones lógicas. De esta forma, se verifica en el saber considerado competente científicamente acerca del Derecho, la constante de la *episteme* moderna colonial en el sentido de enunciar qué y cómo se puede estudiar y no quiénes y desde dónde comprenden el Derecho (lo que implica la necesidad de una pragmática y una geopolítica del conocimiento jurídico). Al mismo tiempo, desde este "punto cero", se pretende separar abismalmente el estudio del Derecho, así parcelado y atomizado, de su contexto histórico cultural.

A tal punto llega el triple proceso de descontextualización, abstracción y formalización que en el paradigma analítico del Derecho directamente se dan por sentados y se expulsan del dominio de la "ciencia jurídica" a quienes constituyen los principales sujetos del Derecho moderno/colonial. De un lado, el Sujeto (con mayúscula) de la experiencia jurídica implantado en contextos postcoloniales como el de nuestra región y el Estado moderno/colonial monocultural, del otro, el sujeto con minúscula: el individuo titular de derechos subjetivos en tanto que intereses jurídicamente protegidos y su principal derecho: la propiedad privada en tanto que emanación de su personalidad. De esta forma la teoría jurídica puede analizar el Derecho y todo derecho (así sesgado y reducido en su comprensión), desde el universalismo *a priori* de la comprensión axiomática lógica formal, atomística e hiperespecializada al mismo tiempo naturalizando al Estado y al individuo propietario.

Muy al contrario, nosotros entendemos que el reconocimiento a nivel jurídico institucional en el novísimo constitucionalismo ecuatoriano y boliviano de la voluntad descolonizadora, del pluralismo cultural y jurídico, requiere también un giro decolonial de la teoría del Derecho que pase por reintegrar el mismo al contexto y a los sujetos concretos que entretejen en el pluralismo cultural la densa trama de narratividad y normatividad sociales. El *locus* privilegiado e idóneo para esta búsqueda que apenas está empezando, es sin duda el del nivel constitucional ya que en las constituciones se articulan narraciones y prescripciones que condensan en imágenes constitucionales, principios generales, valores constitucionalizados y en regla. Materiales todos que ponen en relación histórica cultural al Derecho y a las formaciones sociales plurales y abigarradas portadoras de sus procesos histórico políticos. De esta forma también, se puede pensar en una geopolítica

del conocimiento jurídico ya que el Derecho deja de ser patrimonio de academias y especialistas y los intereses sociales con los que tienen afinidades electivas, para vincularse con las comunidades nómicas que lo preñan de nuevos sentidos al reenunciarlo en contacto con sus formas de entender la dignidad humana, incluso reapropiando a veces, y desplazando el sentido fijado, de una de los principales referentes de dicha dignidad en la cosmovisión occidental: los derechos humanos como derechos colectivos, incluso de entes a los que no se les puede imputar interés de tutela jurídica actual: las generaciones futuras y la naturaleza. Pero eso ya es otro tema.

5. Bibliografía

Austin, John L., *Como hacer cosas con palabras*, Paidós**,** Buenos Aires, 2006.

Cabo Martín, Carlos, *Dialéctica del sujeto. Dialéctica de la Constitución,* Trotta, Madrid, 2010.

Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado,*Trotta, Madrid, 2001.

Coelho, Luiz Fernando, *Direito constitucional e Filosofia da Constituiçâo*, Juruá Editora, Curitiba, 2006.

Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial,* Gedisa, Barcelona, 2002.

Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998.

Foucault, Michel, *Nietzche, Freud, Marx.* Con prólogo de Eduardo Grünner, Ediciones El Cielo por Asalto, Buenos Aires, 1987.

Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional,* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

Herrera Flores, Joaquín, "Prólogo", en Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica*, EDULP, La Plata, 2011.

Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2005.

Hobbes, Thomas, *Leviathan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

Kelsen, Hans, "La función de la Constitución", en Marí, Kelsen, Kozicki, Legendre, Siperman, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática,* Edicial, Buenos Aires, 1994.

Mari, Enrique, "La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham", en Marí, Kelsen, Kozicki, Legendre, Siperman, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática,* Edicial, Buenos Aires, 1994.

Ost, François, *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico,* Editora Unisinos, Sâo Leopoldo, 2005.

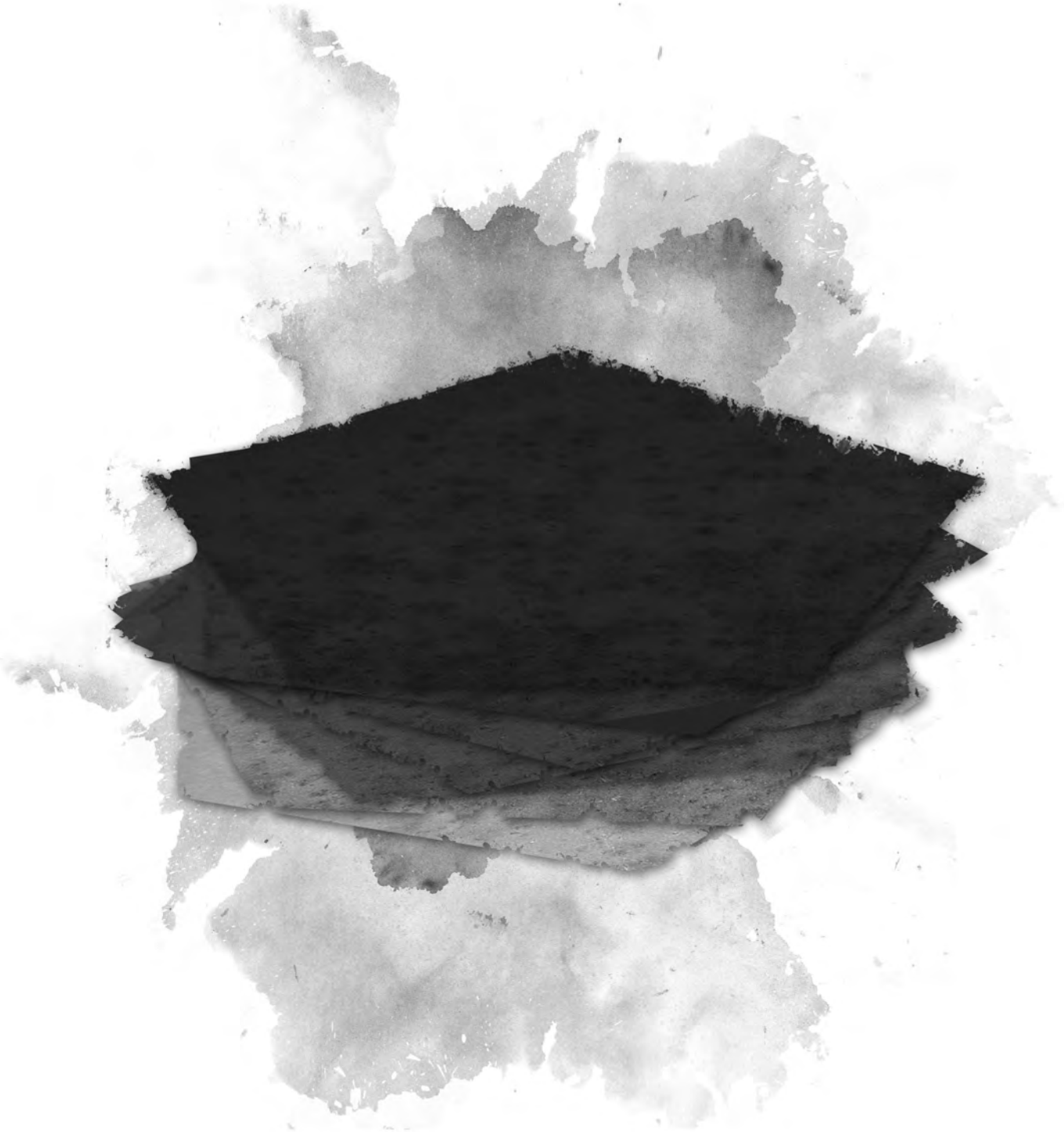
Ost, François y Van der Kerchove, Michel, "La referencia a Dios en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen", en Marí, Enrique et. al, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 1998.

Quijano, Anibal, "El regreso del futuro y las cuestiones de conocimiento", en: R*evista Hueso húmero*, no. 38*,* Lima, Francisco Campodónico- Mosca Azul Editores, 2001.

Sousa Santos, Boaventura, *Sociología Jurídica Crítica. Por un nuevo sentido común jurídico,* ILSA, Bogotá, 2009.

Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho,* Estudio preliminar, traducción, revisión y notas de David Sánchez Rubio, MAD, Sevilla, 2006.



Pluralismo jurídico: nuevos constructos para microsociedades

Luisa Fernanda García Lozano[1]

Sumario

Resumen – 1. Introducción – 2. Breves acepciones acerca del pluralismo jurídico – 2.1 Acepciones puntuales sobre el pluralismo jurídico – 3. Descubrimiento, reconocimiento, rechazo u olvido de microsociedades – 4. Necesidad de nuevos constructos – 5. Bibliografía

Resumen

Las variables jurídico-políticas que se han descubierto gracias a los aportes del pluralismo jurídico a las ciencias sociales en general -entendidas en un contexto específico que evidencia microsociedades- permiten y propulsan la reconceptualización de nuevos constructos frente a los Estados en diversos órdenes, desde el monismo hasta el pluralismo.

1. Introducción

El pluralismo jurídico ha sido considerado como uno de los principales temas susceptibles de estudio en la sociología jurídica. Este evidencia la carencia de diálogo entre la sociedad y el sistema jurídico, la necesidad de implementar un discurso interdisciplinario para la comprensión de los Estados actuales y, además, arroja claras luces sobre la ineficacia del sistema en conjunto. Igualmente, el pluralismo jurídico ha sido pieza angular para el reconocimiento y fortalecimiento de diferentes etnias, de sectores olvidados y discriminados que aún sufren dicha situación en la actualidad.

Sus múltiples acepciones han permitido comprender el sistema jurídico posmoderno, pues postula un horizonte más allá de los paradigmas clásicos; además, da cuenta de la pluralidad

1 Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Actualmente se encuentra cursando el doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires, docente e investigadora de varias universidades, entre ellas: Universidad Santo Tomas y Universidad Militar Nueva Granada. correo electrónico: trevannian@gmail.com.

de manifestaciones sociales que no permiten acuerdos representativos claros o prístinos que son aprehendidos por el discurso jurídico y por supuesto, el estatal en sentido macro.

La anterior perspectiva permite estudiar a países como Colombia, uno de los cuales padece de una de las falencias más comunes en los Estados con precariedad institucional: ineficacia del sistema. A lo largo de su historia tanto en la conformación del Estado como en el subsecuente escenario jurídico, diferentes fenómenos tales como el multiculturalismo, el conflicto social y armado, además de las teorías eurocéntricas que predominaron en la construcción de las instituciones en el pasado y el discurso formal del funcionamiento del país en la actualidad, se ha producido una multiplicidad de *microsociedades* que pertenecen a un solo territorio, y que en virtud de sus propias características, no dialogan entre ellas, lo cual ha dejado como resultado una verdadera *sociedad de contrastes,* que viene a reflejarse en el *espejo social*, como un Estado Unitario.

En este sentido, dentro de la miscelánea de opciones para el análisis, son varias las referencias que permiten acercarse a este tipo de disertaciones; las cuales combinan aspectos constitucionales, jurídicos y sociales que evidencian la ruptura entre el sistema político y el jurídico-clásico. Es así como se descubren un estado de crisis al interior del sistema, el cual, en ocasiones, produce el *reflejo* mediante el cual parece existir un punto muerto en el Derecho. Todo ello, influencia directa o indirectamente y exhorta a la judicatura para que se embarque en la tarea de representar las necesidades sociales más allá de los preceptos legales, desdibujándose, en síntesis, el mundo jurídico.

En este sentido y en virtud de lo anteriormente expuesto, la pregunta que se propone para el desarrollo de este artículo consiste en establecer si, a partir de una perspectiva "crítica", ¿Permite el pluralismo, como fuente de comprensión del campo social y jurídico, identificar las rupturas del sistema jurídico orientándose hacia una reconceptualización del mismo?

El presente artículo tiene como objetivo exponer la necesidad latente de complementar el paradigma jurídico actual, a partir del diálogo entre los contrastes que se gestan a nivel social. Por ende, se pretende estudiar el pluralismo como eje central para examinar el sistema jurídico y la teoría del Estado actual, teniendo como base las tensiones que se presentan entre modernidad y posmodernidad, el monismo y el pluralismo, la multiculturalidad y la interculturalidad, todo desde una perspectiva de escuelas críticas del Derecho.

El pluralismo jurídico ha sido uno de los temas que en Latinoamérica ha acompañado a la Sociología Jurídica constantemente, las diferentes reflexiones en esta área del conocimiento han permitido abrir nuevos espacios de comprensión del mundo jurídico, por tal motivo, estudiar el pluralismo jurídico como fundamento para comprender el sistema jurídico exige realizar una lectura comprometida acerca de su concepto y sus diferentes acepciones con miras a determinar aquellas categorías que constituyen el planteamiento de marcos analíticos, los cuales podrán permitir la reconceptualización de dicho campo.

2. Breves acepciones acerca del pluralismo jurídico

Para entender la importancia del pluralismo jurídico y su nacimiento, es necesario reseñar brevemente dos perspectivas: a) desde la teoría del Derecho y b) desde los aportes de la Sociología y la Antropología Jurídica. La conjunción de estos estudios conlleva a que el pluralismo jurídico represente por excelencia los estudios de la posmodernidad, la relación entre los diferentes campos del conocimiento, así como la necesidad de formular un diálogo entre la teoría del Derecho y la realidad para postular su armonía. Todo lo cual posibilita la facultad de cerrar la brecha que ha caracterizado el Derecho en los países de la región: el campo jurídico en el mundo de lo ideal y la realidad ajena a él.

El paradigma de pensamiento de occidente fue cimentado en dualidades que trasversalizaron las instituciones, entre ellas el Derecho, el cual fue concebido en la teoría del monismo jurídico como una estructura imaginada que representa un sistema jurídico y político centralizado. Esta idea deviene de la creencia y el compromiso implícito

> (…) de que dentro de un estado debe existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo o un grupo de individuos con poder creador de derecho y fuente única de poder político que garantice la cohesión y el carácter unitario de la nación. Creemos, además, que las normas jurídicas expedidas por este soberano deberán tener carácter general, abstracto y deberán constituir un sistema estratificado y coherente.[2]

Esta concepción es claramente identificable en los diferentes momentos históricos del Derecho. En la modernidad, este paradigma se fortaleció con el nacimiento de la democracia moderna en donde, a partir de la razón –esta, configurada a su vez, según las revoluciones francesa e inglesa– los modelos de Estado inician una relación directa con el Derecho y su función: el derecho como regla, herramienta de control social legítima y válida, que permitiría parámetros claros para el funcionamiento racional del Estado.

La seguridad jurídica, la igualdad y el liberalismo, fueron los principios que se establecieron para construir las nuevas naciones; el Derecho despótico debía ser contrastado con un Derecho legítimo, representativo. Así se establecieron las ramas de poder público, a cada rama correspondería una función para el establecimiento del poder. El legislativo emitiría las normas acordes con la voluntad del pueblo y el judicial se limitaría a respetar así como aplicar el Derecho.

Esta teoría tiene su fundamento en el monismo, al partir el derecho de una necesidad de control, constituido además con univocidad lingüística, imperativa, que lleva implícitamente la expresión de obedecimiento con efectos "*erga omnes*". En este sentido, políticamente el Derecho "como técnica de control social, confía instintivamente en qué

2 Ariza Higuera, Libardo y Bonilla, Daniel, "Estudio preliminar", en Engle Merry, Sally, Griffiths, John y Tamanaha, Brian, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007, pp. 21 y 22.

sentido y cómo es posible transmitir órdenes y prohibiciones jurídicas (…) así (…) el ideal emancipador del derecho liberal puede resumirse en la idea de un Estado de derecho, un gobierno de hombres sino de reglas lingüísticamente establecidas".[3]

Bajo estos principios se crearon los Estados modernos de occidente, al igual que los Estados latinoamericanos, los cuales tenían una composición étnica diversa, acomodos sociales complejos y geografías irregulares. Características que impidieron que el discurso jurídico llegara a todo el territorio, en tiempos donde la comunicación era limitada.

En ese contexto, el imaginario de Estado y Derecho como forma de control legítima empieza a entrar en crisis. La reconstrucción histórica y teórica para argumentar la hipótesis de la existencia de múltiples espacios paralelos donde se practicaban otras formas de regulación, inicia en los acontecimientos históricos suscitados principalmente en la época de los años de 1960 y 1970. Tras el fracaso del sistema positivo clásico en la segunda guerra mundial, las movilizaciones sociales se tornaron en sujetos de trasformación en los órdenes sociales, además, la interdisciplinariedad se convirtió en una fuente principal para comprender el Derecho y el sistema jurídico, el cual había negado la existencia de culturas y manifestaciones diferentes a las contenidas por el orden social hegemónico.

Paralelamente se evidencia, gracias al nacimiento de la Sociología, un fenómeno que no había sido estudiado para comprender la composición social: la unidad del Estado-nacional creado en el siglo XVII simplemente constituía un imaginario de una teoría. La sociedad en sus bases se manifestaba principalmente desde los contrastes que producían, los cuales difícilmente llegarían a construir acuerdos y un clima de armonía; en últimas, la imposición era una característica de la estructura social.

En este orden de ideas, la sociedad se organizó en diferentes *microsociedades* de variados órdenes, jerarquías, diversidad e ideologías en las cuales su cultura y su estructura social presentan características propias. Para entender este fenómeno, al momento de realizar un análisis a cualquier sociedad, es necesario, de acuerdo al profesor Alejandro Portes tener las siguientes consideraciones: *"La cultura es la esfera de los valores, de los marcos cognitivos y del conocimiento acumulado. La estructura social es la esfera de los intereses, individuales y colectivos, respaldados por diferentes cantidades de poder".*[4]

Dentro de los elementos que componen la cultura se pueden encontrar los valores, que constituyen un aspecto importante en la sociedad al determinar pautas y normas de comportamiento, roles y mores que cuando se organizan crean las instituciones. En la estructura social se encuentra como principal elemento el poder, el cual está compuesto por una estructura de clases, jerarquía de estatus y organizaciones. Aunque en la práctica estos elementos no se diferencian, son importantes para entender las causas y los

3 López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2006, pp. 84 y 85.
4 Portes, Alejandro, «Instituciones y desarrollo una revisión conceptual», en: *Cuadernos de Economía*, no. 45, 2006, p.19.

comportamientos que rigen las sociedades contemporáneas, por lo que, cada *microsociedad* tendrá sus propias dinámicas y propósitos que en la mayoría de casos impiden llegar a consensos sociales generales.

En estas circunstancias, los países más jóvenes, principalmente, se encuentran en constantes confrontaciones para lograr su espacio y en algunos casos su reconocimiento. Las diferentes fuerzas demarcarían las formas de lucha entre sí, los fines serían establecidos por sus necesidades y sus roles sociales. Por tanto, la representación debería estar en movimiento constante, y sus elementos también; cambiando de formas, buscando de un lado el equilibrio o de otro la solidificación de un microsistema magnificado.

Los elementos descritos no implican necesariamente una determinada organización geográfica, es posible hablar de una *microsociedad* con un porcentaje significativo de personas que representen algún sector específico al interior de la sociedad ya sea en lo político, económico, cultural o social en general. Paralelamente, en los apartados periféricos es posible que no se generen confrontaciones directas, ni actos de violencia en contra de los consensos generales, sin embargo, sí pueden erigirse *microsociedades* que generan sus propias normas para subsistir, en silencio y olvido.

En este orden de ideas, el *"efecto contraste",* producto de la asimetría de las *microsociedades* no permite la creación de un contrato social general y uniforme. La definición de límites y necesidades están demarcadas por la desigualdad, la falta de representación o intereses opuestos, todo lo cual ha impedido lograr un orden homogéneo. Esta situación, traslapada al campo del Derecho, generalmente traduce ilegitimidad. La falta de empoderamiento de las instituciones jurídicas y políticas fomenta búsquedas de estructuras de control social, solución de necesidades y modelos de organización propios en cada *microsociedad*. Esto es, se constituye una situación de pluralismo jurídico y social.

2.1 Acepciones puntuales sobre el pluralismo jurídico

Teniendo en cuenta el camino histórico formal que se relató con anterioridad y la propuesta de teoría social para comprender la incidencia del pluralismo jurídico que permite identificar las rupturas del sistema jurídico y por supuesto algunas pautas para su reconceptualización, se hace necesario realizar una sistematización del tema desde sus principales representantes, lo cual permitirá construir categorías de análisis.

Desde la época medieval, el concepto Derecho siempre estuvo acompañado de dos elementos: i) Poder-dominación; además de ser, ii) Instrumento de regulación. Estas características propendían por estructuras únicas, que homogenizaran la sociedad en general al servicio de un poder real o soberano: "(…) en lo relativo a la relaciones entre el derecho y el poder vale el siguiente principio general: en las sociedades occidentales, desde el Medioevo, la elaboración del pensamiento jurídico se hizo esencialmente entorno

al poder real. El edificio jurídico de nuestra sociedad fue elaborado bajo la presión del poder real, para su provecho y para servirle de instrumento y de justificación".[5]

Como se explicó en el anterior aparte, consecutivamente se crearon diferentes estructuras jerárquicas de mantenimiento de poder, empero, el concepto del Derecho no se trasformo lo que produjo que entrara en crisis su aplicación.

Las principales manifestaciones de este tipo de críticas como escuela se encuentran con Ehrlich la tendencia a estudiar en sociología jurídica al *"derecho vivo",*[6] quien concluye que el Derecho es ante todo una realidad sociológica que el jurista está obligado a buscar. Igualmente afirma la necesidad de un Derecho dinámico, vivo y extraestatal, a partir de una crítica al formalismo, el logicismo y el idealismo predominante en dicha época.

A su vez Gurvitch en *"El derecho social"* (1947), estudia aquellas formas de Derecho que surgen espontáneamente en las sociedades y son independientes del Estado y de su orden jurídico. Dichas formas pueden tener diversas relaciones con el Derecho estatal. Las formas de Derecho, la apuesta por el pluralismo jurídico, su fe en la planeación de formas de Derecho fundadas en la democracia, la propiedad y la propiedad federativa: *"Este Derecho no Estatal frecuentemente ignorado por los juristas, que se engendra en cada uno de nosotros, por cada grupo, por cada clase, unas veces de manera espontánea y otras por los precedentes, costumbres, prácticas, etc."*[7] Estos dos autores, tienen especial relevancia ya que sus obras tienen fundamento en países homogéneos, que no tienen pasado colonial, lo cual abrirá el abanico de opciones para el estudio del pluralismo jurídico.

En la década de los 1960 y 1970 aproximadamente, los antropólogos centran sus estudios en el Derecho en los países coloniales y poscoloniales, autores como Malinoswski,[8] proponen como uno de los principales métodos de estudio la etnografía, de esta forma se busca, a través de la observación, la recolección de datos empíricos y un método que permita; a raíz de la relación con la comunidad de estudio; una posibilidad de trasformar las ideas preconcebidas, encontrar esos elementos que se escapan de la teoría y darle voz a la sociedad, en su caso a las culturas tribales. Así, gracias a este tipo de estudios se inicia una reconfiguración del concepto Derecho aplicado donde había comunidades indígenas que tienen como fundamento sus particulares prácticas culturales.

---

5 Foucault, Michael, 1993, «Poder, Derecho, Verdad», en *Delito y Sociedad – Revista de las Ciencias Sociales*, Año II No. 3, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Ciencias Sociales, Centro de Informática Aplicada – CINAP, Primer semestre, p. 16.

6 Ehrlich, E., *Fundamental Principles of sociology of law,* USA, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009 (originalmente publicado en 1936 por Harvard University Press, 1936), véase en particular el capítulo XXI.

7 Fajardo Sánchez, Luis A. y García Lozano, Luisa Fernanda (Enero/junio 2008) «La sociología jurídica: construyendo la justicia social», en *IUSTA*, no. 28, enero-junio, 2008, p. 45.

8 Malinowsky, Bronislaw, *Los argonautas del Pacífico Occidental. Un estudio sobre comercio y aventura entre los indígenas de los archipiélagos de la Nueva Guinea Melanésica*, Barcelona, Península, 1995.

Las teorías indigenistas antropológicas han propuesto un concepto para comprender el Derecho de acuerdo a sus hallazgos empíricos, en el continente africano, autores como Pospísil,[9] Fitzpatrick,[10] Griffiths,[11] Merry,[12] entre otros, en sus primeras investigaciones buscaban determinar cómo se desenvolvía la relación entre los "aborígenes" y sus "colonizadores" ante todo cuando en las sociedades coloniales se buscaba imponer un Derecho estatal.

En dichos estudios encontraron que no se aplicaba el Derecho estatal plenamente, las comunidades habían conservado sus prácticas consuetudinarias y en otros casos habían adaptado códigos del Derecho formal como suyos, esto generó que el Derecho se concibiera como un orden normativo cualquiera fuese su origen. Al respecto, Merry evidencia tres contribuciones relevantes del pluralismo jurídico clásico: "(…) la primera sería el análisis de la interacción de ordenes normativos son fundamentalmente diferentes en sus estructuras conceptualmente subyacentes. La segunda es la atención que presta a la elaboración del derecho consuetudinario como producto histórico. La tercera es el esquema de la dialéctica entre ordenes normativos".[13]

Estas conclusiones serían determinantes para ampliar el espectro de estudio no sólo a países con herencia colonial, de esta forma, se inicia una segunda fase de investigaciones las cuales comienzan a observar el comportamiento, la aplicación y la efectividad del Derecho en cualquier tipo de sociedad.

De acuerdo a Merry, para este primer momento, estudiar el Derecho proporcionó la posibilidad de pensar la pluralidad del mismo, por ende se conduce a un "(…) examen de la naturaleza ideológica o cultural del derecho y de los sistemas de ordenación normativa. En lugar de concentrarnos en las normas concretas que se aplican en situaciones de conflicto, esta perspectiva examina las formas como los grupos sociales conciben la ordenación de las relaciones sociales y las maneras de determinación de la verdad y la justicia (…)",[14] lo que brinda elementos para el estudio de sus características y el campo jurídico en general más allá de los paradigmas preestablecidos.

---

9 Pospísil, Leopold, *La antropología del derecho. Una teoría comparativa*, New Have, HRFA, 1974 y Pospísil, Leopold, "The attributes of law", en Bohannan, P. (editor) *Law and Warfare. Studies in the anthropology of conflict*, New York, The Natural History Press, 1996.

10 Fitzpatrick, Peter 2005, *"*Access as justice*"*, en *The windsor yearbook of access to justice. Recueil annuel de Windsor d'acces a la justice*, V. 23, no. 1, 2005.

11 Griffiths, John, *"*¿Que es el pluralismo jurídico?*"*, en Engle Merry, Sally, Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar, 2007.

12 Merry, Sally, *"*Pluralismo Jurídico*"*, en Engle Merry, Sally, Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007.

13 Merry, Sally, op. cit., p. 97.

14 Ibid, p. 127

Esta segunda corriente centró sus estudios en el imaginario simbólico del Derecho, en esas formas de regulación que no constituyen Derecho al no cumplir los requisitos procedimentales formales, pero que se acercan más a la vida social, a las prácticas cotidianas y que muchas veces reproducen los discursos jurídicos como instrumento de dominación. Así, se empezó a estudiar el Derecho de asfalto, insurgente, campesino, entre otros tipos de Derecho que no tenían raíces étnicas, ni coloniales, tan sólo eran sociedades en donde la ineficacia del Derecho y su falta de legitimación produjeron órdenes paralelos. Este pluralismo jurídico, a finales de 1970 e inicio de 1980, se dedicó a realizar estudios sobre acceso a la justicia, desigualdad social, derecho, tribunales alternativos (Santos, Wolkmer, Abel, Galanter),[15] este tipo de estudios hasta nuestros días sigue siendo de especial interés para la Sociología Jurídica.

Igualmente, es posible dentro de esta corriente encontrar los estudios de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) tales como la conciliación, mediación y jueces de paz, entre otros. Estos estudios, al surgir siendo auspiciados por la tercera ola reformista en la región, la aplicación de corrientes neoinstitucionalistas, implementación de los Estados de Derecho en la región y la necesidad de crear mercados confiables para el sistema neoliberal, inicia un nuevo auge entorno a diferentes sub-teorías del pluralismo jurídico. Así, la Justicia Comunitaria y la Justicia Informal, se tornaron en corrientes que profundizaron temas alrededor del acceso a la administración de justicia, identificando cómo en los sectores con mayor pobreza y exclusión las personas prefieren no hacer uso de las instituciones legales y acuden a otros medios para solucionar sus conflictos.

Asimismo, el pluralismo jurídico adquiere otros alcances al estudiar las relaciones económicas y políticas para que se produzca el fenómeno de diferentes órdenes de organización. Los temas que se abordan en dicha clasificación son: la globalización, los sistemas económicos y la ideología política del Estado. Al respecto, uno de los textos más importantes que se publicaron en la década de 1990 que dio nuevos elementos para este tipo de estudios lo constituye el *"Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo",* escrito por Germán Palacios.[16] En este estudio se analizan las consecuencias del fordismo, se examina cómo las sociedades contemporáneas se encuentran fragmentadas a consecuencia del Derecho y sus instituciones, además, evidencia cómo el Estado ha sido suplido o complementado con diversas instituciones, estas conclusiones, al igual que

15 Ver entre otros, Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (editores), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico* (tomos I y II), Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Uniandes, 2001; Santos, Boaventura de Sousa, *Estado Derecho y Luchas sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos–ILSA, 1991, 2001; Abel, Richard (1982), "The contradiction of informal justice", en Richard Abel L. (Ed.), en *The politics of informal justice. The american experience*, Vol. I Cambridge, Academic Press 76, 1982; Wolkmer, Antonio C. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho,* Sevilla, Editorial MAD, 2006.

16 Palacio, Germán, "Pluralismo Jurídico, Neoamericanismo y Postfordismo: Notas para decifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo", en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía e Derecho*, nº 17, 2000.

contextos, permiten encontrar diferentes campos de estudio del pluralismo jurídico, entre los cuales se encuentran:

> 1. El derecho laboral en la especialización flexible, "llama la atención sobre la coexistencia de un derecho asociado a la circulación de la mercancía fuerza de trabajo y otro al 'consumo' productivo dentro de la fábrica o empresa, diferente a lo que conocemos como derecho laboral". Y 2. Mujeres, trabajos y PJ, en este campo obliga a estudiar las transformaciones e interrelaciones del espacio Mundial, el estatal, el de la empresa y el del espacio doméstico. El tema de las mujeres toca el punto de la interrelación entre producción y reproducción no solo como el movimiento sindical lo hace (salario directo-salario indirecto) sino salario directo/indirecto-trabajo doméstico.

Otro de los estudios más significativos en este tema, lo constituye el realizado por César Rodríguez Garavito, titulado: *"La ley Nike: el movimiento antimaquila, las empresas transnacionales y la lucha por los derechos laborales en Latinoamérica*",[17] en esta investigación utilizando las categorías de análisis del profesor Boaventura de Sousa Santos; uno de los autores más representativos del pluralismo jurídico, explica el papel del Derecho en el movimiento antimaquila. En el texto se explica cómo la globalización del Derecho y las teorías neoliberales han generado un fenómeno de injusticia social que sobrepasa los ámbitos nacionales creando un Derecho paralelo. Situación la cual, sólo a través de los movimientos sociales y la herencia común de la humanidad, sería posible transformar, para superar las condiciones poco favorables para los trabajadores.

Finalmente, una nueva corriente de estudios está muy ligada a las teorías posmodernas del Derecho, de acuerdo al profesor Marcelo Neves en estas "Se parte de la negación de la posibilidad de universalización o generalización del discurso jurídico en el espacio de la posmodernidad (…) De ahí la concepción de una racionalidad jurídica típica, construida mediante "dogmáticas locales".[18] En ese contexto, el Derecho va a presentarse como mecanismo propulsor de la "autonomía del contexto" o como guía de "redes de relaciones" entre sistemas tópicos de acciones, sin actuar impositivamente en la fijación de los límites del desarrollo y reproducción de los mismos.

El desarrollo de esta clase de pluralismo jurídico, encuentra fundamento en las teorías de sociólogos que están adscritos a la teoría de los sistemas, Teubner, por ejemplo, diferencia tres (3) tipos de Derecho:

---

17 Rodríguez, César, "La ley de Nike: el movimiento antimaquila, las empresas transnacionales y la lucha por los derechos laborales en las Américas", en De Sousa Santos, Boaventura. *El derecho y la globalización desde abajo hacia una legalidad cosmopolita,* España, Anthropos-Universidad autónoma metropolitana-cuajimalpa, 2007.

18 Neves, Marcelo, en García Villegas, Mauricio y Rodríguez Garavito, César (coord), *Derecho y sociedad en América Latina: un estudio sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Instituto Latino Americano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1993, p. 264.

> El derecho autopoiético, derecho parcialmente autónomo y el derecho socialmente difuso. Estos tipos de derecho tienen un elemento que les permite comunicarse entre sí, el procedimiento, el cual genera la posibilidad de analizar bajo un mismo esquema las diferentes manifestaciones del derecho, proceso, elemento, estructura e identidad, los cuales dependiendo del tipo de derecho se estructuran, por ejemplo, en el derecho socialmente difuso se entiende así: conflicto (proceso), acción (elemento), norma social (estructura), e imagen del mundo (identidad). Y para el sistema jurídico autopoiético, se constituyen así, procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento), norma jurídica (estructura) y dogmática jurídica (identidad)".[19]

Es así como el choque sistémico producirá la necesidad de crear una forma de Derecho que posibilite un diálogo neutro entre estos y que manifieste la voluntad de la sociedad, es en esta perspectiva en la cual se propone el Derecho reflexivo como una opción para la comunicación entre sistemas fundamentado en el Derecho procedimental. Este tipo de teorías están orientadas a países homogéneos con procesos de desarrollo muy fuertes, por ende, aplicar estas teorías en Latinoamérica no permite un desarrollo en su totalidad.

Estas corrientes han sido trabajadas en mayor y menor medida en Latinoamérica, empero, las corrientes más estudiadas es la antropológica e indígena gracias a la diversidad étnica que compone la región. No obstante, cabe destacar como esta postura ha evolucionado y ha creado sus propias categorías de estudio dependiendo de las características geopolíticas de cada país. Igualmente, se encuentran múltiples estudios de la segunda corriente con estudios de administración de justicia, acceso y mecanismos alternativos de resolución de conflictos que tuvieron un gran auge para finales de los años noventa. Así, los estudios de pluralismo jurídico han ocupado en gran parte a los sociólogos jurídicos, y a la Sociología Jurídica en general al identificar dos situaciones constantes en la región, desigualdad social y exclusión, elementos que afectan directamente la aplicación del Derecho y la administración de justicia.

Las anteriores consideraciones conllevan ha establecer las siguientes categorías para analizar el sistema jurídico: 1. Desconocimiento de las sociedades existentes al interior de cada Estado, 2. Prácticas culturales que propenden por una forma de organización paralela, 3. Discursos hegemónicos del Derecho colonial y poscolonial, y 4. Prácticas económicas y políticas globalizantes. La deconstrucción de la teoría permite identificar como cada una de ellas hace relación directa con una disciplina o área del conocimiento, es decir, de forma fragmentada la representación del pluralismo jurídico ha sido estudiada lo que produce que el impacto que se busca para reconceptualizar este sistema no tenga efectos generales.

19 Neves, Marcelo, op. cit., p.162.

3. Descubrimiento, reconocimiento, rechazo u olvido de microsociedades

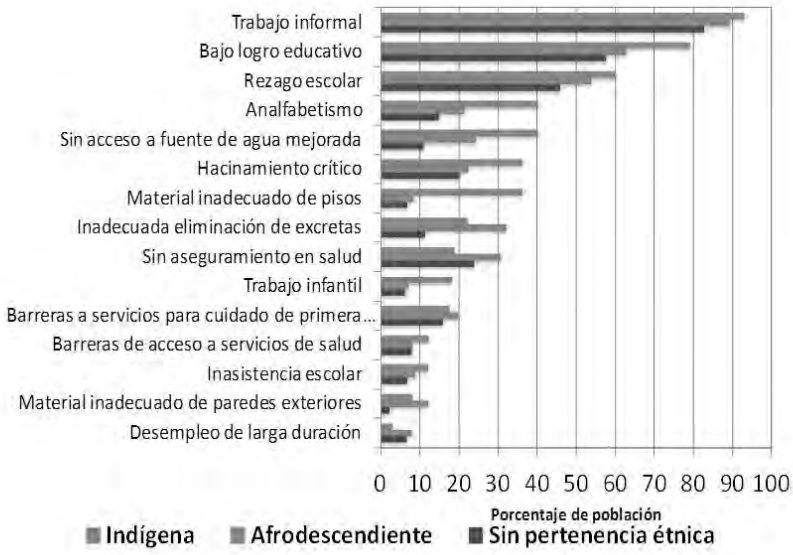
Para dar respuesta a la pregunta que dio origen al presente artículo, se retomaran las categorías de análisis propuesta por la teoría del pluralismo jurídico contrastándolas con algunas evidencias empíricas. La primera categoría conceptual que plantea las teorías del pluralismo jurídico, *"El desconocimiento del Estado de su composición social",* se complementa con las siguientes dos: La teoría de la colonización y las manifestaciones por parte de las mismas comunidades de la creación de órdenes propios, la búsqueda de la homogenización de los discursos y la composición nacional en razón de la necesidad de crear reflejos de los países europeos, conllevó a un desconocimiento de la composición social, paralelamente al crear reflejos de Estado imaginario igualitario y solidario se produce el desconocimiento de la realidad, y la necesidad de la sociedad por organizarse y subsistir en el olvido.

Este argumento se puede constatar con un hecho jurídico en Colombia: la Constitución Política de 1991. Fue tan sólo hasta dicha fecha cuando el Estado Colombiano se reconoció a sí mismo como multicultural y diverso (artículo 7). Después de casi 200 años, jurídicamente se comprende la sociedad como una hija de la colonia con una composición étnica diversa, en el país coexistían más de 120 comunidades indígenas con sus propias costumbres y su cultura, además de comunidades afrocolombianas, raizales, gitanas y campesinas. Igualmente los discursos políticos, económicos y jurídicos se deslindaron sistemáticamente de la sociedad lo que produjo mircosociedades con diferentes culturas y estructura social que comienzan a chocar impidiendo diálogos entre ellas, por ende, los contrastes traducidos en conflicto social y armado se hacen parte de la historia de un país como Colombia.

Algunas realidades que ejemplifican este hecho lo constituyen, en Colombia, las comunidades indígenas. Para el Estado Colombiano, ha resultado todo un reto y altas dosis de complejidad el avanzar hacia la coordinación e inclusión de un gran número de comunidades conforme a sus usos, costumbres y demás manifestaciones culturales que en algún momento pueden llegar a chocar con parámetros establecidos por el Estado y el conglomerado social ajeno a dicha condición étnica, todo lo cual evidencia la aún latente necesidad de armonización de las relaciones sociales como fundamento del Estado y sus componentes.

Las consecuencias de la sistemática negación, rechazo u olvido de dichas comunidades condujeron a que sus prácticas subsistieran de manera marginal frente a la inobservancia y minoración por parte del mismo Estado. Ahora, con dicho reconocimiento, se permitió la protección de sus usos y costumbres, pero a la vez trajo consigo consecuencias negativas para estas comunidades, como un arma de doble filo que puede acarrear de nuevo minoración, exclusión o modificaciones impuestas de patrones culturales.

Entre los aspectos sociales a destacar se puede encontrar cómo en la actualidad, las comunidades afrocolombianas e indígenas presentan indicadores que demuestran un alto grado de exclusión y desigualdad. Los cuadros que se exponen a continuación demuestran esa situación, con lo que, evidentemente, se presentan magras condiciones en contravía de un adecuado diálogo con otras *microsociedades* estándar:



Fuente: Encuesta de Calidad de Vida (2010) y cálculos del Departamento Nacional de Planeación.

Igualmente, el desconocimiento de la composición social produce de forma clara y evidente la conformación de la sociedad de contrastes y sus dimensiones entre la pluralidad y paralelismo con el Estado, muestra de ello es el conflicto que se ha suscitado en el departamento del Cauca entre indígenas y campesinos por las tierras y la educación inter-étnica.

4. Necesidad de nuevos constructos

El municipio de Totoró, el cual se encuentra situado al sur occidente de Colombia, en la zona Oriental del Departamento del Cauca, colinda con Popayán y los municipios de Inzá, Benalcázar, Puras, Silvia y el departamento del Huila. En esta zona se encuentran asentadas varias comunidades indígenas como son Paniquitá, Polindara, San José, y campesinas: La Unión, Jebalá y la zona del Hatico, Florencia Aguas Vivas, Agua Bonita y Portachuelo.[20] En

20 Para conocer más sobre este municipio puede consultarse la página http://www.totoro-cauca.gov.co/nuestromunicipio.shtml?apc=I-xx-1-&s=m&m=, sitio oficial del municipio.

esta región son múltiples los conflictos que se han gestado en razón de las dos microsociedades que habitan allí, los más comunes son los conflicto de tierras, etnoeducación.

El cabildo del Municipio de Totoró, compuesto por comunidades Indígenas que se reclaman descendientes de los Totoroes, recibió en oferta de venta, manifestando su voluntad de compra, una porción considerable de una gran hacienda propiedad de una tradicional familia Caucana. La finca se encontraba arrendada a los campesinos, venciendo el contrato en julio del año 2005. El cabildo no esperó la terminación del contrato y sobre su voluntad manifiesta de compra procedió a ocupar el predio. Esta acción, exaltó el sentimiento de animadversión contra los indígenas por parte de los campesinos, derivando en una acusación en otros tiempos orientada hacia los hacendados, al calificar a los indígenas de terratenientes.

Este señalamiento vino acompañado a su vez de otros juicios de valor a partir de los cuales se juzgaba a los indígenas como "ocupantes de las mejores tierras" y de ser comunidades que no aprovechaban racionalmente los suelos, al impedir su uso productivo, dejándolos sin cultivar. Además de esto, se señalaba por parte de la comunidad campesina, la condición de privilegiados de los indígenas frente a las condiciones precarias del campesinado con respecto al acceso a recursos económicos y a la tierra misma, en un señalamiento generalizado y reafirmado mediante la frase: "(...) los indios tienen privilegios y los campesinos no (...)". La situación derivó en una movilización campesina que incomunicó el oriente del departamento con su capital (Popayán), durante varios días y en conatos de enfrentamiento entre campesinos y comunidades indígenas.[21]

El anterior es sólo un fragmento que representa la problemática que evidencia los constantes choques entre estas dos microsociedades, en el artículo que se toma como referencia es posible encontrar una serie de indicadores que desarrollan de mejor manera el tema. Igualmente, es posible rastrear esta situación en la prensa y en los comunicados de las organizaciones sociales.

El panorama social de estos pueblos, las acciones jurídicas y sus desarrollos se ven transversalizados por diversos elementos produciendo dicotomías entre la teoría y la práctica, el Derecho y la realidad. En este sentido, las acciones que mejor se evidencian para coordinar el sistema jurídico son los planes de vida, los esfuerzos de coordinación, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El sistema jurídico es concebido como la interacción de los diferentes elementos que permiten la concretización del concepto de lo jurídico, algunos de estos son: las instituciones jurídicas, las normas y reglas en sus diferentes escalas que permiten la organización del Estado en aras de garantizar una pacífica resolución de conflictos, los fallos y jurisprudencia

21 Rincón García, John (enero-abril 2009), "Diversos y comunes: Elementos constitutivos del conflicto en el departamento del Cauca", en *Análisis político*, nº 65, enero-abril 2009, p. 3-24.

de los jueces de las diferentes cortes, las acciones de los sujetos que la componen, las universidades, la movilización social, al igual que las políticas públicas.

Todos estos elementos permiten evidenciar un concepto tan abstracto como es lo jurídico, en la estructura del Estado, este elemento permite el control y organización de la sociedad; es decir, se considera la forma de materializar las garantías y voluntades políticas de un país, empero, la disgregación de sus elementos produce la ineficacia sistemática de cada uno de ellos por cuanto un sistema funciona sólo si los dispositivos de comunicación y funcionamiento son claros y acordes con los objetivos del mismo.

En este sentido, en un primer momento, debe resaltarse la necesidad de determinar nuevos constructos que acarreen mayor versatilidad en los dispositivos de comunicación y funcionamiento. El Derecho asume este papel en el sistema, el conjunto normativo permite una cohesión de los diferentes organismos que lo componen y una identidad en su acción. Siguiendo esta lógica en los procesos posmodernos de teorización del Derecho, la Constitución Política –según las teorías garantistas y emancipatorias– en la práctica, busca la transversalización de los principios con los cuales se rige un Estado en específico partiendo de los acuerdos de la sociedad a través de mecanismos de representación democráticos básicos.

Paradójicamente, la necesidad de crear nuevos constructos y discursos como fuente de comunicación y representación social permite estandarizar el imaginario del Derecho, para el caso la Constitución, como fuente de cohesión social y por tanto, de control, al igual que de organización, pero en la práctica no se han podido armonizar por cuestiones sociales. Ejemplo de ello, es el Resguardo Indígena "Embera Chamí" de Escopetera y Pirza, en donde la complejidad en la composición del mismo, las condiciones sociales y culturales han producido que sólo algunos sectores reconozcan lo planteado en el Plan de Vida trabajado y aceptado en el año 2008, y otros sectores "políticos" desconozcan por completo este proceso y hayan iniciado una reestructuración que parte de algunas elites dirigentes y se deja de lado a la base comunitaria.

Otro aspecto para tener en cuenta son las estrategias, programas y políticas por parte del mismo Estado para dar vía al reconocimiento y fortalecimiento de otras jurisdicciones y a un sistema jurídico integral. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, órgano encargado hasta hace poco del correcto funcionamiento administrativo de la justicia en Colombia, por medio de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, lidera programas que se encuentran consagrados en los planes sectoriales de desarrollo de la rama judicial, especialmente, a partir del plan sectorial de 2003-2006.

Algunos de estos planes se establecieron entre el 2002-2003, cuando la Sala Administrativa de manera conjunta con la ONIC y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca acordaron celebrar un convenio de cooperación para el desarrollo del programa "Apoyo a la Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción

Especial Indígena", cuyo objetivo era *"mejorar el acceso a los servicios de justicia básica en los territorios indígenas reconociendo la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo"*, que se desarrolló en 5 componentes. Respecto a la Escuela, el componente era el de Módulo de Capacitación Intercultural.

Una vez finalizado dicho convenio de cooperación, la Escuela Judicial, bajo la orientación y políticas de la Sala y del plan sectorial, ha venido desarrollando el Programa de Formación Intercultural, dirigido a autoridades indígenas y funcionarios judiciales (jueces y magistrados) del país.

Este se erige como uno de los aspectos mediante los cuales el Estado, en virtud del reconocimiento de la diversidad, y en algún sentido, en virtud del pluralismo jurídico, comienza por establecer nuevos constructos institucionales que buscan encontrar una forma de armonización con esta faceta de la realidad que fue comúnmente obviada.

Así, si bien se favorecen constructos para entender una de las tantas *microsociedades* que en virtud del pluralismo jurídico se han evidenciado, los esfuerzos continúan siendo insuficientes y, en muchos casos, la tendencia puede terminar de nuevo aminorando u ocultando porciones de realidad que en virtud del pluralismo jurídico reclaman nuevos marcos que favorezcan el diálogo.

Todo ello indica que el Estado se encuentra ante nuevas perspectivas que, como es apenas lógico, tardan en ser materializadas por las instituciones y el diálogo intercultural. Naturalmente, la posición dominante en la que se encuentran las *micorosociedades* frente a la mayoría estándar actúa en contravía de un pleno reconocimiento o favorecimiento del diálogo intercultural y del avance real hacia una concepción pluralista de los Estados.

Es en este sentido, en el que se deben unir fuerzas y no escatimar en esfuerzos por encontrar una doble vía de reconceptualización tanto de lo jurídico como de lo político. Esta tarea no debe ser únicamente propuesta desde el Estado. Si se busca armonizar el diálogo entre *microsociedades* es menester que se propicie un escenario por cada una de estas facciones. El mero adelantamiento de estas labores por una de las facciones terminaría en un desbalance de cargas que podría llegar a cambiar la situación, pero no el fenómeno. Es decir, el monismo pasaría a ser estandarizado por un sector en menoscabo de la concepción pluralista.

Por esta razón el diálogo en pro de nuevos constructos y reconceptualización, como categoría que busca mantener cierto estado de cosas considerado como democrático y pluralista debe abandonar rezagos de odio, discriminación, menosprecio u análogos síntomas peyorativos o conflictos desde todos los sectores, pues sólo así se avanzará en la dirección deseada para la armonía bajo el respeto a la pluralidad.

5. Bibliografía

Abel, Richard, "The contradiction of informal justice", en Richard Abel L. (ed.), *The politics of informal justice-The american experience,* Vol. I Cambridge, Academic Press 76, 1982.

Ariza Higuera, L., & Bonilla, D., Estudio preliminar, en Merry, Sally Engle, Griffiths, John y Tamanaha, Brian*, Pluralismo Jurídico,* Bogotá: Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007.

Ehrlich, E., *Fundamental Principles of sociology of law,* Transaction Publishers, New Brunswick, 2009 (originalmente publicado en 1936 por Harvard University Press).

Fajardo Sanchez, L., & Garcia Lozano, L., "La sociología Jurídica: Construyendo la justicia social", en *Revista IUSTA,* enero/junio 2008, Facultad Derecho-Universidad Santo Tomás.

Fitzpatrick, P., "Access as justice", en *The Windsor yearbook of access to justice. Recueil annuel de Windsor d'acces a la justice,* University of Windsor, Ontario, 2005.

Foucault, M., *Poder, Derecho, Verdad,* UBA Facultad de Ciencias Sociales-Centro de informática aplicada-CINAP, Buenos Aires, 1993.

López Medina, D. E., *El derecho de los jueces*, Universidad de los Andes-Legis, Bogotá, 2006.

Malinowsky, B., *Los argonautas del pacífico occidental. Un estudio sobre comercio y aventura entre los indígenas de la Nueva Guinea Melanésica,* Península, Barcelona, 1995.

Neves, M. "Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina", en García Villegas, Mauricio y Rodríguez Garavito, César (coord.) *Derecho y sociedad en América Latina: un estudio sobre los estudios jurídicos críticos*, Instituto Latino Americano de Servicios Legales Alternativos-ILSA, Bogotá, 1993.

Palacio, G., "Pluralismo jurídico, neoamericanismo y posfordismo: Notas para decifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo", en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Nº 17, 2000.

Pospísil, L., *La antropología del derecho. Una teoría comparativa,* HRFA, New Have, 1974.

Pospísil, L., "The attributes of law", in P. Bohannan (editor), *Law and Warfare. Studies in the anthropology of conflict,* The Natural History Press, New York, 1996.

Portes, A., "Instituciones y desarrollo. Una revisión conceptual", *Cuadernos de Economía,* Vol. XXV, Bogotá, 2006.

Rincón García, J. J., "Diversos y comunes: Elementos constitutivos del conflicto en el departamento del Cauca", en *Análisis Político*, Universidad Nacional de Colombia, IEPRI. No. 65, 2009.

Rodríguez, C., "La Ley de Nike: el movimiento antimaquila, las empresas transnacionales y la lucha por los derechos laborales en las Américas", en Sousa Santos, Boaventura, *El derecho y la globalización desde abajo hacia una legalidad cosmopolita,* Anthropos-Universidad Metropolitana-Cuajimalpa, México, 2007.

Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (editores*), El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico (tomos I y II)*, Siglo del Hombre Editores-Uniandes, Bogotá, 2001.

Wolkmer, Antonio Carlos*, Pluralismo Jurídico–Fundamentos de una nueva cultura del derecho,* Editorial MAD, Sevilla, 2006.

Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico

David Sánchez Rubio[1]

Sumario

1. Introducción – 2. Derecho Penal e inversión ideológica – 2.1. Inversión de normas concretas por el dispositivo crimen-castigo – 2.2. Inversión de principios contrarios a derechos humanos y decolonialidad – 3. Derecho (menos) penal anti-hegemónico, derechos humanos y liberación – 4. Interculturalidad y pluralismo jurídico (penal) – 5. Bibliografía

Resumen

En este trabajo se pretenden exponer un conjunto reflexiones en torno al papel que el Derecho Penal posee como instrumento de garantía de los derechos humanos, teniendo en cuenta el contexto de capitalismo periférico y decolonial latinoamericano, caracterizado por las exclusiones socio-económicas y de clase, la discriminación racial y las desigualdades de género.

Entre otras cosas se plantea la dificultad y la contradictoria posibilidad que los sistemas punitivos poseen, en el marco de aparentes Estados Constitucionales de Derecho, a la hora de proteger derechos humanos. La hipótesis que se baraja es que bajo el dispositivo de inversión o reversión ideológica de los derechos humanos, consistente en garantizar derechos humanos vulnerando derechos humanos, las clases más poderosas utilizan este mecanismo por medio del Derecho Penal y a través de todo el sistema punitivo, para consolidar un sistema de control y de dominación estructural racial, clasista y de género (patriarcal) que, previamente, está establecido en el ámbito de la sociabilidad y las relaciones humanas. Asimismo, se intentará debatir las dificultades que los derechos humanos poseen como un posible mínimo ético común para diversas culturas, y de qué manera se pueden construir caminos y vías alternativas anti-hegemónicas, interculturales no estatales y también estatales en materia penal.

1 Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

1. Introducción

En este trabajo se pretende, de manera aproximativa y provisional, dar algunas pistas, exponiendo un conjunto reflexiones en torno al papel que el Derecho Penal posee como instrumento de garantía de los derechos humanos, teniendo en cuenta el contexto de capitalismo periférico y decolonial latinoamericano, caracterizado por las exclusiones socio-económicas y de clase, la discriminación racial y las desigualdades de género.

Por un lado, se plantea la dificultad y la contradictoria posibilidad que los sistemas punitivos poseen, en el marco de aparentes Estados Constitucionales de Derecho, a la hora de proteger derechos humanos. La hipótesis que se baraja es que bajo el dispositivo de inversión o reversión ideológica de los derechos humanos consistente en garantizar derechos humanos vulnerando derechos humanos, las clases más poderosas utilizan este mecanismo por medio del Derecho Penal y a través de todo el sistema punitivo, para consolidar un sistema de control y de dominación estructural racial, clasista y de género (patriarcal) que, previamente, está establecido en el ámbito de la sociabilidad y las relaciones humanas. El Derecho Penal refuerza un sistema estructural de desigualdad, violencia e injusticias que beneficia a una minoría sobre una mayoría victimizada antes, durante y después de que se ponga en funcionamiento el sistema punitivo en todas sus fases. Existe una división social del trabajo, una división sexual y racial en el ámbito de las relaciones humanas que jurídicamente se sostiene sobre una jerarquía axiológica que mantiene y refuerza esa exclusión, y sanciona, puniendo, a determinados colectivos por razones raciales, culturales, socio-materiales y sexuales. Simultáneamente, deja impunes y favorece a quienes entran dentro del padrón o molde de “ser humano” considerado jerárquicamente superior por su rango de clase, de raza y de género, prototipo tanto del sistema como de la cultura capitalista, construido desde arriba y establecido por quienes detentan el control social y el poder económico-político.

Por otro lado, si algo caracteriza el mundo globalizado en general y al continente americano en particular, es la clara multiculturalidad fáctica existente. Se intentará debatir las dificultades que los derechos humanos poseen como un posible mínimo ético común para diversas culturas, y de qué manera se pueden construir caminos y vías alternativas anti-hegemónicas, interculturales no estatales y también estatales en materia penal. Siguiendo una lógica no sancionadora-punitiva y con un horizonte tanto agnóstico como abolicionista, se tendrán en cuenta algunas perspectivas anti-hegemónicas, liberadoras, emancipadoras y de luchas por los derechos, que buscan otras formas no punitivas o menos agresivas para la dignidad humana, de cara a la solución de conflictos sociales y culturales. Como trasfondo, se plantea también la posibilidad de combinar y articular un pluralismo jurídico en materia penal.

2. Derecho Penal e inversión ideológica

En el imaginario jurídico moderno de los Estados de Derecho, cuando se incumple una norma tipificada por el ordenamiento jurídico, conlleva automáticamente su sanción contra

quien la desobedeció o incumplió. El economista y filósofo alemán Franz Hinkelammert apunta como inversión de las normas particulares este esquematismo que opera como un juicio descriptivo: *la norma es asegurada por su violación en relación con aquel que la violó. Que la norma sea violada frente a aquel que la viola, es consustancial a la existencia de cualquier norma*.[2] Este mecanismo puede explicarse diciendo cómodamente que quien produce un mal social regulado por el principio de legalidad, se le aplica o se le debe aplicar una pena. La función de la pena consiste, según gran parte de la doctrina, en un juicio negativo o disvalor ético cultural y público sobre quien es autor culpable y causante de una lesión o daño de un derecho.[3] En definitiva, en términos de derechos humanos, quien lesiona la libertad o agrede la vida de alguien, institucionalmente puede ser lesionado legítimamente en su libertad (si es sancionado con prisión) o puede ser agredido en su vida (si se le aplica la pena de muerte).

Hans Kelsen se hace eco de este mismo mecanismo de funcionamiento, cuando señala que el Derecho, como técnica social, intenta que el individuo se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. Cuando lo hace, la comunidad legal reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior. Mediante la fuerza, se aplica una medida coercitiva que funciona como delito y como sanción. De esta forma, el Derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza solo queda prohibido como delito, como condición, pero es permitido como sanción, es decir como consecuencia. Un mismo tipo de acción es camuflado y recubierto por el poder político-jurídico institucional según sea considerado como delito o como sanción a través de la conexión que denomina imputación.[4]

Este dispositivo naturalizado y normalizado tiene sus consecuencias negativas y perversas, con el efecto de que la cultura jurídica no logra visualizarlo y percibirlo críticamente. No se trata solo de reconocer que la pena siempre adquiere un carácter de un mal, aunque se quiera imponer a favor del condenado.[5] Es por ese efecto negativo de la pena por la que los abolicionistas y los defensores de las posiciones agnósticas reniegan de ella y buscan otras vías alternativas.[6] Pero además de esa denuncia con propuestas, la perversidad va mucho más allá. En este sentido, el *iusfilósofo* costarricense Norman Solórzano denuncia en varios planos, el peligro y las consecuencias negativas sobre la existencia humana del mecanismo epistemológico de inversión ideológica como condición

2 Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1990, p. 135.

3 Borga Jiménez, Emiliano, "El fundamento intercultural del derecho penal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº LVII, enero-2009, p. 29.

4 Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 160-161, y 224-225.

5 En este sentido, dice Emiliano Borga Jiménez: "*El mal inherente a la pena consiste en la voluntaria injerencia en la esfera de derechos del condenado (libertad, patrimonio, tiempo libre, imagen social). Pues precisamente allí se encuentra la expresión de la reprobación pública en tanto que la pena afecta lesivamente la posición jurídica del reo. La negación del carácter del mal de la pena no significaría otra cosa que la negación del concepto de pena*", op. cit., p. 29.

6 En este sentido, ver Carvalho, Salo de, *Anti-manual de criminología*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.

del proceso de categorización jurídica. Un primer plano se sitúa en los procedimientos o dispositivos discursivos que interfieren en la interpretación de las normas particulares. El otro, en el nivel de la lucha emancipadora por los derechos y en los principios valorativos de jerarquía predominantes en un orden social concreto que, cuando se totalizan, impiden las luchas por los derechos humanos. En América Latina ambos ámbitos se han manifestado con toda su crudeza y sobre los mismos colectivos victimizados. Veamos cada uno de ellos.

2.1. Inversión de normas concretas por el dispositivo crimen-castigo

Por un lado, el *iusfilósofo* costarricense aclara que esta consustancialidad señalada por Franz Hinkelammert de que con un crimen siempre hay un castigo, solo es verdadera en el supuesto de que una norma se construya como una estructura en la que las acciones que se realizan conforme a principios, aparecen aseguradas en su cumplimiento por la sanción bajo la forma de una pena.[7] Con ello quiere ponernos en alerta del reducto arcaico que ha permanecido en el esquema crimen-castigo, cuyo carácter de equivalencia es análogo a la igualdad en la epistemología científica entre la causa y el efecto, por lo que termina naturalizándose de la misma manera como si fuera algo normal, evidente y no cuestionable, evitándose la posibilidad de otras vías no punitivas. A pesar de que la modernidad supone, entre otras cosas, un proceso de secularización que implica un desprendimiento del mundo inmovilizado de las tradiciones y de la autoridad religiosa, permanece anclada en el atávico *lex talionis*, del ojo por ojo, diente por diente, manteniendo el mismo esquematismo de contenido pese a que cambien las formas.

Si en las sociedades arcaicas, la ideología de la aceptación se incorporaba mediante formas míticas de tipo moral o religioso, la matriz en la que se generó el esquema crimen-castigo con el que se articularía posteriormente las formas de respuesta del poder político y jurídico al imponer su orden coercitivo, fue el mito. El discurso jurídico al uso por el poder político recubre un mismo tipo de acción sea como “delito” o sea como “sanción”, dándole un ropaje más aséptico y más racional. Pese al carácter convencional del Derecho, se interpreta desde una perspectiva esencialista y arcaica sin cuestionar esa artificialidad convencional y perdiéndose toda posibilidad de crítica de sus efectos directos e indirectos negativos sobre la dignidad de quien es penado y sancionado mecánicamente siguiendo esa secuencia.[8]

No obstante, son muchos quienes tienen una interpretación contraria. Por ejemplo, Otfried Höffe contra argumenta, frente a quienes interpretan el Derecho Penal como una

7 Ver Solórzano Alfaro, Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 2011, p. 230.

8 Ibíd., pp. 303 y ss.

institución para la venganza, el hecho de que ignoran algo fundamental: el Derecho Penal, bajo la responsabilidad de instancias autorizadas, se contrapone a cualquier venganza desacreditada que trata de reparar por cuenta propia (bien individual o por grupos de familiares) la injusticia sufrida, dejándose guiar por sentimientos de odio, en la mayoría de las ocasiones, a través de reacciones desmesuradas. Insiste este autor, en que el gran aporte cultural de la competencia penal pública y estatal (propia de la modernidad) radica precisamente en el hecho de haber sustituido la venganza, al reto y a la justicia privada. Solo está legitimada la intervención de un tercero independiente, un tribunal que, obligado a la observancia estricta de determinadas normas materiales y procesales, no reacciona guiado por el odio o en desmesura, sino procurando, con imparcialidad y sin ira, llegar a un fallo mesurado.[9]

Asimismo, pese a reconocer que la pena criminal es una desventaja, un mal, el propósito del Derecho Penal, con la amenaza del castigo, aporta más que una simple reparación, intenta prevenir un futuro lleno de violencia y su objetivo principal es prevenir actos delictivos de cara al futuro. Solo aparece la pena tras una violación grave del derecho y a causa de ella. Es una reacción *pos et propter*. La acción penal es la *ultima ratio* pero ejercida por los poderes públicos para imponer, como represalia, a quien comete una infracción grave y culpable de la ley, una desventaja (dolor o principio), de acuerdo a normas materiales y procesales.[10]

Pese a que se diga que los fines de la pena pueden ser la represalia; la prevención negativa en tanto intimidación, y positiva en tanto que confianza en el Estado de Derecho; y la reintegración en la sociedad, entendida como resocialización, siendo solo el primer fin, la represalia, proscrita como instinto primitivo de venganza,[11] ahora hay una diferencia clara señalada por Norman Solórzano: no se trata solo la de subrayar que el Derecho Penal actúa una vez que fracasa la sociabilidad humana de respeto y solidaridad, y que es el último recurso desde esa lógica sancionadora y punitiva, sino que la secuencia crimen-castigo cuando se normaliza epistémica e institucionalmente, además de mantener la lógica arcaica del talión, puede esconder tanto una abstracción trascendental de las demandas específicas de todos los seres humanos, entendidos como sujetos concretos, con nombres y apellidos, que las postulan y reclaman, como una absolutización de las concreciones históricas en que encarnan esos reclamos.[12] Las consecuencias son claras: se excluye, se discrimina y se aniquila a aquellos colectivos que cuestionan el sistema establecido en su manera de entender hegemónicamente tanto la división social (e internacional) del trabajo, como la división cultural, racial, étnica y sexual de las relaciones humanas.

9 *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 99 y ss.
10 *Ibíd.,* pp. 104 y 110.
11 Hötffe, Otfried, *op. cit.,* 102.
12 Ver Solórzano Alfaro, Norman, op. cit., pp. 196 y ss.

A nivel de normas concretas, cuando alguien es penalizado porque se considera que ha violado gravemente la ley y es personalmente responsable de ese acto, no basta con prohibir castigar a inocentes, sino que también hay que defenderlos como sujetos y en sus derechos, evitando cualquier conato de maltrato y lesión cruel, o de sacrificio y de eliminación, tanto a quien es penalizado como también a todo aquel que cae en los engranajes del sistema penal como procesado, criminalizado, condenado y/o victimizado. Hay que intentar reducir la negatividad de la inversión de las normas que los hacen objetos o los cosifican y que van en contra de su condición de sujetos dignos.[13] Es enfrentar el problema estructural que afecta al Derecho con relación a que toda intervención del sistema penal es violenta para los afectados (que en realidad suelen ser siempre los mismos desde un punto de vista de clase, racial y de género), y de cómo hay que estar en guardia para que se disminuya la violencia en su interior,[14] tratando de que desaparezca esa dimensión mecánica, sancionadora, represiva y atávica, camuflada institucionalmente y que mantiene el mismo esquematismo de sociedades primitivas.

Asimismo, bajo ese esquematismo crimen-castigo, se genera un hábito en la administración de justicia y en la burocracia estatal al interpretar la legalidad penal que produce opresión y la criminalización de por vida de cualquier persona imputada. Todo aquello que salga de los estrictos términos de una aplicación legalista, deja de ser realizado y, de ser un instrumento de garantía de derechos y de defensa de los imputados, pasa a ser instrumento de discriminación. En este sentido, los principios de legalidad en materia penal y de debido proceso (*nullum crimen, nulla poena sine lege* y *nulla poena, sine iudicio*), se convierten en una práctica por parte de los operadores jurídicos que los invierte, porque los procedimientos jurídicos sólo adquieren legitimidad en la medida que lleva a la pena como su resultado típico, porque si no, se considera el proceso defectuoso al no mostrar la cara racionalizada del ejercicio del poder, apareciendo el principio *nullo iudicio, sine poena* como expresión de esa inversión ideológica.[15] Al final, a todo sujeto acusado, potencialmente se le debe enjuiciar con el objetivo final de ser sancionado en el caso de que se demuestre su culpabilidad, imposibilitando otras medidas alternativas.

Curiosamente desde este dispositivo de crimen-castigo en el ordenamiento jurídico penal, ¿qué es lo que sucede en contextos sociales que se autodenominan Estados Constitucionales de Derecho, como ocurre con casi todos los países latinoamericanos, pero en los que predominan sistemas estructurales de desigualdad, violencia, injusticias y muertes permanentes que afectan siempre a los mismos colectivos? Pues que bajo dinámicas de dominación económica, ideológica, cultural, étnica, racial, sexual y de género, suelen ser los empobrecidos, los inmigrantes, los y las indígenas, las mujeres, los negros y las negras, los homosexuales y las lesbianas, entre otros, quienes más sufren el martillo de un sistema penal que es interpretado desde una racionalidad sancionadora, punitiva y de castigo.

13 En este sentido, ver Zaffaroni, Raúl, *Em busca das penas perdidas*, Editora Revan, Río de Janeiro. 2001, p. 15.
14 Ibíd., p. 206.
15 Ver Solórzano, Norman, op. cit, pp. 320-321.

Tal como señala Eugenio Raúl Zaffaroni, el poder punitivo opera siempre contra determinadas personas como si no fuesen consideradas personas o sujetos humanos. Por lo general, siempre discrimina y maltrata a quien es calificado de delincuente por ser considerado peligroso o dañino para la sociedad.[16] Supuestamente, esto va en contra del principio del Estado de Derecho que debe tratar de limitar y reducir la faceta del poder punitivo cuando opera tratando a algunos seres humanos como si no fueran ni sujetos ni personas. Desde un Estado de Derecho ideal, según el penalista argentino, a nadie se le debe privar la condición de persona su calidad de portador de todos los derechos que le asisten a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Si se da el caso de privarle de sus derechos, solo debe admitirse de manera temporal, solo en los casos de inevitable y muy transitoria coerción directa administrativa.[17] Es decir, cuando ha sido juzgado y sancionado siguiendo las garantías procesales, formales penales y las penales materiales del Estado (Constitucional) de Derecho. Pero en América Latina los Estados de Derecho, de facto y de hecho, se asientan sobre un control social verticalizado y militarizado que castiga a los sectores más carentes de la población y sobre algunos disidentes o diferentes considerados más incómodos o significativo frente a las oligarquías del poder. Las lógicas excluyentes patriarcales, sexistas, economicistas desiguales, xenófobas, racistas y occidentalo-céntricas son reforzadas desde ese esquematismo de crimen-castigo (pena o sanción) que opera sobre quienes son permanentemente victimizados por esas dinámicas discriminatorias de dominación e imperio.

Además, la selectividad, la reproducción de la violencia, la creación de condiciones para mayores conductas lesivas, la corrupción institucionalizada, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias no son características coyunturales, sino estructurales en el ejercicio del poder de todos los sistemas penales latinoamericanos.[18] Por esta razón, hay que enfrentar la inversión ideológica de las normas particulares liberándolas de la secuencia mecánica crimen-castigo, porque fortalece esos contextos de fascismo social y de criminalización.

2.2. Inversión de principios contrarios a derechos humanos y decolonialidad

Por otro lado, pero muy relacionado con lo anterior, la inversión ideológica no opera solo a nivel de crimen y castigo en las normas particulares. De alguna manera ya lo hemos anticipado al hablar de las abstracciones trascendentales y las absolutizaciones de las concreciones históricas de los reclamos y las demandas sociopolíticas de los seres humanos en forma de derechos. Norman Solórzano afirma que en el ámbito de la teoría jurídica moderna existe un acuerdo generalizado, basándose principalmente en Kelsen,

16 Ver Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 11.
17 Ibíd., pp. 19-20.
18 Ver Zaffaroni, Raúl, *Em busca das penas perdidas*, op. cit…, p. 15.

sobre la consideración del Derecho como técnica de control social de un poder político instituido. Para que los ciudadanos lo acepten, el poder político tiene que generar una ideología de aceptación para camuflar o reducir la visibilidad de la actividad coercitiva ejercida. De esta manera, indirectamente, no por medio de un seguimiento voluntario, se consolida una obediencia basada, en última instancia, en la amenaza de una consecuencia contra quien desobedezca el canon establecido en forma de normas. Ahí entra el mecanismo con el que funciona el orden normativo que adquiere el carácter coercitivo: hay una amenaza de castigo para quien desobedece, mientras hay una promesa de recompensa para quien obedece.[19]

Si hiciéramos una traducción al ámbito axiológico de cuáles son los principios considerados fundamentales en un orden social concreto, y que deben ser objeto de protección y sanción frente a quienes real o potencialmente los desobedezcan o los violen, nos encontraríamos con la siguiente situación: en el conjunto de valores que rige en las sociedades occidentales de capitalismo central y dependiente, existe una disposición jerárquica entre esos valores, además de una dependencia mutua y una interrelacionalidad entre todos ellos. Bajo la óptica de la racionalidad medio-fin, un valor puede ser considerado un medio para alcanzar otro valor que es concebido como fin. Se establece convencionalmente un orden o una tabla de prelación que es funcional al contexto en el que se inscriben sociopolítica, jurídica y culturalmente. De entre todos los valores vigentes (pueden ser la libertad individual y de mercado, la igualdad, la seguridad, la dignidad, la eficiencia, la competitividad, etc.), hay uno de ellos que es considerado como fundamental y opera como principio de jerarquización. Todos los demás se le subordinan y, en función del grado de cercanía y compatibilidad, adquieren validez.[20]

Ahora bien, los valores no son datos objetivos, cuyos contenidos están previamente establecidos. Surgen y están vinculados al conjunto de prácticas sociales históricamente desarrolladas por diversos actores socio-históricamente producidos. Su contenido viene mediado por los medios, las acciones y las relaciones racionalizadas por los seres humanos en cada sociabilidad desplegada, y representan el conjunto de aspiraciones de humanidad, dignidad, justicia, libertad, etc., *en torno de las cuales se proyectan y realizan los diversos tramados político-culturales, institucionales y normativos.*[21]

Los derechos humanos, como expresión de esos valores, son los bienes jurídicos dotados de mayor contenido axiológico y están conformados por tramas sociales de dominación y de emancipación. Con relación de ellos, el principio de jerarquización adquiere la forma de derecho fundamental a partir del cual se establecen todos los demás derechos. Sería el valor socio-histórico que prima sobre todos los otros. Unos derechos pueden postergarse en su efectividad y en su realización por la prioridad adquirida por el

19 Solórzano Alfaro, Norman, op. cit., p. 300.
20 Ibíd., p. 209-210; ver también, Sánchez Rubio, David, *Filosofía, derecho y liberación en América latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, pp. 249 y ss.
21 En este sentido, ver Solórzano, Norman, op. cit., p. 209.

derecho considerado fundamental (como puede ser la libertad de mercado o el derecho de propiedad). Aquí es donde entra el proceso de inversión ideológica, en el sentido de que cuando determinados derechos humanos van en contra y ponen en peligro y cuestionan al derecho fundamental establecido, se rechaza su reconocimiento. El propio Norman Solórzano Alfaro afirma que: "(…) en tanto que hay unos derechos humanos que pueden ser relegados, hasta su negación, si su realización atenta contra el derecho fundamental que, en última instancia, es el que les da sentido y los posibilita".[22]

Les da su condición de posibilidad y, además, hace que el resto de derechos sí sean sacrificables y prescindibles.

El problema se agudiza cuando el derecho fundamental o principio de jerarquización no sólo es el centro de determinación del resto de derechos, sino que también están indisolublemente ligados a las formas de regulación del acceso a la producción y la distribución de los bienes materiales y sociales. Desde un punto de vista pragmático, la decisión que defiende el derecho fundamental siempre aparece circunscrita a un determinado contexto social, político, económico y cultural. Se asocia con un modo de organización de la vida social y a un determinado orden de relaciones de producción y reproducción sociales. Asimismo la medida del producto o la riqueza social que la sociedad produce, también marca las condiciones de posibilidad para que los derechos humanos sean realizados siguiendo el principio de jerarquía.[23] El acceso a los bienes con los que se satisfacen las necesidades humanas es una condición básica para poder vivir y para poder disfrutar de las condiciones de vida. Todos los derechos humanos se mediatizan por uno o varios derechos fundamentales que determinan el acceso a los medios sociales y materiales delimitados por el producto social y por las formas de acceso a la propiedad. Lo más curioso es que en nuestra época actual, el orden de prelación se consolida y fortalece por el orden capitalista. Por consiguiente, en las sociedades occidentales democráticas son las relaciones capitalistas de producción y el mercado capitalista, los que marcan el valor fundamental que garantiza los derechos humanos. Se convierten en el principio de jerarquización no solo con respecto a un sistema de propiedad, sino también con el mundo epistémico, ético, simbólico, mítico y valorativo.[24]

Por esta razón, la sociabilidad humana y el conjunto de tramas sociales sobre las que se desarrolla la convivencia entre las personas se asienta sobre el predominio de una espiritualidad economicista y consumista basada en la rentabilidad, la competitividad y la obtención del máximo beneficio. No se equivoca Antonio Alberto Machado cuando afirma el vínculo tan claro y contundente que existe entre el sistema económico capitalista y el sistema penal (en tanto mecanismo de control y protección del derecho fundamental o principio de jerarquización), el cual tiene como clientela quienes obtienen más plusvalía. El sistema penal está encargado de tipificar y sancionar los delitos que son contrarios a los

22 Ibíd., p. 214.
23 En este sentido, ver Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, p. 138.
24 Ibíd.

intereses del gran capital, bien en su faceta de libre mercado (libertad de contratación), de impunidad de las acciones de las clases más ricas o de protección de la propiedad privada. La libertad protegida es la de los negociantes y los propietarios. Los castigados son la clase trabajadora y los empobrecidos, de ahí que irónicamente hable de la opción preferencial por los pobres del sistema penal.[25]

Pero no sólo se trata de una división social e internacional del trabajo establecida por el producto social del orden capitalista y su principio de jerarquización, sino también por un orden social e internacional de la raza, de género, de la sexualidad y de lo cultural. El filósofo peruano Aníbal Quijano señala que la globalización en curso es la culminación de un proceso que se inició con la conquista de América, teniendo el capitalismo colonial/moderno y eurocentrado como nuevo patrón de poder mundial. Uno de los ejes fundamentales de este patrón es la clasificación social de la población mundial sobre la idea de raza, construcción mental que expresa la dominación colonial. Raza e identidad racial fueron establecidos como instrumentos de clasificación social básica de la población. Con el transcurso del tiempo, la idea de raza se naturalizó en las relaciones coloniales de dominación entre europeos y no-europeos. Este instrumento de dominación social universal incorporó otro más antiguo, el inter-sexual o de género. La raza blanca y el patriarcado del hombre blanco y propietario se convirtieron en dos criterios fundamentales de distribución de la población mundial en los rangos, lugares y roles en la estructura de poder.[26]

Además, en América Latina, todas las formas de control y de explotación del trabajo y de control de la producción-apropiación-distribución de los productos, se articularon alrededor de la relación capital-salario y del mercado mundial. La esclavitud, la servidumbre, el salario, etc, quedaron incluidos en ellas. Para Anibal Quijano, las nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo. Raza y división del trabajo, junto con el dominio machista y patriarcal, quedaron estructuralmente asociados, reforzándose mutuamente.[27] Negros, indios, amarillos, mestizos, mujeres, trabajadores y trabajadoras, sufrieron el mismo criterio de clasificación social a escala global, estableciéndose una distribución racista, clasista y machista del trabajo. El sistema penal ha servido como mecanismo de control y consolidación de estas clasificaciones jerárquicas, refrendando punitivamente la sociabilidad y la espiritualidad racial, clasista y de género del capitalismo.

---

25 Antonio Alberto Machado en su conferencia "Amarras e arestas de um directo penal mínimo na orden político liberal" impartida el 8 de mayo de 2012 en el *II Seminário Internacional Alessandro Baratta: lecturas de um realismo jurídico penal marginal*, realizado entre el 7 y el 11 de mayo de 2012 en la Universidad Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Campus de Franca.

26 Ver Quijano, Anibal, "Colonialidad del poder, eorocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, pp. 201 y ss.; en materia de género, ver Gargallo, Francesca, *Las ideas feministas latinoamericanas*, Ediciones desde abajo/DEI, Bogotá, 2004, pp. 144 y ss.

27 Quijano, Aníbal, op. cit., p. 204.

Desde el punto de vista de la identidad nacional moderna, el filósofo ecuatoriano Bolívar Echeverría opina que la nacionalidad moderna, incluso de Estados con población no-blanca, requiere la "blanquitud" de sus miembros, debido a que la constitución fundante de la vida económica moderna fue de corte capitalista-puritano, y tuvo lugar sobre la base humana de poblaciones raciales e identitariamente "blancas" del noreste europeo, en el marco de una entidad política estatal. A partir de entonces, la apariencia blanca se convirtió en el molde, el referente y la sacrosanta manera del ser humano moderno capitalista. No se trata solo de una blancura racial, sino ética, cultural y civilizatoria. Los usos y las costumbres de los blancos pasaron de ser una mera factualidad a convertirse en una condición imprescindible para el nuevo tipo de ser humano inserto en un modo económico, racial, sexual y cultural de interpretar y actuar en la realidad.[28] Y la blanquitud también pasó al propio concepto de derechos humanos y su principio de jerarquización.

En función de lo dicho, la inversión ideológica aparece cuando se imposibilita, impide, coarta y sanciona cualquier derecho humano o reivindicación a favor de la dignidad humana que cuestiona el derecho fundamental o el principio de jerarquización sobre el que se asienta un único modo cultural, racial, clasista, sexual y epistémico de entender el modo de vida de la humanidad, aquel desarrollado y ofrecido por el capitalismo moderno. Cuando los derechos humanos se presentan como un conjunto organizado y jerarquizado sobre la lógica del capital, cualquier oposición a ellos es vista, no como una violación concreta y específica de una norma, como vimos anteriormente, sino como un delito de *lesa humanidad.*[29] Cuando el libre mercado con sus dogmas es la única instancia que asigna la posibilidad de reclamar y ejercer derechos, se limita el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades humanas, no en función de otra condición étnica, racial, de clase y de género de ser humano, sino según la estructura de acceso a las relaciones de producción de la riqueza que se establece. No es el ser humano y sus condiciones plurales de existencia lo que es inviolable, sino ese mismo acceso a la producción y distribución de los bienes predominantes que prioriza sus derechos en base a una concreta división social, étnica, racial, sexual, cultural y de clase del trabajo y de la sociabilidad humana. Quien se oponga al derecho o los derechos fundamentales del mercado racista, patriarcal y machista, se le puede negar el reconocimiento de la dignidad de quienes reivindican otros derechos y otros modos de entender el mundo económico, cultural, social, racial, étnico y de género. Frente al enemigo de todo lo humano se suspende toda la humanidad. Los valores se invierten hasta tal punto que se convierten en una máquina de matar contra aquel que pone en peligro el sistema.[30] La oposición al principio de jerarquización imperante en el capitalismo, en tanto interés general objetivo, se transforma en una polarización entre quienes lo aceptan y entre quienes lo rechazan ofreciendo otras alternativas u otros modos de construir humanidad. Los primeros son amigos y partidarios del sistema que respeta y proporciona la dignidad y los derechos; los segundos, son enemigos y opositores. Su negación llega a convertirse en un crimen ideológico porque va en contra de la humanidad

28 Ver Echeverría, Bolívar, *Modernidad y blanquitud*, Era, México, 2010, pp. 60 y ss.
29 Ver Hinkelammert, Franz,op. cit. pp. 135 y ss.
30 Ibíd., y Sánchez Rubio, David, op. cit., pp. 256 y 257.

de los partidarios, que es considerada universal. Quien cuestiona el orden, pierde su capacidad de ser sujeto y se le pueden suspender sus derechos. Es lo que sucede, por ejemplo, con los pueblos indígenas, los/las inmigrantes sin papeles, las personas de la calle, los sin techo o los sin tierra de los Estados de Derecho o con quienes son acusados de ser terroristas en la lucha por el terrorismo internacional.

En relación al sistema penal, el Derecho y la racionalidad científica, con sus cargas simbólicas y epistémicas, son dos de los principales medios que refrendan el principio de jerarquización axiológica del capital y el modo de dividir social, étnica, laboral, cultural, política y sexualmente las relaciones y la sociabilidad humana. Asimismo son dos instrumentos por los que se activan los dispositivos y procedimientos de control y delimitación de discursos instaurados por la modernidad y señalados por Michel Foucault y que están penetrados por la de-colonialidad del poder: lo prohibido, que instaura lo uno como principio verdadero de todo cuanto existe y conlleva la proscripción de la diferencia, de la otredad (p.e. en materia de sexualidad, de ideología o en el ámbito cultural); lo separado entre la razón y la locura o entre la vida y la muerte, con el enquistamiento de una cultura que no respeta la vida de unos frente a otros, de sacrificio y de muerte, que la promueve y la celebra (civilización y barbarie; occidente frente lo no occidental); y lo opuesto, no solo entre lo verdadero y lo falso, sino entre amigo y enemigo, convirtiendo al diferente o al contradictor en el extraño, por tanto, el peligroso o bestia que debe ser anulado y destruido.[31]

Los poderes instituidos, apoyados por el sistema penal entre otros muchos medios, se vuelven contra el sujeto que reclama derechos humanos, y en razón de la relación amigo-enemigo lo sataniza como enemigo de los derechos humanos fundamentales y de las instituciones y medios que garantizan su realización. En nombre de los derechos humanos (por su inversión ideológica), los poderes instituidos del capital y de la razón de Estado como cuidador de los intereses de las empresas y de la libertad de los mercados, pueden contrarrestar cualquier instancia crítica incluso si ello conlleva a desconocer la condición humana y de sujeto (particular y colectiva) de quien demanda otros derechos.[32]

3. Derecho (menos) penal anti-hegemónico, derechos humanos y liberación

No es extraño, en función de lo comentado, que cualquier lucha por los derechos o cualquier proceso de liberación y emancipación por la dignidad humana diferenciada y plural, desde la lógica del poder instituido, resulta culpable de atentar contra la idea de dignidad y del derecho fundamental institucionalizado por el orden vigente. La inversión ideológica de los derechos humanos aparece cuando una lucha concreta por los derechos,

31 Ver Solórzano Alfaro, Norman, op. cit., pp. 196-197.
32 Ibíd., p. 227.

como la que realizó, por ejemplo, la burguesía en el siglo XVI y XVII, se normaliza institucionalmente y tiende a totalizarse y a absolutizarse, impidiendo, excluyendo y anulando otros procesos de lucha diferentes y alternativos. Opera como un dispositivo de cierre o clausura de la contingencia humana y de la apertura de la historia.

Por esta razón, los derechos humanos hegemonizados por occidente son como una especie de traje o vestido, con chaqueta y corbata que se tiene que poner todo el mundo, incluso aquellos hombres y mujeres que no necesitan usarlo porque tienen otra forma de concebir la ropa o porque sus cuerpos o figuras no encajan en ese molde. Son construidos y concebidos desde el imaginario del hombre blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente y heterosexual.[33] Es una perspectiva de derechos humanos que refuerza un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posee sus virtualidades y elementos positivos, acaba por implantar una cultura y una espiritualidad excesivamente circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la propia desarrollada por occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal. Los derechos humanos están hechos para un cuerpo y una espiritualidad concreta, con un propósito y para una finalidad, pero resulta que aquellas personas que tienen un cuerpo, una espiritualidad o una figura distinta (por ser más delgadas, más obesas, más altas, más bajas), o que por razones de su contexto no necesitan precisamente una ropa moldeada de esa manera, no tienen más remedio que expresar su corporalidad y su espiritualidad, utilizando un vestido que no atiende a sus demandas y que no encaja bien con sus imaginarios. En su versión más extendida, los derechos humanos son como un traje que sirvió y sirve a un colectivo, pero que se hace intencionadamente demasiado estrecho para que quepan las reivindicaciones, las demandas de otros grupos, colectivos o movimientos sociales. Estos necesitarían otros vestidos o trajes que se adapten mejor a sus universos simbólicos y a sus condiciones de existencia.[34] El Derecho Penal y el sistema punitivo refuerzan la idea del traje occidental predominante y hegemónico. Como contra partida, socio-materialmente hablando, hay que reconocer institucionalmente y permitir las condiciones para que todos los seres humanos puedan desarrollar, individual y colectivamente, sus propios modos de entender las relaciones sociales, económicas, sexuales, políticas, culturales, raciales, étnicas, evitando nuevos dispositivos de inversión ideológica que, al totalizarse y absolutizarse, discriminan, excluyen y eliminan cualquier otra expresión o modo diferenciado de ser humano. Para ello, hay que romper con el imaginario que considera al Derecho Penal (estatal) como el último y único recurso de protección de los derechos.

Por esta y muchas otras razones, desde el punto de vista no sólo de los derechos humanos sino también del Derecho Penal, es importante elaborar otro derecho menos

33 Ver con más detalle, Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Mad, Sevilla, 2008.

34 En este sentido, ver Sánchez Rubio, David*, Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2011, pp. 77 y ss.

punitivo abierto a los distintos procesos de lucha que han sido negados o limitados no sólo por el orden burgués sino por el actual sistema capitalista. Un Derecho que resuelva los conflictos sociales teniendo como referente no la idolatría del mercado, ni del Estado, ni tampoco de una sola raza o de un único género en particular –todos ellos en su versión hegemónica–, sino al ser humano en tanto sujeto plural y diferenciado, incluso cuando es acusado de cometer un acto contrario a los intereses de una comunidad. Este, siempre debe ser tratado como sujeto sea cual sea el acto delictivo o el disvalor social negativo cometido.

Si en algo coinciden las teorías abolicionistas, los defensores del Derecho Penal Mínimo y los partidarios de la teoría agnóstica de la pena, es en la afirmación del fracaso del sistema penal vigente en disminuir la violencia, ocasionando todo lo contrario, por su efecto perverso sobre la dignidad humana y por la manera discriminadora y excluyente de reconocer los derechos humanos por razones de clase, raza, cultura y género. Franz Hinkelammert y Henry Mora afirman que el poder en sus distintos rostros y las instituciones que utiliza, son como un rosal: poseen rosas y espinas al mismo tiempo. No podemos vivir sin ellas pero tampoco podemos someternos siempre a ellas.[35] Desde la libertad diferenciada de los seres humanos hay que relativizar la ley, el derecho fundamental o el principio de jerarquía que el poder y las instituciones ordenan desde su lógica autoproducida y autorreferida. Hay que cuestionarlas e interpelarlas desde la relación que los sujetos plurales tienen con la ley, con la autoridad, con el poder y con el principio de jerarquía que absolutizan. El ser humano es libre para afirmar su vida frente a las leyes, las instituciones y los ídolos. Lo hace desde el reconocimiento, como sujeto concreto corporal y necesitado, de sus necesidades de vida, de todo aquello que posibilita sus condiciones de existencia. Por ello hay que intentar buscar otras maneras de entender el poder, de relacionarse con las instituciones y de interpretar el Derecho Penal desde espiritualidades menos punitivas y que no consagren los procesos de inversión ideológica sobre los esquemas binarios amigo-enemigo, superior-inferior, ganador-perdedor, incluido-excluido.

Quienes sufren las consecuencias del proceso de inversión ideológica de los derechos humanos suelen ser los sujetos de abajo, los oprimidos, los explotados, los marginados. Son ellos los que viven diariamente un orden social y un principio de jerarquización que, pese a que no lo vulneran, les excluye. Su situación de explotación y opresión cotidiana no se explica por transgredir ley alguna. Pero cuando intentan sublevarse y reivindican sus derechos, se les maltrata, vilipendia y se les aniquila.

Por lo general, los colectivos que se organizan para reaccionar como nuevos movimientos sociales, surgen en nombre de ideas de dignidad y de derechos humanos aplastados por las instituciones civiles y militares, por el principio de jerarquización protector del mercado y a través del sistema penal que castiga a quien se le opone. El propio Franz Hinkelammert subraya que la inversión de los derechos humanos, en cuyo nombre se

35 Ver Mora, Henry, "La "Carta a las izquierdas" de Boaventura de Sousa Santos. Un intento de respuesta", en http://pensamientocritico.info/files/La%20Carta%20a%20las%20izquierdas%20de%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos%20-%20Henry%20Mora.doc, 18 de junio de 2012, p. 2.

aniquila a los propios derechos, tiene una larga historia en la modernidad, siendo un imperativo categórico en su modo de actuación: la conquista española de América se basó en la denuncia de los sacrificios humanos que cometían los pueblos y civilizaciones indígenas. La conquista de América de Norte se argumentó en las violaciones de derechos hechas por los aborígenes, además de que después se estableciera un sistema esclavista para la población negra. África se conquistó por la denuncia del canibalismo de sus pueblos, la India por la quema de las viudas. China se destruyó por la guerra del opio también reclamada como violación de derechos humanos. En la actualidad, tenemos las guerras de Irak y Afganistán. Occidente conquistó el mundo, destruyó culturas y civilizaciones, cometió genocidios nunca vistos, sin embargo, lo hizo para salvar los derechos humanos.[36]

Asimismo, siguiendo al comentarista filósofo-político chileno Helio Gallardo, la matriz y la base de los derechos humanos están constituidas socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. La lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa.[37] Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Sí es cierto que la burguesía concibió y creo con sus prácticas y teorías, desde el principio, los derechos humanos individuales. Pero el imaginario moderno y liberal, los conceptualizó y blindó, enclaustrándolos, por medio de una universalidad abstracta, que silenció e invisibilizó el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no sólo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados y marginados por no encajar en el "traje" de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de hacerse hegemónica de este colectivo, provocó, al institucionalizar sus reivindicaciones, que otros grupos humanos no pudieran en ese mismo período y, en períodos posteriores, hacer una lucha con resultados institucionales y estructurales equivalentes a los que logró la burguesía. La inversión ideológica se manifiesta en este proceso. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros grupos étnicos o raciales, etc.), que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa cuyo horizonte de sentido –que no era el único válido y verdadero– poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación patriarcal, clasista y etnocéntrica, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes y se consolidaron, entre otras cosas, por el Estado de Derecho y por sus sistemas penales.

36 Ver Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2003, pp. 78 y 79.

37 En este sentido se sigue la perspectiva de Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008.

Hay que darse cuenta también que el núcleo duro del Estado de Derecho, en cuyo nombre se violan derechos para garantizarlos, es el principio de contractualidad, constituido a partir de las relaciones contractuales entre individuos-propietarios, condición esta que los hace libres. El Estado de Derecho decide quiénes son individuos y quienes no. Quien no es propietario no es reconocido como sujeto.[38]

Por ello, todo movimiento anti-hegemónico que lucha contra el orden establecido, merece ser recuperado por sacar a la luz los límites, los defectos y las consecuencias negativas del derecho fundamental o principio de jerarquización que no atiende su condición de sujetos plurales, corporales y necesitados. No solo existen derechos humanos hegemónicos. También existen derechos humanos anti-hegemónicos. Raúl Fornet Betancourt afirma que los derechos humanos representan una energía liberadora de la humanidad, no siendo motivo de objeción para reconocer su contenido emancipador, el hecho de que su origen histórico se sitúe en el seno de la historia de Occidente. Para el filósofo cubano-alemán, los derechos humanos no son un fruto nativo que hubiese crecido sin más en el suelo cultural europeo. Son expresión de su tradición alternativa liberadora. Y más bien representan una conquista que ha tenido que ir siendo lograda en y por la lucha por la propia cultura contra las resistencias de los poderes establecidos en ella como factores de orden social y político.[39] La historia de los derechos humanos forma parte de la cultura humana de la memoria de liberación a partir de las reacciones surgidas de experiencias humanas violentadas. Transmite un capítulo histórico humano de la memoria liberadora y anti-hegemónica que se encarna en la lucha que desarrollan y tienen los seres humanos oprimidos y que sufren injusticias.[40]

El Derecho Penal debe tomar otros rumbos acudiendo a estas fuentes anti-hegemónicas de liberación y de lucha por los derechos que también pueden incurrir en los procesos de inversión ideológica contra quienes se lucha. Zaffaroni explica la tensión dialéctica existente, constante, con avances y retrocesos, entre la función de todo Estado Constitucional de Derecho que idealmente, teniendo al Derecho Penal como apéndice indispensable transitorio, debe ser el de reducir y contener al poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles, y el Estado de Policía, que por su esencia posee una tendencia absolutista y legitima el trato como enemigos de algunas personas, así como también tiende a derribar cualquier barrera garantista que se le intente limitar.[41] En esta tensión, el Derecho Penal garantizador de derechos no debe nunca claudicar en su labor de contención y debe siempre resistir. "La resistencia jurídico-penal a la admisión del concepto de enemigo en el Estado de Derecho debe ser frontal",[42] pese a sus debilidades. Pero no solo se trata de eso.

38 Henry Mora, op. cit., pp. 2 y 3.
39 Ver Fornet-Betancourt, Raúl, *Hacia una filosofía intercultural*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.
40 Ibíd.
41 Ver Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, pp. 167 y ss.
42 Ibíd., p. 175.

Dentro de la articulación entre seres humanos, acciones, medios y mediaciones, y en la administración de la vida y la muerte llevada a cabo por las instituciones sean penales o no, hay que poner atención a cuando se fetichizan las producciones humanas por encima de los propios seres humanos o cuando son realmente los seres humanos el referente de cualquier tipo de emancipación y liberación. Desde el Estado de Derecho en general, y el Derecho (menos) Penal o Derecho Penal Mínimo en particular, se puede y se debe luchar contra cualquier expresión de sub-integración o sub-valoración de las personas (p.e., en materia de subciudadanía o de migración en situaciones precarias). En cada lucha, se ha de enfrentar la posible institucionalización absolutizada de la reivindicación emancipadora desarrollada, la cual, puede reproducir la lógica punitiva y sancionadora bajo el esquema crimen-castigo empleado contra quien los sujetos anti-hegemónicos combaten. La cultura jurídica debe saber para qué y para quienes se producen, se interpretan y se utilizan los sistemas jurídicos, y de qué forma protege o enfrenta las desigualdades, además de cuándo y cómo penaliza y criminaliza, invirtiendo ideológicamente las garantías de los derechos humanos de los sujetos. Allí donde se producen relaciones de dominio y jerárquicas excluyentes, se ha de visibilizar las estructuras de desigualdad y asimétricas racial, étnica, de clase y/o de género en las que determinados colectivos quedan a merced de grupos de poder y sistemas que son transformados en ídolos y fetiches endiosados que están por encima de la condición humana. Particularmente, dentro del capitalismo, gran parte de culpa la tiene la racionalidad instrumental medio-fin y la obtención del máximo beneficio que, entre otras cosas, produce y extiende una sociedad global de ganadores y perdedores apoyada por la identidad de la blanquitud y el patriarcalismo señalados arriba.

4. Interculturalidad y pluralismo jurídico (penal)

Finalmente, toda cultura posee en sus distintas trayectorias históricas expresiones de lucha contra la violencia de los poderes establecidos. América Latina también es un ejemplo de múltiples experiencias, no solo de dominación económica, racial, cultural y de género, sino también de plurales experiencias de liberación. En ellas son muy importantes las demandas y las reclamaciones reivindicadas. La humanidad posee una rica memoria de liberación y de lucha por la dignidad que no debe ser ignorada. En ellas nos encontramos con múltiples formas y modos de proteger al ser humano por medio de mecanismos de garantía alternativos al modelo punitivo moderno. Para otro Derecho menos penal o penal mínimo, hay que abordar tanto el tema de la interculturalidad como el paradigma del pluralismo jurídico en un contexto cada vez más globalizado. Evidentemente, se trata de recuperar y visibilizar mecanismos no punitivos que no utilizan una lógica sacrificial y se basan en sociabilidades horizontales, comunales y no violentas, pese a que el contexto en el que las luchas se han desarrollado sí hayan tenido que utilizar medios de violencia y a pesar de que también existen en su seno otros mecanismos que sí sacrifican y criminalizan a los sujetos.

Una propuesta va en la línea de que hay que hacer una selección de las mediaciones e instituciones tanto formales como informales a nivel intercultural, cuyas dinámicas respetan el denominado principio de agencia humana, defendido por el comentarista

político chileno Helio Gallardo. Retomando el logro de la modernidad sobre la capacidad de individuación del *homo sapiens*, el compromiso y la sensibilidad con lo humano se traduce en una disposición y un impulso a luchar por crear las condiciones que permitan a todo ser humano de dotar de carácter (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad. Y todo sistema penal o mecanismo alternativo debe posibilitar la agencia humana maximizando la tutela de los derechos de todos los seres humanos, tanto de los considerados desviados como de los no desviados. Parecida idea expresa Joaquín Herrera con el criterio de riqueza humana, que defiende la posibilidad de reacción que toda persona posee (sea o no sea inculpada) frente al entorno de relaciones en que se encuentra, a partir del propio criterio de dignidad humana que se significa y se desarrolla en cada contexto cultural, ético, social y político.[43]

Interesante resulta, en este mismo contexto latinoamericano, lo que está ocurriendo en algunos de los países de capitalismo tardío, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, que pese a que adoptan la estructura jurídico-política constitucionalista y garantista de tradición europea y americana, le dan un nuevo sesgo más abierto y producido no solo desde el pluralismo jurídico, sino también desde la interculturalidad. Por medio del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y autodenominándose como Estados plurinacionales –con cierta afinidad pero con diferente perspectiva política Brasil también constitucionaliza derechos étnicos y colectivos–, se están reconociendo una serie de nuevos derechos vinculados con la dimensión multiétnica y plurinacional de sus sociedades. Se trata de un proceso de mestizaje cultural en el que el paradigma moderno no es el único que establece las condiciones de garantía jurídico-política y penal. A él se suman otras racionalidades y otras epistemologías tradicionalmente silenciadas y marginadas que reclaman su reconocimiento y tienen sus propios caminos para tratar las desviaciones comunales. Esos derechos suelen ser de carácter colectivo relacionados con los pueblos indígenas y/o grupos afrodescendientes (p.e. el derecho a la tierra, el derecho a la autodeterminación y la autonomía, derechos culturales –educación, idioma, usos y costumbres, entre otros–, justicia informal, etc.) y sistemáticamente negados a lo largo de una trágica historia de resistencia, expolio, genocidio y barbarie.[44]

El imaginario jurídico en general y penalista en particular, debe fomentar propuestas de interculturalidad desde el reconocimiento de los criterios de riqueza y agencia humana mencionados anteriormente. Todos deben tener la capacidad de dotar de carácter y significar sus propias producciones, de poseer la capacidad de reaccionar en sus entornos

43 Ver Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales,* Catarata, Madrid, 2005.

44 Ver Médici, Alejandro, "Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador", trabajo presentado en III Jornadas de Filosofía Política, UNMdP (mimeo). Este nuevo constitucionalismo incorpora en sus cartas magnas derechos ambientales que protegen la biodiversidad y el medioambiente, también muy vinculados con las culturas milenarias. Por ejemplo, en este sentido, la Constitución ecuatoriana parte de que la Naturaleza es sujeto de derechos y como tal debe ser garantizada, protegida y cuidada.

de relaciones a partir de la variable cultural, sexual, étnica, política, jurídica, económica, etc. No hay mejor manera que respetando y garantizando las diferencias y reconociendo las igualdades desde la diversidad cultural en todas las etapas de la vida de cada ser humano. Hay un dicho popular en Chiapas que expresa esto muy bien: "cada uno a su propio modo". El zapatismo lo aclara con la expresión "un mundo en el que quepan muchos mundos".

Para todo esto resulta interesante potenciar en el ámbito penal, los estudios jurídicos desde un paradigma pluritópico e intercultural que sepa abrirse al otro, al diferente, más aún en aquellos estados que se dicen plurinacionales (como es el caso de Bolivia, Ecuador o Brasil). Pese a que existen múltiples propuestas multi e interculturales, una de ellas es la denominada pluriversalismo de confluencia o interculturalismo socio-histórico, en la línea establecida por Peter McLaren, Catherine Walsh y Joaquín Herrera Flores, en tanto interculturalismo crítico y de resistencia.[45] Se trata de una apuesta por la fecundación mutua entre las culturas y las diversas modalidades de saber y conocer, considerando que todas las culturas, son incompletas, y se construyen a través de procesos de lucha de signos, saberes y significaciones, donde permanentemente se transforman las relaciones sociales, culturales e institucionales, y en esas relaciones es donde se edifican los significados que son garantizados y protegidos por instancias institucionales múltiples y no solo circunscritas al estatalismo penal occidental.

Esta propuesta intercultural puede abordarse desde una pluriversalidad crítica de confluencia y resistencia: se deben buscar criterios de emancipación que nos permitan, en un proceso continuo abierto, itinerante y en tránsito, desde la experiencia y los contextos de la gente (particularismos tensionados de universalidad), principalmente de quienes están en condiciones subalternas, vulnerables y victimizadas, distinguir y diferenciar, por un lado, aquellas políticas en el ámbito penal de apertura de humanización, plenas en horizontalidad, reconocimientos mutuos y solidaridades y, por otro lado, políticas penales de cierre, jerarquizadas y de no respetos mutuos (teniendo en cuenta las dinámicas de inclusión desde la diferencia y dinámicas de exclusión y deshumanización). Una interculturalidad que no ignora las relaciones de poder y las pretensiones de hegemonía de unas culturas o grupos sobre otras/os en todos los niveles (epistemológicos, axiológicos, ideológicos, institucionales). En definitiva, espacios de capacitación a los seres humanos en tanto que sujetos plurales, pero sin caer en una funcionalidad que consolida imaginarios hegemónicos predefinidos y pre-establecidos (como pueden ser los establecidos por el Estado-Nación, la lógica del capital y la cultura patriarcal) que justifican distintas expresiones de inversión ideológica de la idea de dignidad y de los mismos derechos humanos.

Por otro lado, tradicionalmente el Derecho Penal es considerado como un derecho exclusivamente controlado por el Estado, único titular legitimado para ejercerlo. Desde un paradigma de pluralismo jurídico, el caso es que la estructura normativa del moderno

45 En este sentido ver Herrera Flores, Joaquín (edit.), *El vuelo de Anteo*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000; y Walsh, Catherine "Hacia una comprensión de la interculturalidad", *Estado de Direito*, nº 28; 2010; McLaren, Peter, *Multiculturalismo crítico*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2000.

Derecho Positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas. En América Latina, la nueva fase de desarrollo del capitalismo y su proceso de expansión por medio de las estrategias de dominación de las naciones más poderosas, intensifica la sangría de los mercados de los países más débiles y pobres e incrementa los niveles de desigualdad y contradicción social. Entre otras cosas, provoca una crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia basada en la primacía y la exclusividad del modelo estatalista del derecho y en los valores del individualismo liberal, crisis que apareció en los inicios en lo que afecta a las naciones indígenas.

De la misma manera que existen relaciones sociales de emancipación y de dominación, aparecen expresiones de derecho estatal y de derecho no estatal empapadas por estas mismas lógicas. Podemos encontrarnos con normas jurídicas estatales autoritarias, punitivas, criminalizadotas y discriminadoras y con normas jurídicas comunitarias o de colectivos no estatales con una fuerte carga de violencia despótica y sancionadora. De igual modo, también se desarrollan en ambos casos, normas reconocedoras y garantizadoras de derechos humanos o de espacios de dignidad. Aparte de saber analizar cualquier expresión de pluralidad del Derecho, también hay que decantarse por recuperar y consolidar toda manifestación jurídica, sea o no estatal, que se mueve bajo dinámicas emancipadoras y, en especial, en el ámbito penal. Esta línea es la que defiende y potencia, por ejemplo, Antonio Carlos Wolkmer al proponer la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y dé cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos y que atienda a aquellos colectivos cuya experiencia de vida es más desigual (son los dominados, los victimizados, "los de abajo"). A partir de una postura militante y comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un "nuevo" Derecho transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos.[46] Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico, "capaz de reconocer y legitimar normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales, y capaz de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras con igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflicto permanente".[47] Esta propuesta puede ampliarse al ámbito del Derecho Penal, considerando al Estado como única instancia encargada no solo de sancionar, sino de resolver jurídicamente los conflictos sociales con mecanismos alternativos y menos punitivos.

En la misma línea de este pluralismo jurídico emancipador, Jesús Antonio de la Torre Rangel señala, dentro de la disputa por el poder de enunciación jurídica entre el Estado y

46 Ver Carlos Wolkmer, Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, ILSA, Bogotá, 2003; y *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Mad, Sevilla, 2000.

47 Ver Carlos Wolkmer, Antonio, "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", en García Villegas, Mauricio y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, p. 195.

otros actores sociales, la razón de los pueblos indígenas en su lucha por la recuperación de su memoria, por el saber histórico de sus reivindicaciones y por la puesta en marcha de procesos sociales que crean conceptos y realidades para la construcción de condiciones de dignidad humana significadas desde lo indígena y lo campesino. El pueblo desarrolla en su disputa y lucha, la capacidad de decisión en tanto contrapoder capaz de producir realidad. Autoafirmación, autoconciencia y reivindicación de la identidad campesina e indígena sintetizan tanto las prácticas jurídico-liberadoras que desarrollan solidaridad como un concepto distinto de lo político como servicio y apertura al otro.[48] Experiencias como la justicia comunitaria de Guerrero o la organización comunitaria zapatista en México o en el Cabildo Togoami en Colombia pueden servir de ejemplo.[49]

En función de lo dicho, la cultura jurídica tiene que asimilar e incorporar el paradigma pluralista del Derecho, incluso en el ámbito penal, por dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el contexto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y, b) porque en su versión emancipadora, el Derecho tanto estatal como no estatal puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables. Eso sí, hay que tener muy claro que no existen instancias salvadoras que se mantengan al margen de la afectación permanente de las relaciones de poder. Las normas jurídicas y el fenómeno jurídico se encuentran en un continuo proceso de significación y resignificación. La lucha por nominarlo y construirlo de modo emancipador o dominador no desaparece nunca.

Asimismo, haciendo una proyección de la visión pluralista normativa y del Derecho al campo de las garantías de derechos humanos liberadora y emancipadoramente, podemos encontrarnos a escala local, nacional, regional e internacional y/o global con mecanismos de protección jurídicas estatales penales y no penales, mecanismos de protección jurídicos no estatales con un carácter no punitivo y fuera de la lógica crimen-castigo (p.e., a través de sistemas de resolución y reconocimiento de carácter indígena) y, además con instrumentos de garantía de derechos humanos no jurídicos, es decir, de corte social, económico, cultural, étnico, sexual-libidinal, etc, activados por medio de instancias que no son exclusivamente judiciales ni estatales (conformadas por luchas, tramas o conjunto de acciones y relaciones humanas colectivas –movimientos sociales– y cotidianas –individuales y diarias– de reciprocidad y horizontalidades desenvueltas en todos los

48 Ver De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Liberación y Derecho. Pluralismo jurídico y resistencia", ponencia presentada en el *7º Coloquio Académico "Ni una vida más para la toga", Homenaje a Franz Fanon*, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayaguez, Puerto Rico, 16 de abril de 2009 (referencia tomada de Oscar Arnulfo de la Torre de Lara, "Tierra y Derecho: la disputa inmemorial" (mimeo).

49 En este sentido ver De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho y liberación. Pluralismo jurídico y movimientos sociales*, Editorial Verbo Divino, Cochabamba, 2010, pp. 57 y ss; y Ariza Santamaría, Rosembert, *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal, otras maneras de realizar lo justo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010; asimismo sobre la justicia indígena en el Estado de Guerrero, ver Rosillo Martínez, Alejandro, "Derecho penal mínimo y diálogo intercultural", *Revista de Estudos Jurídico*s, no. 23, 2012.

espacios sociales). Es decir, lo que afirmamos es que existen mecanismos multiescalares de garantías de derechos humanos de carácter jurídico estatal, jurídico no estatal y no jurídico (socio-económico, cultural, sexual, político) que no necesitan un Derecho Penal máximo que los refrende, y cuyos criterios de inspiración tienen como referente la idea marxiana profundizada por Franz Hinkelammert de que en todo momento el ser humano debe ser el ser supremo para el ser humano,[50] más aún, debe ser una especie de idea regulativa que esté presente en todo Estado (plurinacional y constitucional) de derecho y en sus mecanismos penales o no penales de garantía y protección de derechos.

5. Bibliografía

Ariza Santamaría, Rosembert, *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal, otras maneras de realizar lo justo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Borga Jiménez, Emiliano, "El fundamento intercultural del derecho penal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº LVII, enero-2009.

Borges, Paulo César (org.), *Leituras de um realismo jurídoco-penal margina. Homenagem a Alessandro Baratta*, Cultura Académica Editora, UNESP-Franca, 2012.

Carvalho, Salo de Carvalho, *Anti-manual de criminología*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Liberación y Derecho. Pluralismo jurídico y resistencia", ponencia presentada en el *7º Coloquio Académico "Ni una vida más para la toga", Homenaje a Franz Fanon*, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayaguez, Puerto Rico, 16 de abril de 2009.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho y liberación. Pluralismo jurídico y movimientos sociales*, Editorial Verbo Divino, Cochabamba, 2010

Echevarría, Bolívar, *Modernidad y blanquitud*, Era, México, 2010.

Fornet-Betancourt, Raúl, *Hacia una filosofía intercultural*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008.

Herrera Flores, Joaquín (edit.), *El vuelo de Anteo*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales,* Catarata, Madrid, 2005.

Hinkelammert, Franz, *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1990.

Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2003.

Hinkelammert, Franz, *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad*, Editorial Arlekín, San José, 2007.

Höffe, Otfried, *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992.

Machado, Antonio Alberto, "Amarras e arestas de um directo penal mínimo na orden político liberal"

50 Ver Hinkelammert, Franz, *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad*, Editorial Arlekín, San José, 2007, pp. 281 y ss.

ponencia presentada en el *II Seminário Internacional Alessandro Baratta: lecturas de um realismo jurídico penal marginal*, Universidad Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Campus de Franca, del 7 al 11 de mayo de 2012.

Mclaren, Peter, *Multiculturalismo crítico*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2000.

Médici, Alejandro, "Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador, trabajo presentado en *III Jornadas de Filosofía Política*, UNMdP, 2011, (mimeo).

Mora, Henry, "La "Carta a las izquierdas" de Boaventura de Sousa Santos. Un intento de respuesta", en http://pensamientocritico.info/files/La%20Carta%20a%20las%20izquierdas%20de%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos%20-%20Henry%20Mora.doc, consulta del 18 de junio de 2012.

Quijano, Anibal, "Colonialidad del poder, eorocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, pp. 201 y ss.; en materia de género, ver Francesca Gargallo, *Las ideas feministas latinoamericanas*, Ediciones desde abajo/DEI, Bogotá, 2004.

Rosillo Martínez, Alejandro, "Derecho penal mínimo y diálogo intercultural", Revista de Estudos Jurídicos, nº23, 2012.

Sánchez Rubio, David, *Filosofía, derecho y liberación en América latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Mad, Sevilla, 2007.

Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2011.

Solórzano Alfaro, Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 2011.

Walsh, Catherine Walsh, "Hacia una comprensión de la interculturalidad", *Estado de Direito*, nº 28, 2010.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Mad, Sevilla, 2000.

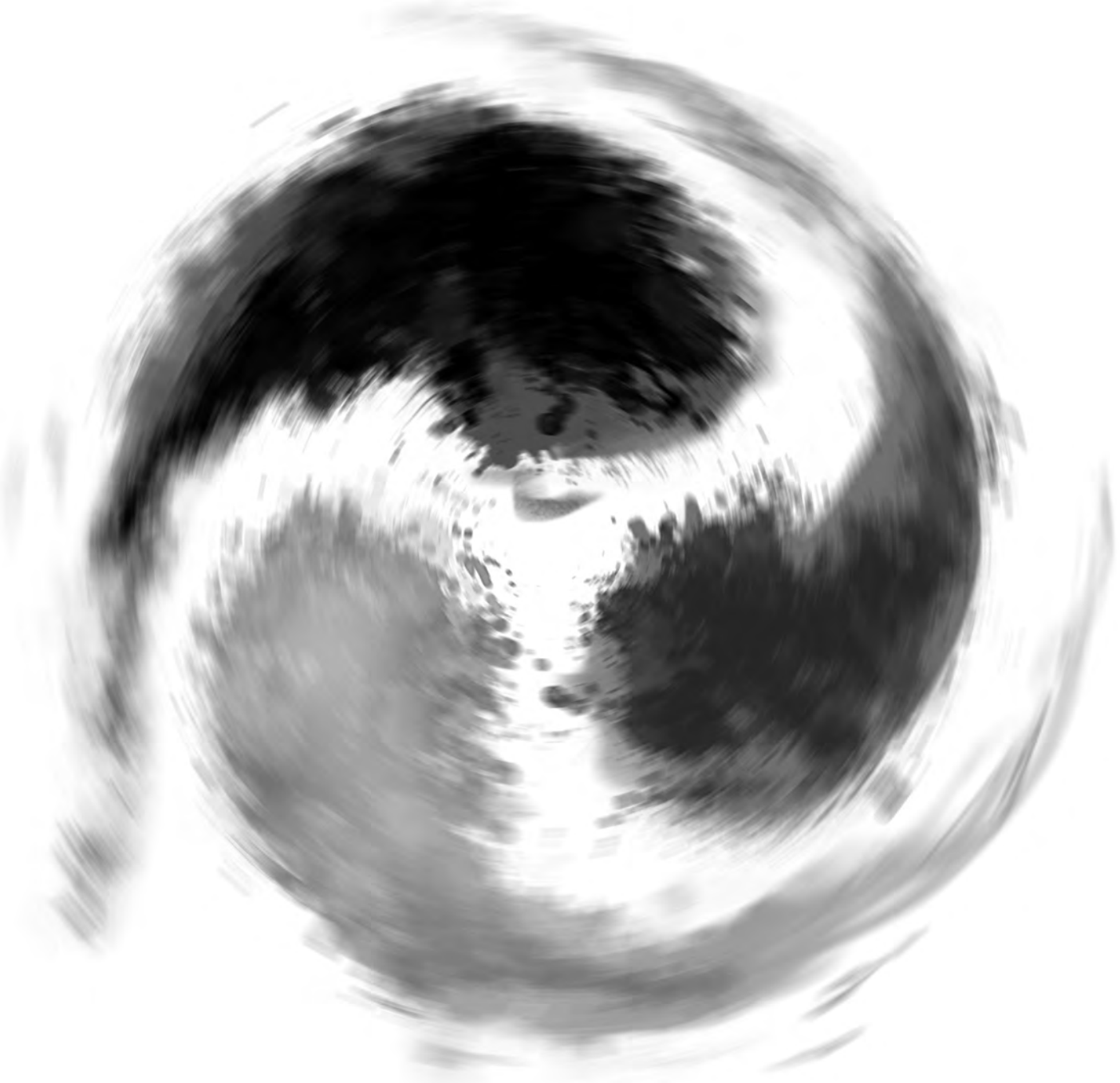
Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, ILSA, Bogotá, 2003.

Wolkmer, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

Zaffaroni, Raúl, *Em busca das penas perdidas*, Editora Revan, Río de Janeiro, 2001.

Los pluralismos jurídicos en el marco del capitalismo globalizado transnacional: hegemónicos, alternativos y emancipatorios



La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional

Aleida Hernández Cervantes[1]

Sumario

1.Introducción – 2. La *lex mercatoria* como expresión emblemática de esa pluralidad jurídica transnacional – 3. Centros de producción jurídica transnacional relevantes – 3.1. Organización Mundial de Comercio – 3.2 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – 3.3 Cámara Internacional de Comercio (CIC o ICC por sus siglas en inglés) – 3.4 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) – 4. El derecho operando en forma de red y la pluralidad de las "redes jurídicas de la globalización económica" – 5. Reflexiones finales – 6. Bibliografía

Resumen

Este trabajo tiene como propósito mostrar que, derivado de los procesos de globalización económica, está emergiendo con mucha fuerza, un pluralismo jurídico transnacional de corte conservador. Organismos económicos financieros internacionales, así como empresas transnacionales, se están convirtiendo en poderosos centros de producción jurídica cuya normatividad interactúa con la del Estado. Este fenómeno jurídico emergente, se nos muestra a nuestros ojos en forma de redes; se trata de las redes jurídicas, con las que se representa el derecho de la globalización económica y sus intereses.

1 Doctora en derecho por la UNAM. Es investigadora de tiempo completo asociada C en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH) de la UNAM y profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma universidad donde ha impartido las materias de Teoría Jurídica Contemporánea, Historia de la Filosofía del Derecho, Epistemología y Metodología Jurídica, entre otras. Integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho, RADAR. Correo electrónico: aleycristal@hotmail.com.

1. Introducción

El poder del Estado está siendo disputado desde diferentes centros de poder. Esto trae consigo que también sea disputado el monopolio de la producción jurídica. Otros centros de poder están produciendo sus propias normas y ante ellas, el Estado-nación en ocasiones ha llegado a reconocer validez, a negociar o conciliar su contenido con el de las normas estatales. Este fenómeno está reflejando un cambio sustancial en uno de los considerados pilares estructurales del Derecho moderno: su estatalidad exclusiva.

Este cambio se está presentando con mayor fuerza debido al impacto de la globalización económica. Al concurrir varios centros de poder en el mismo espacio y tiempo, resulta que algunos de ellos deciden elaborar su propio marco normativo según sus prioridades e intereses. Esta situación refleja una pluralidad normativa, no aceptada comúnmente, después de la consolidación del monopolio estatal del fenómeno jurídico, una vez eliminada la organización social de tipo feudal. Por lo menos, no común en tanto tendencia.

En este trabajo, nos referiremos al pluralismo jurídico que emerge específicamente con la intervención de redes económicas globales en la esfera de los derechos nacionales; siguiendo a Snyder retomamos los elementos que lo caracterizan, a saber: 1) un elemento estructural, que tiene que ver con la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en diferentes ámbitos del mundo, entendiendo a este no como un espacio necesariamente geográfico, sino un foro o una institución, como el arbitraje comercial, las asociaciones de comercio, etcétera; 2) un elemento relacional, relativo a los vínculos entre ámbitos de naturaleza diversa en términos de estructura y de proceso. Estas relaciones de estructura y proceso constituyen el campo jurídico global y determinan las características básicas del pluralismo jurídico global, tales como la igualdad o la jerarquía, el dominio o la sumisión, la creatividad o la imitación y la convergencia o la divergencia.[2]

Este pluralismo jurídico de perfil global, no sólo es importante para la operación de las redes económicas globales, sino que le es esencialmente constitutivo. Su estructura y funcionamiento depende en gran medida de dicho pluralismo jurídico global, pues "no se limita a proporcionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores".[3] Recordemos que el pluralismo jurídico evoca la co-existencia de varios sistemas o regímenes jurídicos que operan dentro de un mismo espacio geográfico o social y, ahora podríamos incluir, que el espacio en el que operan puede ser multidimensional.

2 Snyder, Francis, *Global economics networks and global legal pluralism,* cit. en Julios-Campuzano, Alfonso de, "El paradigma jurídico de la globalización", en Belloso, Martín, Nuria y Alfonso de Julios-Campuzano, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos*, Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, Madrid, 2008, p. 59.

3 *Ibíd.,* pp. 59-60.

En ese sentido, sirva como marco de interpretación en nuestros subsecuentes análisis, las derivaciones que Snyder realiza sobre el carácter y la tipología desprendida del pluralismo jurídico global:

a) El pluralismo jurídico global es un modelo explicativo que nos permite comprender el fenómeno de la multiplicidad de ámbitos o emplazamientos que operan en la economía global con morfología de red;

b) Esos ámbitos pueden ser clasificados provisionalmente en tres amplias categorías: unos están basados en el mercado y son fruto de la acción directa de los actores económicos en el desarrollo de sus transacciones; otros se constituyen sobre una base política, integrándose por tanto en el diseño institucional de las estructuras políticas establecidas; los terceros, por último, están basados en convenciones y derivan, consiguientemente, de acuerdos o tratados internacionales;

c) Esos diferentes ámbitos difieren en su estructura institucional, esto es, en sus instituciones, normas y procesos, lo cual no impide que exista una trama de interrelaciones sobre la base de acuerdos institucionales sobre jurisdicción o sobre la interconexión de sus procesos de resolución de conflictos;

d) Los ámbitos no son igualmente vulnerables a las presiones económicas, de modo que su permeabilidad depende en gran medida de la propia configuración de las instituciones, de los procesos y de los tipos de normas;

e) Las organizaciones internacionales que ocupan el mismo espacio en cadenas globales de mercancía están a menudo en conflicto;

f) Estos ámbitos o emplazamientos no actúan, normalmente, como alternativas en la resolución de conflictos, como se podría esperar si uno presume que las normas que gobiernan las redes económicas globales están ordenadas de forma jerárquica, sino que actúan de forma sectorial y a menudo vinculada con otros ámbitos mediante relaciones de interdependencia.[4]

En esa tesitura, el carácter fundamental que destaca del pluralismo jurídico contemporáneo de corte transnacional, es su forma oportunista de hacer interactuar normas, valores, procedimientos y prácticas de todo campo jurídico; interactúan, se confunden, armonizan o contraponen dependiendo del caso, con tal de conseguir fines comunes, ya sea relaciones, intereses, "que se presentan variables, cambiantes, y, hasta el límite, aún antagonistas respecto de aquellos previstos originalmente".[5]

---

4 Snyder, Francis, *cit.* en *op. cit.,* p. 60.

5 Olgiati, Vittorio, "El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea", en *Estudios sobre* lex mercatoria*,* Jorge Alberto Silva (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2006, pp. 153-182.

Con ese marco de interpretación, analizaremos y caracterizaremos en el presente texto, la nueva producción jurídica que emana de los procesos de globalización económica, la operación de sus actores y las formas jurídicas con las que se desenvuelven.

De esta manera, damos cuenta de las expresiones más emblemáticas de esta etapa del derecho moderno y de la forma en la cual puede observarse su operación.

2. La lex mercatoria como expresión emblemática de esa pluralidad jurídica transnacional

La nueva *lex mercatoria* se ha ido posicionando en los análisis de teoría jurídica contemporánea, como la manifestación jurídica por excelencia que emana de los procesos de globalización económica.[6] Se considera así, en virtud de que su producción se origina en el seno de los negocios internacionales, en los que sus principales actores son empresas principalmente de orden transnacional.

El concierto emanado de la interacción de los negocios internacionales ha originado una suerte de "sociedad internacional de los comerciantes", caracterizada como un grupo relativamente autónomo de los Estados y de la cual ha emanado "un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, que da cuenta de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, desarrollado al margen de los sistemas jurídicos nacionales".[7]

Pero si nos estamos refiriendo a la "nueva" *lex mercatoria*, habría que recordar la antigua, su génesis y características principales.

La antigua *lex mercatoria* se remonta a los albores del comercio, en plena época medieval, cuando el mercantilismo empezaba a convertirse en una fuerza propulsora fundamental de la economía. Se trataba de un derecho común que procedía de las transacciones comerciales, por tanto, producida por los comerciantes. Esencialmente la *lex mercatoria* se constituía de los "usos y costumbres", reglas y procedimientos, que en materia de intercambios, relaciones y transacciones comerciales se aceptaban de manera general por todos sus participantes. El llamado también *ius mercatorum* tuvo su auge sin otros importantes rivales regulatorios, precisamente hasta antes de la moderna positivación del Derecho estatal,[8] que concretaría dicha aspiración con una fuerte tendencia codificadora.

6 Reiteradamente así lo hacen notar autores como Boaventura de Sousa Santos, Eduardo Faria, Juan Ramón Capella, Francisco Galgano, entre otros teóricos del Derecho.

7 Fernández Rozas, José Carlos, "Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina", *Estudios sobre* lex mercatoria, Jorge Alberto Silva (coord.), IIJ-UNAM, México, 2006, p. 62.

8 Olgiati, Vittorio, "El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea", en *Estudios sobre* lex mercatoria, *op. cit.,* p. 169.

La clase mercantil no sólo creaba este Derecho, sino que también lo aplicaba y discernía en caso de conflicto a través de instancias organizadas para ello como lo fueron los *consulados*, que no eran otra cosa que los mismos comerciantes asociados en grandes corporaciones profesionales, cuya misión consistía en defender y proteger a sus miembros respecto a sus intereses económicos, pero que también se podían constituir como tribunales especiales para resolver litigios mercantiles que surgieran entre sus miembros.[9] Y para dejar más claro aún que se trataba de un Derecho creado, administrado y organizado absolutamente por los comerciantes, dichos consulados no se integraban por juristas ni jueces en *strictu sensu*, sino por mercaderes experimentados en el tráfico mercantil y los problemas generados alrededor de esta actividad.[10]

Desde sus orígenes, la *lex mercatoria* fue un Derecho supranacional cuyas características más distintivas fueron la facilidad con la que permitió contratos vinculantes; el énfasis en la seguridad de los contratos; la velocidad en la decisión de los litigios; la variedad de mecanismos para establecer, transmitir y recibir crédito y, el valor normativo de las costumbres y los usos del mundo mercantil,[11] para superar el conflicto de leyes en caso de determinar el Derecho nacional que rigiera una relación jurídica en la materia.

Cuando se presentó la ola codificadora del Derecho, estos "usos y costumbres" del comercio internacional integrados en la *lex mercatoria,* fueron incorporados, en su mayoría, a los códigos nacionales de Derecho Mercantil, en algunos casos recuperados también por los códigos civiles.[12] Con esto, asumió el Estado la primacía de la regulación en materia comercial.

No obstante, durante mucho tiempo se registraron importantes esfuerzos de unificación internacional del Derecho Comercial, pero es hasta los años sesenta y setenta, con la apertura comercial y la liberalización económica, que resurge en la llamada nueva *lex mercatoria* el impulso de los ahora más poderosos comerciantes encarnados en las empresas transnacionales.

Así, la concepción más extendida de lo que significa propiamente la nueva *lex mercatoria*, es aquélla que refiere a "un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en

9 Cruz Barney, Oscar "El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico", en *Estudios sobre lex mercatoria, op. cit.,* p. 3.

10 *Ibíd.*

11 Ver la amplia explicación que al respecto elabora Boaventura de Sousa Santos, en su libro *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación,* ILSA, Bogotá, 2002, p. 104-115.

12 Como nos recuerda Fernández Rozas, "a lo largo del siglo XIX se registró una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885, y otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867)", "Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria…", *op. cit.,* p. 81.

el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante".[13]

O de otra manera, también se refiere "a lo que genéricamente se califica de 'usos y costumbres del comercio internacional', pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente los llamados 'términos comerciales uniformes', las 'condiciones generales de venta' aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los 'contratos tipo' para la venta de ciertos productos".[14] De ahí que los procesos actuales de globalización económica, hayan convertido a la *lex mercatoria* en un modo central de regulación contemporánea.

Según un destacado estudioso del tema, Francesco Galgano, los factores que han dado lugar a estas reglas internacionalmente uniformes que refieren a la *lex mercatoria* como su principal regulación articuladora, se deben a: a) la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, b) las costumbres del comercio internacional, esto es, la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales, c) la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales.[15]

La difusión internacional de las prácticas contractuales en el mundo de los negocios, se debe, en gran medida, a los múltiples modelos contractuales desarrollados por operadores económicos de un país y bien recibidos por los colegas de otros países. Así, modelos contractuales como el *leasing,*[16] el *factoring,*[17] el *performance bond*[18] se han convertido en modelos uniformes en todo el mundo, a los cuales los agentes económicos de todo el orbe reconocen.

En este reconocimiento se inscriben también los jueces nacionales que, al observar la validez de la que gozan dichos modelos contractuales en prácticamente todos los lugares donde se llevan a cabo las transacciones comerciales, se verán compelidos a validarlos,

13 Fernandez Rozas, José Carlos, op. cit., p. 65.
14 Ibíd.
15 Ibíd., pp. 66-68.
16 Se trata de un contrato de alquiler de bienes muebles e inmuebles con derecho de compra, conocido también como "alquiler financiero". El arrendador adquiere un bien para ceder su uso y disfrute, durante un plazo determinado contractualmente, el cual coincide con la vida útil del bien, a un tercero, denominado arrendatario o usuario. Es común que las empresas que no tienen mucho capital activo acudan a este tipo de contrato para hacer uso de bienes con posibilidades de comprarlos en un futuro.
17 Sobre su contenido, el tratadista Guillermo Cabanellas explica que es "una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada". Ver *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, Editorial Heliasta, 1994, Buenos Aires, p. 6.
18 Se trata de un contrato que establece la garantía de asegurar un pago al comprador para el caso de que el vendedor incumpla con sus obligaciones contractuales, o en la forma o en el tiempo.

incluso a pesar de los argumentos que el Derecho nacional plantee, pues la presión de "someter al aislamiento en el contexto internacional" a su propio país, se convertirá en un elemento determinante para su decisión.[19] Por otra parte, "la difusión ha estado otras veces, secundada por las llamadas reglas objetivas del comercio internacional. Asociaciones internacionales de categoría han predispuesto formularios de contratos para los empresarios a ellas adheridos, favoreciendo por esta vía las prácticas contractuales internacionales uniformes"; pero también se han incorporado en la elaboración de este tipo de instrumentos, grandes sociedades transnacionales, en los que imponen uniformidad en su contenido regulador; "ellas predispusieron las condiciones generales del contrato, a las que cada sociedad nacional, por ellas controlada, se ha adecuado, provocando de este modo una uniformidad de reglas contractuales, tan extendida como sean sus mercados".[20]

Con relación a las prácticas comerciales, estas se convierten en usos y costumbres por parte de los operadores económicos, en el momento en el que son asumidas con una convicción que les es común, es decir, cuando las asumen como un precepto jurídico que es obligada respetar, si se desea seguir en la dinámica comercial que ya se ha impuesto con el tiempo.

En tanto, la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales también han tomado un papel relevante como causas de la uniformidad en la reglas comerciales a nivel internacional; ello, debido a que las decisiones de dichas cámaras se convierten en un precedente que será tomado en cuenta por otros árbitros subsecuentemente designados. Con esto se "forma así un cuerpo de *regulœ iuris* que los operadores económicos son inducidos a seguir con la previsión de que, en caso de controversia, serán aplicadas en sus relaciones comerciales".[21] Dicho "cuerpo de regulae iuris" en materia de usos y costumbres de comercio internacional, se ha identificado, también, a través de la recopilación que sobre la *lex mercatoria* elaboró el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma (por sus siglas en inglés UNIDROIT) y cuyas ediciones se han denominado *Principios de los contratos comerciales internacionales.*[22] En esta recopilación se reúnen prácticamente todas las reglas de derecho, usos, costumbres y prácticas que los actores del comercio internacional han validado a través del tiempo. En sí, es un trabajo de sistematización y reconocimiento de los usos y costumbres en el comercio internacional.

---

19 Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho,* trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni editoriales, Buenos Aires, 2005, pp. 67-68.

20 *Ibíd.*

21 *Ibíd.,* p. 68. A partir de lo anterior, se puede observar nítidamente en los laudos arbitrales, el nexo existente entre los usos del comercio y la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales. "La *opinio iuris atque necessitatis*, es decir, la obligatoriedad de los usos, no es verdaderamente la obediencia a una autoridad superior no existente, sino el respeto por parte de cada operador económico, de lo que los demás operadores económicos se consideran legitimados a esperar de él, aun si se trata de deberes no impuestos por el contrato", *op. cit.,* pp. 68-69.

22 En 1994 se elaboró la primera edición; en 2004, la segunda.

A partir de las anteriores concepciones que a la fecha existen sobre la nueva *lex mercatoria,* sus causas y los elementos que le son más característicos, intentaremos construir nuestro propio entendimiento sobre la misma.

En primera instancia, partimos del presupuesto de que la *lex mercatoria* es un mecanismo de regulación autónomo. Como tal, este tipo de regulación prescinde de la intervención del Estado para su diseño y aplicación;[23] sus creadores principales son los actores económicos más sobresalientes, que en el contexto actual, son las corporaciones económicas transnacionales y los organismos económicos internacionales, estos últimos operando como sus gestores y voceros.

Así pues, la *lex mercatoria* es un derecho espontáneo, creado por los comerciantes para el desarrollo de sus transacciones comerciales a nivel internacional, que tiene como principal objetivo liberarse de la rigidez que suponen –y más aún desde la perspectiva mercantil– las leyes estatales. A partir de aquí, se ha venido desarrollando un exacerbado "culto hacia el principio de la autonomía de voluntad y de autorregulación en este sector",[24] cuyo centro es ocupado ahora por el contrato en sustitución de la ley, emblema de la concepción decimonónica de Estado de Derecho.

La *lex mercatoria* en ese sentido, se ha considerado un Derecho a-nacional o tercer Derecho, en virtud de que su contenido que refiere a usos y costumbres del tráfico comercial internacional creados al margen del Estado y por agentes no estatales, y tiene la finalidad de que sus controversias sean resueltas sin recurrir a leyes nacionales.

Este tipo de normatividad forma parte de ese "Derecho de fuente global" que está produciéndose a la sombra de la pérdida del monopolio del Estado en la elaboración del Derecho; y es de un Derecho de fuente global fundamentalmente por dos aspectos: 1) por su ámbito de aplicación, el cual no se restringe al estatal, sino que va más allá de todo límite y 2) por la forma en que se produce, es decir, por su modo de producción, en tanto se puede formar en distintos y muy distantes puntos del planeta.[25]

Por eso la *lex mercatoria* actual se construye sin la intervención del poder legislativo de los Estados. Es un derecho "formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados".[26]

La *lex mercatoria* se ha convertido, así, en un exponente fundamental de la tendencia desreguladora que se observa con la intensificación de los procesos de globalización.

23 No obstante, como veremos más adelante, cuando se le requiere el Estado le otorga un tipo de reconocimiento sin el cual, muchas de las veces no podría ser materializada.
24 Fernández Rozas, "Un nuevo mundo jurídico…", *op. cit.,* p. 102.
25 Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo…,* p. 46.
26 *Ibíd.,* p. 65.

Debido a su núcleo autorregulador, desligado de la necesidad de producirse a través de los órganos del Estado, este tipo de regulación aspira en todo momento a evitar su paso por alguna instancia jurídica nacional o, en su caso, a ser retomada sin discusión; más bien pretende resolver los problemas que se generen en la materia, a través de sus propios mecanismos –como lo son las cámaras internacionales de arbitraje comercial– aunque no siempre lo logren y, finalmente tengan que recurrir para su total resolución a leyes e instancias jurídicas nacionales.

La globalización económica, en específico, la globalización de los mercados a través de sus principales actores económicos internacionales, altera por una parte, los órdenes políticos y jurídicos de los Estados, lo cual implica reducir la importancia de las leyes nacionales; por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio ha ido avanzando en su capacidad de dictar reglas de Derecho, con aplicación directa en sus Estados miembros.[27]

En ese sentido y parafraseando a Ferrarese en un estudio por demás revelador de las instituciones jurídicas generadas en la globalización económica, la institución del mercado se ha convertido en sí misma en productora y elaboradora de múltiples novedades jurídicas, confirmando con ello, "el fin de una juridicidad gobernada o guiada exclusivamente por los Estados",[28] proceso en el que la *lex mercatoria* se ha convertido en un *faciliting law* al estilo americano de un derecho facilitador de las transacciones económicas.[29]

Afirmaciones y reflexiones que se han generado en torno al impacto que como nueva forma de regulación tiene la *lex mercatoria* en el ordenamiento estatal, tendrán lugar con más detenimiento, en los últimos epígrafes de este trabajo.

3. Centros de producción jurídica transnacional relevantes

En este apartado, tenemos el objetivo de extraer de los actores más influyentes de la globalización económica, la capacidad y función reguladora que han venido desarrollando cada vez con más intensidad, es decir, estos agentes están participando con una fuerza inédita en la producción del Derecho, función reservada al Estado en la clásica concepción positivista del Derecho. Ya no es el Estado el que asume todo el peso de esa función, ahora la comparte con denuedo, con indiferencia premeditada o por simple omisión, según se estudie cada caso.

27 Galgano, Francesco, "*Lex mercatoria*, *shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de derecho mercantil,* núm. 247, Madrid, 2003, p. 20.

28 Ferrarese, María, *Le istituzioni della globallizzazione,* pp. 94 y sigs., cit. en Galgano Francisco, *La globalización en el espejo…, op. cit.,* p. 81.

29 Ferrarese, María, "Mercato e diritto nello spazio globale", *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (*Macerata, 2-5 ottobre 2002), Università di Macerata, Macerata, 2008, p. 119.

A tal grado es la participación en funciones de regulación jurídica, que en este trabajo proponemos ubicar algunos de estos agentes de la globalización económica, como genuinos centros de producción jurídica transnacional. Para efectos de este trabajo, nos interesa estudiar particularmente a los centros *económicos* de producción jurídica transnacional. Así pues, proponemos que para constituirse en un centro económico de producción jurídica transnacional, un agente o actor de la globalización económica (es decir, que tenga capacidad de gestión relevante en la economía globalizada), tendrá que reunir los siguientes caracteres:

Realizar sus operaciones a nivel global. Esto significa que sus gestiones o actividades busquen un impacto que no se constriña a un país o a un conjunto de países, sino que aspire a tener un impacto de su actividad a nivel mundial, es decir, que incluya a la mayoría de Estados-Nación del orbe.

Producir normatividad que aspire a: a) ser incorporada en las legislaciones nacionales, b) ser acatada por los Estados, c) ser adoptada por particulares, sin importar su jurisdicción nacional.

Resulta complejo ubicar exhaustivamente los múltiples centros de decisión jurídica emanados de los procesos de globalización. Por eso en este trabajo escogemos dos de los que suponemos, son los más influyentes en la elaboración de normas jurídicas y que, en algún grado relevante, pueden surtir efectos públicos.

El primero, lo ubicamos en la producción normativa procedente de los organismos financieros-económico internacionales (OFEI para efectos de abreviar), que se constituyen en una especie de organismos inter-gubernamentales al estar integrados por los gobiernos de los países miembros. Nos referimos a organismos como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En segundo lugar, ubicamos a la producción normativa emanada de organizaciones privadas de comercio internacional, sin dejar de ubicar algunos ejemplos de normatividad producida por empresas transnacionales.

La producción normativa que procede de los organismos económico-financieros internacionales, las conoceremos como "redes jurídicas económicas transgubernamentales", cuya actuación es considerada *rápida, flexible y descentralizada,* permitiéndole dar resultados óptimos en un contexto de cambios vertiginosos.[30] Son redes transgubernamentales considerando que las componen organismos integrados por la participación de los Estados.

30 Julios-Campuzano, Alfonso de, "El paradigma jurídico de la globalización", *op. cit.,* p. 57. Sobre esta concepción de "redes regulatorias transgubernamentales" y su forma de actuar, el autor sigue a Slaughter.

Por otro lado, se encuentran las "redes privadas económicas de autorregulación transnacional", generadas por la actividad autorrreguladora tanto de organizaciones internacionales de comercio, así como de las empresas transnacionales.

Ambos niveles de producción jurídica supra-estatal, para el primer caso y, extra-estatal para el segundo, tienen en común ser formas de *soft law.* Aunque, como veremos más adelante, tienen diferentes mecanismos de incorporación e incardinación con normas de *hard law,* o dicho de otra manera, con el ordenamiento jurídico estatal.

Agregamos que para integrar tanto a unas redes como a otras, nos referiremos a la categoría de "redes jurídicas de la globalización económica".

Presentamos a continuación, algunos de los ejemplos más sobresalientes en cuanto a centros de producción jurídica transnacional, integrantes por supuesto, de las nuevas redes de regulación y autorregulación ya mencionadas y de las cuales detallaremos características, funciones y relaciones entre sí, una vez que hayamos revisado los siguientes apartados.

3.1. Organización Mundial de Comercio

La Organización Mundial del Comercio cumple con creces las características que debe poseer un centro de producción jurídica transnacional: a) es una organización de perfil global, sus actividades buscan impactar a nivel mundial y, de ser posible, en todos los confines del mundo; y b) la normatividad que produce pretende su acatamiento por los Estados y su adopción por los particulares, en las materias que regula, todas relativas al comercio internacional.

La OMC se presenta a sí misma, como una organización para liberar el comercio, pero también como un foro de negociación multilateral de comercio, a su vez, se puede ubicar como un conjunto de normas, pues su "núcleo" procede de los acuerdos de la organización, negociados y firmados por los gobiernos que forman parte de la misma.[31]

31 Ver página electrónica oficial: www.wto.org. La OMC señala que todos los Acuerdos y decisiones son tomados por todos los gobiernos miembros de la organización, que a diferencia de otras organizaciones internacionales, las decisiones se toman directamente y por consenso de sus miembros, aunque eso implique más trabajo y tiempo de negociación. Hace hincapié en su distinción de otros organismos, en los que "burócratas" pueden incidir en la política de algún país a través de la amenaza de suspender un crédito; por el contrario la OMC, se ufana de no tener un comité directivo o que su autoridad recaiga en un ejecutivo, sino que sus decisiones son adoptadas por los más de 150 miembros, aunque eso resulte complejo. No obstante lo anterior, en la OMC sí se reconocen a algunos países como los "más importantes", con los que se han tenido que realizar conversaciones especiales para diversas negociaciones aparte con el afán de *superar* dificultades iniciales. A estos grupos de países la misma OMC denomina "Cuadrilateral" integrado por Canadá, Estados Unidos, Japón y Unión Europea; mientras que a Australia, Brasil, Estados Unidos, India, Japón y Unión Europea, se les ha llamado la "nueva Cuadrilateral" o las "Cuatro/cinco partes interesadas" o el "Quinteto" o el "G-6". La conformación de bloques o grupos de países más "importantes" en realidad indica que sí existe, de *facto,* una especie de elite que toma las decisiones más relevantes dentro del organismo, dentro de la cual no tienen el mismo peso los demás países.

Así es que la OMC, fundamentalmente, se dedica a regular el sistema multilateral de comercio en el que participan un importante número de países existentes. Esa regulación jurídica se construye con base en acuerdos negociados por los gobiernos miembros, interviniendo también en las negociaciones –aunque en calidad de "observadores", como lo denomina la OMC– organismos intergubernamentales, como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, la OCDE, entre otros muchos más.[32] Pero a pesar de que la OMC los reconoce como organismos internacionales intergubernamentales, integrados por gobiernos nacionales, lo cierto es que muchos de estos organismos también tienen como asociados o integrantes en su estructura, a organizaciones privadas,[33] lo cual no deja de incidir en la forma de tomar las decisiones en su seno, es decir, se negocian intereses privados frente a intereses públicos.

Los acuerdos de la OMC son normas jurídicas con forma de contrato que los países miembros adoptan para regirse por ellas en materia de comercio internacional; como la misma Organización lo dice, estos documentos jurídicos "son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos".[34] Y, no obstante que son firmados y negociados por los gobiernos, los objetivos de esta normatividad en realidad buscan "ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar a cabo sus actividades".[35] Como vemos, la normatividad de la OMC tiene una ruta definida: 1) normas jurídicas, como forma de contrato que son negociadas al seno de la Organización, en la cual intervienen otro tipo de organismos, 2) adoptadas y firmadas por los gobiernos miembros, y 3) serán aplicables a particulares, dedicados al comercio internacional.

La producción jurídica de la OMC, como señalamos con anterioridad, se concentra en *acuerdos* negociados con forma de contratos. En su mayoría, estos acuerdos proceden de la Ronda de Uruguay[36] (incluido el acuerdo que da origen a la OMC), pero algunos de ellos –como el GATT de 1994–, son revisiones de acuerdos plurilaterales que ya existían en el marco del GATT. Incluso la misma OMC, señala que ella debe servir de marco para que todos los resultados-acuerdos emanados de la Ronda de Uruguay, sean tomados e interpretados como un "todo único"; esto quiere decir, que todos los acuerdos multilaterales

32 Dentro de los organismos internacionales intergubernamentales que participan en la OMC en calidad de observadores, también se encuentran los siguientes, por mencionar algunos más: Centro de Comercio Internacional (CCI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas (NU), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

33 Por ejemplo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, entre muchos otros, que es un organismo que participa en diversos órganos de la OMC, está integrada por gobiernos nacionales, pero también por el sector privado, compuesto por organizaciones y empresas privadas. Ver página oficial: http://www.itu.int/members/index-es.html

34 http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm, al 4 de agosto de 2009.

35 Ibíd.

36 La cual consistió en intensas negociaciones comerciales, celebradas entre 1986 y 1994.

del comercio de la OMC, están intrínsecamente vinculados entre sí, con respecto a su contenido y finalidad; de ahí que su entendimiento, observancia e interpretación tendrá que tomar en cuenta esta consideración fundamental: apreciar todos los acuerdos como si fueran un ordenamiento jurídico con coherencia interna.

Dentro de los acuerdos más importantes de la OMC, se encuentran: a) los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, en el que se regulan aspectos relativos a la agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, textiles y vestidos, obstáculos al comercio, *antidumping*, entre otros; b) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); c) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); Acuerdos Comerciales Plurilaterales, dentro de los que se encuentran los acuerdos relativos al comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y otro de carne de bovino.

Por su parte, la OMC contempla otro tipo de instrumentos jurídicos. En estos se encuentran, tanto los *protocolos* de los acuerdos comerciales, como las llamadas *decisiones* y *declaraciones,* también sobre los acuerdos. Tanto en unos como en otros, el objetivo es ampliar, explicitar, explicar y contribuir al entendimiento de algunos de los distintos acuerdos multilaterales de comercio internacional.

Así pues, el foro de negociaciones y las rondas periódicas que se desarrollan al seno de la OMC, configuran "un auténtico mercado de reglas".[37] La OMC es un auténtico centro de producción normativa de orden transnacional, de ahí que cuando se pretende diseñar el concepto de derecho global, algunos sectores académicos del estudio del derecho, ubiquen a esta organización y su producción normativa, como el modelo del fututo del derecho global.

3.2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Creada con el objetivo central de promover la armonización y unificación del Derecho Mercantil Internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), ha venido adoptando un papel prominente de productor de normas jurídicas. En su afán por eliminar o reducir los obstáculos al comercio internacional, esta comisión se ha convertido en un órgano jurídico central del sistema de Naciones Unidas en materia de derecho mercantil internacional. Como tal, la UNCITRAL ha elaborado y preparado diversos instrumentos jurídicos que tienen como objeto colaborar en el proceso de creación y aprobación de normas jurídicas que

37 P., Zapatero, *Derecho del comercio global,* referido por Laporta, Francisco, "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas", en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho,* núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, p. 191.

faciliten el comercio internacional. A diferencia de la OMC, la UNCITRAL no se dedica al diseño de políticas en materia comercial para su liberalización y la eliminación a sus obstáculos, las prácticas comerciales desleales, entre otras; si bien su actividad colabora directamente con todo lo anterior,[38] ella se ocupa en específico del derecho aplicable a las operaciones mercantiles internacionales entre particulares, así como a producir normatividad que los Estados parte incorporan en algún momento en su legislación nacional.

Dentro de la normatividad que produce la UNCITRAL destacan leyes, convenciones, leyes modelos, guías jurídicas, guías legislativas, entre otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos que impacten en el comercio internacional.

Como esta Comisión de Naciones Unidas elabora normas jurídicas que se busca sean acatadas por sus Estados miembros, ofrece asistencia técnica en materia de Derecho Mercantil internacional y en la preparación de legislación nacional; al mismo tiempo, recomienda la adopción o utilización de instrumentos jurídicos preparados por otras organizaciones internacionales en la materia.[39] La misma UNCITRAL divide en textos legislativos internacionales y no legislativos, a su producción jurídica. Con los textos legislativos internacionales, afirma que busca ayudar a los Estados a modernizar su Derecho Mercantil; mientras que con los textos no legislativos pretende facilitar las negociaciones entre las partes, en operaciones comerciales. En esta clasificación que de sus textos jurídicos realiza la UNCITRAL, es de suponerse que subyacen los criterios convencionales para dividir las normas de Derecho Internacional Público y las de carácter internacional privado: 1) los textos legislativos, lo son, en función de que van dirigidos a los Estados, para que los suscriban como Estados miembros o para que los incorporen a su legislación nacional; 2) los textos no legislativos, lo son, porque van dirigidos tanto a Estados como a organismos privados. Dentro de los textos legislativos se encuentran leyes modelo y convenciones; en cuanto a los textos no legislativos, la UNCITRAL incluye notas, guías jurídicas y legislativas, así como reglamentos.

38 Los temas en los que concentra su producción jurídica son los siguientes: resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías. Ver *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,* Naciones Unidas, Viena, 2007.

39 Por ejemplo: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como la ratificación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). Por otra parte, ha recomendado la utilización de varios textos preparados por la Cámara de Comercio Internacional, entre los que se destacan las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), así como los Incoterms 2000; las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 400 y RUU 500); las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para los Documentos de Caución de un Contrato, *Ibíd.,* p. 12.

En lo que concierne a la elaboración de los textos jurídicos que produce esta Comisión, participan en este proceso tanto los Estados miembros, así como otros Estados a los que se denomina "Estados observadores"; a su vez, también se involucran organizaciones internacionales interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales.

En términos de la propia UNCITRAL, son dos los fines principales que persigue: armonización y unificación del Derecho Comercial interno de cada país miembro. Su propia concepción al respecto, señala que por *armonización* se entiende el "proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas", en tanto que por *unificación* se considera "como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales".[40]

El gran proyecto, el gran cometido de la UNCITRAL es lograr que algún día todos los países que participan en el desarrollo del comercio internacional, tengan en la materia, las mismas reglas en su Derecho nacional. A través de la elaboración de *leyes modelo*, este órgano jurídico de Naciones Unidas, busca lograr uno de sus mayores objetivos: la unificación en cada país, de su Derecho en materia de comercio internacional.[41] Una *ley modelo* sirve para uniformar contenidos jurídicos sobre la materia a regular, es decir, unifica criterios, métodos, establece estándares, desarrolla conceptos unívocos, procedimientos a implementar, así como las formas de resolución de conflictos y el carácter de las instancias que lo harán.

Como su nombre lo indica, una ley modelo es una ley arquetípica, un texto legal arquetipo para que los que elaboran las leyes en cada país miembro, lo tomen como referente para el diseño y contenido que de la ley en la materia se den para sí: *una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados que lo adopten y lo incorporen a su Derecho interno.*[42] La UNCITRAL ha producido un número importante de

40 Ver su página electrónica oficial www.uncitral.org.

41 Un texto que revisa en su conjunto, los propósitos y la historia del Derecho Mercantil, nos explica que la UNCITRAL está produciendo normas uniformes que pretenden regular relaciones mercantiles internacionales, lo cual supone "la sumisión del Derecho interno al uniforme, con el denominador común del Derecho Mercantil". Por su parte, otras implicaciones que se tienen respecto a que "organizaciones como la CNUDMI y la UNIDROIT promueven la confección de un derecho armonizado [es que] diluye los conceptos de jerarquía normativa establecidos por la doctrina tradicional en aras de evitar que las controversias que se susciten en el tráfico comercial queden sin solución; procurando la implementación de reglas específicas de aplicación", Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones,* Porrúa, México, 2004, pp. 116 y 176.

42 "Una ley modelo es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Es precisamente esa flexibilidad lo que contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificarse, y lo que fomenta una mayor aceptación de una ley modelo que de una convención

leyes modelos en materia de arbitraje comercial, contratación pública de bienes, obras y servicios, tal como las siguientes: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Respecto a la conveniencia de adoptar una ley modelo, la CNUDMI refiere que es el carácter flexible de una ley modelo, lo que la potencia como un instrumento jurídico de más accesible negociación frente a una convención, por ejemplo.

Una de estas leyes modelo más relevante producida por la UNCITRAL, es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.[43] Esta ley se dirige a los Estados con la finalidad de que incorporen su contenido en la respectiva ley nacional sobre arbitraje comercial internacional que elaboren para sí.[44] En ella, se prevén todas las etapas del procedimiento arbitral: el acuerdo de arbitraje, el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral; condensa, a su vez, los principios y aspectos que prevalecen como los más importantes de la práctica del arbitraje internacional, al menos para los organismos que colaboraron en su diseño. Está compuesta de 36 artículos, distribuidos en los siguientes capítulos: I) Disposiciones generales, II) Acuerdo de arbitraje, III) Composición del tribunal arbitral, IV) Competencia del tribunal arbitral, IV.A) Medidas cautelares y órdenes preliminares, V) Sustanciación de actuaciones arbitrales, VI) Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones, VII) Impugnación del laudo; y, VIII) Reconocimiento y ejecución de los laudos. Por sugerencia de la UNCITRAL, la idea es que cada país miembro adopte lo más literalmente posible la ley modelo. Pide, por ejemplo, "que se transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", así como "*recomienda* que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".[45]

Este tipo de organismos internacionales como la UNCITRAL, suelen manifestar que en la elaboración de dichas leyes modelo, se previeron las discrepancias y contradicciones que pudieran surgir frente al contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin

que regule la misma temática. No obstante esa flexibilidad, a los efectos de aumentar las posibilidades de alcanzar un grado satisfactorio de unificación y brindar certeza respecto del grado de unificación, se alienta a los Estados a que realicen la menor cantidad de modificaciones posible al incorporar una ley modelo a su ordenamiento jurídico interno". *Guía…, op.cit.,* p. 14-15. Como se puede observar, lo que más se valora de este tipo de normatividad, es su flexibilidad, su ductibilidad, es decir, tanto la posibilidad de negociar su contenido, como su manejabilidad para modificar su estructura, sin perderse el planteamiento principal.

43 Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada en 2006.

44 México se encuentra entre los países que ya han adoptado esta ley modelo.

45 Exposición de motivos de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Resolución 40/72 de la UNCITRAL, emitida el 11 de diciembre de 1985.

embargo, las implicaciones que supone realizar una especie de injerto jurídico en un organismo al que le puede ser esencialmente extraño, como lo es incorporar prácticas jurídicas distintas a la tradición jurídica que prevalece en cada país, son situaciones que se omite evidenciar en este tipo de organismos. Al contrario, dan por sentado que este tipo de problemáticas fueron allanadas al ser elaborados este tipo de instrumentos jurídicos, sin que quede totalmente claro cómo lograron una homogenización en contenidos y prácticas jurídicas, sin haber tenido que operar mecanismos de exclusión, mutilación, selección u omisión de reglas, prácticas y usos al interior de cada tradición jurídica.

Por su parte, otro tipo de normatividad que produce la UNCITRAL, se concentra en la preparación de convenios y convenciones, que los Estados miembro signan. Entre las convenciones más destacables se encuentran: la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (1974); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (1978); la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988); el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991); la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001); y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Esas convenciones forman parte de los textos jurídicos de la UNCITRAL considerados como *legislativos.*

Dentro de los textos no legislativos, se encuentran los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional. Todos estos ordenamientos jurídicos, regularmente son retomados por organismos privados en materia comercial, para guiar y regular sus actividades.

Finalmente, la UNCITRAL es en toda su dimensión un centro de producción jurídica transnacional, en virtud de varios elementos: 1) es un organismo internacional, de carácter público porque depende de la Organización de Naciones Unidas, 2) elabora normas jurídicas, convenciones, directrices, modelos de leyes, reglamentos, es decir, instrumentos jurídicos que, o bien acatan directamente los Estados miembros, o se les sugiere que incorporen a su legislación nacional y realizan para ello cabildeos y asistencia técnica, o bien, son material jurídico al que los particulares (contratantes u organizaciones interesadas en la materia) de cualquier parte del mundo pueden someterse.

3.3. Cámara Internacional de Comercio (CIC o ICC por sus siglas en inglés)

Como representante por excelencia de las empresas a nivel global, la Cámara Internacional de Comercio se ha convertido, no sólo en portavoz y gestor de los intereses de las mismas, sino también se ha constituido desde las últimas décadas, en un centro de producción jurídica transnacional.

No sólo por ser el principal socio empresarial de Naciones Unidas y sus agencias, la ICC se ha convertido en uno de los principales centros donde se produce la regulación de las operaciones del comercio internacional. Bastaría con mencionar que la Cámara de Comercio Internacional produjo las ineludibles e importantes cláusulas comerciales conocidas como INCOTERMS.[46] Dichas cláusulas son las más utilizadas en prácticamente la mayoría de los contratos comerciales que se realizan a nivel internacional. En específico, las INCOTERMS son un conjunto de reglas que sirven para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones comerciales. Con estas reglas, se pretende reducir el margen de incertidumbre derivadas de las distintas interpretaciones que se presentan en diferentes países.[47]

En esa calidad de productor jurídico, la ICC fija reglas y estándares, que se convierten en un referente jurídico obligado en comercio internacional. Por ejemplo, en lo relativo a arbitraje y disolución de conflictos, la elaboración del Reglamento de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional,[48] ha tenido como resultado que aumenten los casos presentados ante esta jurisdicción internacional.[49] Pero para que los particulares puedan recurrir al arbitraje internacional que provee dicha Corte Internacional, la ICC tiene

46 Como referimos en el acápite anterior, incluso la UNCITRAL siendo un organismo integrado por Estados constitutivos de la Organización de Naciones Unidas y dependiente de la misma, ha hecho oficial el reconocimiento y apoyo de estas cláusulas para su aplicación en todo el mundo, "como instrumento internacional de particular importancia para la armonización y unificación del derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías", ver documento de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el Informe del Secretario General, en el 33º periodo de sesiones, 12 de junio a 7 de julio de 2000, A/CN.9/479. Las INCOTERMS fueron publicadas por primera vez en 1936, después en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000 se ha revisado y actualizado su contenido, realizándole importantes enmiendas que buscan adecuarse a los cambios que sufre el comercio internacional. Las INCOTERMS 2000 figuran en la publicación número 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

47 En la introducción de las Cláusulas comerciales INCOTERMS 2000 de la Cámara de Comercio Internacional, se aclara sobre su alcance: "debe acentuarse que el alcance de los Incoterms se limita a los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compraventa".

48 Como lo menciona el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, la Corte Internacional de Arbitraje, es el Centro de Arbitraje Adscrito a la ICC, cuya función consiste en proveer a la solución mediante arbitraje suscitada en el ámbito internacional en materia de negocios.

49 La misma ICC, refiere que han aumentado los casos en una proporción de más de 500 al año. Ver página electrónica oficial: www.iccwbo.org

diseñado un "modelo de cláusula de arbitraje" para que sea incorporado en los contratos que posteriormente pueden ser objeto de disputa.[50]

Por su parte, entre las reglas que la ICC ha elaborado, se encuentran las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 500 o UCP 500); son reglas que aplican los bancos para financiar cada año importantes cantidades de dinero en el comercio internacional; asimismo, ha creado reglas para acuerdos internacionales y estándares que las empresas o compañías adoptan voluntariamente, los cuales también pueden ser incorporados en contratos obligatorios (los acuerdos internacionales y los estándares).

En cuanto a innovación jurídica se refiere, la ICC se ha especializado en diseñar y promover la autorregulación en comercio electrónico, pero también ha dedicado esfuerzos en asesorar y elaborar códigos de autorregulación de asociaciones profesionales.

No sólo la normatividad que produce la ICC va dirigida a particulares, compañías, empresas o asociaciones profesionales, sino también alguna parte de ella se dirige a los Estados nacionales, para que, de preferencia, la incorporen en su legislación nacional. Códigos de publicidad y de marketing son ejemplos especiales de ello; tal es el caso del Código Consolidado ICC en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia,[51] que forma parte de la modalidad de autorregulación empresarial. En términos del prólogo del texto de dicho Código, a través de esta auto-regulación empresarial, este instrumento promoverá estándares elevados de ética en publicidad; pero no sólo se limita a ser "guía práctica de las empresas alrededor del mundo", sino que aspira a ofrecer "sólidos principios empresariales para consideración de los gobiernos en la elaboración de iniciativas que repercuten en la comercialización y protección al consumidor".[52] Respecto al mecanismo para hacer cumplir este tipo de regulación, el mismo documento señala que son agencias –privadas suponemos–, las que se encargan de velar por el cumplimiento de códigos en todo el mundo, implicando la revisión de violaciones a la reglamentación; y, en caso de presentarse "violaciones justificadas", "estas se corrigen o la empresa es sancionada".[53] Manifiestan tal importancia de su actividad reguladora y supervisora de la problemática derivada de los engaños a la publicidad comercial y en torno a la mercadotecnia, que se llega a afirmar que "en muchos países, el número de casos que son atendidos por estas agencias, rebasan a aquellos que son ventilados ante las autoridades gubernamentales", además de que este Código "establece una elevada barrera ética que se encuentra más allá de los requerimientos legales",[54] en clara alusión a las legislaciones nacionales.

---

50 La cláusula modelo que se debe incorporar en caso de que un particular desee someterse a dicho arbitraje internacional, es la siguiente: "Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento". En el mismo tenor, opera el procedimiento precautorio prearbitral de la ICC, mediante una cláusula modelo que se deberá incorporar en todo contrato que desee someterse a arbitraje internacional en esta instancia.

51 Publicado en noviembre 2007 por la Cámara de Comercio Internacional, París, Documento N° 240-46/330.

52 Prólogo al Código Consolidado ICC en Materia de Publicidad Comercial.

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*

3.4. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

Este Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en inglés), es una organización de carácter independiente intergubernamental, pues está compuesto por Estados[55] y por grupos de Estados. Tiene como propósito estudiar las necesidades y métodos para, como su nombre lo indica, modernizar, armonizar y unificar el Derecho Privado Internacional, en particular el Derecho Comercial. Su origen data de 1926. En esta fecha surge como un órgano auxiliar de la Liga de Naciones; más adelante se convierte, desde 1940, en el tipo de organización independiente intergubernamental en materia de unificación del derecho internacional privado, que ahora es.[56]

La tarea fundamental de la UNIDROIT, como sus estatutos lo señalan, es preparar a los Estados miembro para la adopción de reglas uniformes de Derecho Privado (artículo 1). En la labor de este organismo se concentra, en gran medida, la responsabilidad de diseñar una de las más relevantes estrategias jurídicas hacia la unificación del Derecho Privado; el objetivo es alcanzar el resultado de una legislación armonizada y unificada lo más posible, respecto a las reglas y principios que prevalecen en materia de comercio internacional.

Para ello, produce fundamentalmente, instrumentos jurídicos que siguen el modelo tradicional de *convenciones internacionales*, los cuales a pesar de que no se están aprobando al seno de una organización de Derecho Internacional Público –como es el caso de la ONU, pues la UNIDROIT es un organismo intergubernamental pero independiente–, los Estados miembro se encargan de establecer mecanismos de adopción de dichas *convenciones.* A la fecha, la UNIDROIT ha elaborado alrededor de 11 convenciones, incluyendo algunos de sus respectivos protocolos.[57] *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, 1964), Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (The Hague, 1964), International Convention on Travel Contracts (Brussels, 1970), Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will (Washington, D.C., 1973), Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 1983), UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988), UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 1988), UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome, 1995), Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town, 2001), Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment (Cape Town, 2001), Luxembourg*

55 La sede de este organismo está en Roma. Actualmente el UNIDROIT, está compuesto por 63 Estados que proceden de los cinco continentes (México también forma parte de este Instituto). El sostenimiento económico de esta organización se logra a través de contribuciones anuales que realizan los Estados miembros, así como de una aportación anual que lleva a cabo el gobierno italiano.

56 Información disponible en su página electrónica oficial www.unidroit.org

57 Ver http://www.unidroit.org/english/conventions/c-main.htm

Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock (Luxembourg, 2007).

Por su parte, respecto a la elaboración de "leyes modelo", la UNIDROIT refiere que cuenta con dos, la *Model Franchise Disclosure Law (2002)* y la *UNIDROIT Model Law on Leasing (2008).* La primera de ellas establece un modelo de ley para la divulgación de la información en materia de franquicias, mientras que la segunda, diseña un modelo de ley de alquiler con derecho de compra. En el preámbulo que se elaboró en la ley modelo para la divulgación de la información en materia de franquicias, se deja constancia de que este instrumento jurídico se constituye como una guía para los legisladores nacionales al momento de que pretendan elaborar una ley en la materia. Así, esta ley modelo contiene elementos que los legisladores nacionales podrán considerar en sus procedimientos legislativos.[58] En dicho preámbulo, se logra observar que las recomendaciones de adopción de este instrumento jurídico que se le hacen a los legisladores nacionales, se efectúan con mucha delicadeza, posiblemente cuidando que no se interprete como imposición a los Estados miembro. Por ejemplo, este párrafo es elocuente al respecto:

> "[La UNIDROIT] tiene la satisfacción de poner a disposición de la comunidad internacional la presente Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia y su Informe Explicativo presentados en este documento y que ha sido preparado por un Comité de expertos gubernamentales reunidos por UNIDROIT, como un ejemplo que no es obligatorio para los legisladores nacionales y como un instrumento que pretende ser una recomendación para los Estados que han decidido adoptar una legislación específica sobre este tema".[59]

En su calidad de productor jurídico, la UNIDROIT también ha efectuado un trabajo relevante en la reunión de los principios que subyacen y operan en las transacciones mercantiles internacionales. Los *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) dan cuenta de ello. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, son hasta la actualidad el referente jurídico a nivel internacional más importante en la materia y a la que prácticamente todos los actores comerciales se someten.

Dentro de los propósitos de estos principios, se encuentran el establecimiento de las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, aplicándose siempre que las partes hayan acordado que su contrato se rija por su contenido; a su vez, estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, así como constituirse en modelo para los legisladores nacionales e internacionales. Todo ello nos da cuenta de la enorme relevancia que tienen estos principios, que para algunos se han llegado a constituir en la verdadera nueva *lex mercatoria.* Estos principios han sido elaborados al margen de las legislaciones nacionales. Tienen validez en

58 Ver http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.pdf
59 *Ibíd.*

cualquier contrato internacional, en el que las partes pacten asumirlos, sin importar que los países de donde procedan los contratantes, esté "conectado"[60] con aquéllos.

Dentro de los textos jurídicos que la UNIDROIT ha elaborado, llaman la atención las guías. A pesar de que tienen un fin estratégico de explicación y aproximación a instrumentos que este mismo organismo ha elaborado, las guías tienen un contenido tan exhaustivo en su materia, que se pueden considerar genuinos textos de doctrina jurídica. Tal es el caso de la Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, la cual dice ofrecer "un completo análisis de toda la vida de este tipo de acuerdo, desde la negociación y redacción del contrato de franquicia principal y otros contratos asociados hasta el final de la relación".[61]

4. El Derecho operando en forma de red y la pluralidad de las "redes jurídicas de la globalización económica"

La compleja estructura jurídica que se está desarrollando a partir de los procesos económicos de globalización, preocupan en lo fundamental por dos de sus caracteres sustanciales: la opacidad e ilegitimidad con la que se deciden sus contenidos.

Las que hemos llamado *redes jurídicas de la globalización económica*, están dedicadas activamente a llenar lo que Ferrajoli ha denominado el vacío de Derecho Público, como principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional.[62] Aunque también, analizado el fenómeno bidireccionalmente, no sería errado decir que en la producción de ese *vacío de Derecho Público* han intervenido con fuerza esas *redes jurídicas de la globalización económica*; tanto como que una vez producido, intervienen para llenarlo. *La*

60 Alfonso Luis Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa González, "Contrato internacional, nueva *lex mercatoria",* en *Estudios jurídicos,* p. 1550. En este estudio, los autores se refieren a estos *principios* como una expresión de *derecho posmoderno* y, en tanto, como el mejor reflejo de lo que sería un *derecho sin Estado,* pues han sido elaborados por juristas de Estados de todas partes del mundo, sin ser sus representantes oficiales. Lo anterior, muestra –aseguran–, la independencia de este derecho respecto de los legisladores nacionales. Por su parte, los autores enuncian y explican las funciones que pueden desarrollar los Principios Unidroit 1994: 1) Servir de modelo para los legisladores nacionales y para la elaboración de Convenios internacionales, 2) constituir una guía para la redacción de contratos internacionales por los operadores jurídicos, 3) función de autoayuda para la interpretación del derecho nacional al contrato internacional y designado por las normas de derecho internacional privado, 4) reforzar la interpretación dada por el derecho nacional, 5) completar las carencias de un derecho nacional o derecho uniforme aplicable al contrato internacional y 6) servir como fuente de "equidad" en el arbitraje comercial internacional de equidad, *Ibíd.,* pp. 1550-1553.

61 Resumen ejecutivo de la Guía de UNIDROIT para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Ver http://www.unidroit.org/spanish/guides/2005franchising/franchising-guide-s.pdf

62 Ferrajoli, Luigi, "Es posible una democracia sin Estado", en *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, p. 142. El autor señala que este vacío de derecho público está siendo ocupado por un "plexo normativo de derecho privado", un derecho de producción contractual.

propia globalización de la economía, nos diría el mismo autor*, puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de Derecho Público Internacional capaz de disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales.*[63] Las *redes jurídicas de la globalización económica* formarían parte de la sustitución de las fuentes jurídicas tradicionales por un Derecho de tipo contractual, en el que la ley del más fuerte gana más espacios.

No se trata entonces, *de un vacío de Derecho, sino de un vacío de Derecho Público*, ese que ha tenido en esencia la finalidad de regular a favor del interés general, por lo menos como aspiración.

Sobre ese vacío de Derecho Público, se han tejido las *redes jurídicas de la globalización económica*, con la iniciativa de producción normativa de los múltiples centros de decisión política y jurídica trasnacional con los que ahora comparte presencia normativa el Estado-Nación y de los cuales hemos descrito en páginas anteriores, una parcela significativa de su producción jurídica.

La idea de que en el contexto de la economía globalizada el Derecho opera como red, ha venido desarrollándose por autores contemporáneos tales como Gunter Teubner, Snyder Francis y José Eduardo Faria,[64] por mencionar algunos. La explicación al respecto, plantea que en el marco del nuevo pluralismo jurídico expresado en una activa participación jurídica de las organizaciones transnacionales y precedida de la intensificada flexibilidad del Derecho estatal, se estructuran complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial, por ejemplo tratados internacionales, en el primer caso; algunos tipos de acuerdos internacionales en materia comercial, en el segundo; tal como los que hemos revisado en el capítulo anterior. Como se puede observar, esta normatividad de fuente global no debe –necesariamente– su validez a estar vinculada con el Derecho o con el sistema político de un Estado-Nación determinado, esto quiere decir que el Estado ya no es el referente obligado o el filtro de validación imprescindible para que un conjunto de normas jurídicas tengan fuerza normativa.[65] Su fuerza normativa les viene dada del poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados por los involucrados. Uno de los más importantes mecanismos para que efectivamente así suceda, es la persuasión que respaldada en criterios económicos, desarrollan muchos de esos centros de producción jurídica transnacional. Los efectos negativos que pueden presentarse de no atender a dicha persuasión, pueden ser, por un lado, sanciones de tipo pecuniario y, por el otro, pueden

63 *Ibíd.*

64 Gunter Teubner, en *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global,* edición de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia; Snyder, Francis, *Global economics netxowrks and global legal pluralismo*, Florencia, EUI Working Papers, 99/6 European University Institute*;* José Eduardo Faria, en *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

65 Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, "Estudio preliminar", en Engle Merry Sally *et al, Pluralismo jurídico,* Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 52-53.

operar a través de la exclusión o menor integración a la comunidad económica globalizada y la falta de acceso a los privilegios e intereses que de ello se deriva.

El Derecho en el contexto de la globalización económica opera en forma de red y si una red supone un conjunto de elementos organizados para determinado fin, esto explica que el Derecho al operar como red articule instituciones estatales, organizaciones internacionales públicas y privadas, instancias de decisión internacional tanto públicas y privadas, así como empresas trasnacionales, que se suministran unas a otras a través de las correas de transmisión que los unen, material jurídico con el que trabajan. Dicho material lo comprende desde normas jurídicas, principios, directrices, políticas públicas y privadas de organización, guías de resolución de conflictos hasta modelos de leyes homologantes, entre otras. El fin determinado para el que están articulados en red estos *elementos,* es para construir un marco jurídico flexible que relativamente le de orden y estructura jurídica a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica.

Esta red jurídica de la globalización económica busca otorgarle institucionalidad y certidumbre a un conjunto de procesos económicos globales que operan al margen de los derechos nacionales e, incluso, del tradicional Derecho Internacional. Para ello están construyendo su propio arsenal normativo. La institucionalidad que mencionamos, no está ligada a la estatal; por el contrario, se trata de una cada vez más fortalecida institucionalidad dominante, que plantea su respaldo desde los organismos económicos y privados de la globalización económica.

Pero que el Derecho ahora opere en forma de red más que en la tradicional imagen de *pirámide normativa*, no significa que exista una única y sola red. Son varias las redes operando simultáneamente. Dichas redes poseen un carácter multifuncional, pues tienen la capacidad de generar sus propias reglas de operación, procedimientos de resolución de conflictos, normatividad y hasta sus criterios de legitimación.[66]

Al conjunto de todas las redes, la llamamos “red jurídica de la globalización económica”, pero fundamentalmente ubicamos dos tipos específicos dentro de ella: 1) las redes jurídicas económicas transgubernamentales y 2) las redes privadas económicas de autorregulación transnacional. Cada una de estas redes está compuesta por *centros económicos de producción jurídica transnacional*, de entre cuyas actividades principales se encuentra la de producir normatividad en materia económica y comercial, con alcances globales.

Como lo mencionamos en un apartado anterior, las “redes jurídicas económicas transgubernamentales”, están integradas por organismos internacionales de constitución interestatal, los cuales operan como *centros*. En este caso y en función de los organismos estudiados en este capítulo, nos referimos a aquéllos como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las

66 Faria, *Ibíd.,* p. 130.

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (aunque este es "independiente").

Por su parte, tenemos las "redes privadas económicas de autorregulación transnacional", las cuales están integradas por organismos privados que operan transnacionalmente y que dedican parte de sus actividades a producir instrumentos jurídicos para sus agremiados e, incluso, utilizan la persuasión para que sean adoptados por legislaciones nacionales.

Ilustraremos con un ejemplo, a continuación, la forma de operar de este tipo de redes.

Podemos iniciar con la producción jurídica de uno de los centros, no importa en cuál de los centros inicie la transferencia de material jurídico a los demás centros, lo que importa es que aquél circule de manera efectiva por las correas de transmisión de la red. Pongamos el caso: la Cámara de Comercio Internacional que es un organismo privado internacional, elabora las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), a su vez la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) –en la que participan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial–, emite recomendación oficial para que sus Estados miembro las adopten.

No obstante que este tipo de redes distribuye entre sus múltiples nodos/centros la capacidad de producción jurídica, el Estado sigue siendo un nodo sin el cual la red no funcionaría de manera óptima. Esto se explica, en función de que la red opera con nodos que son estratégicamente más importantes que otros y sin los cuales, no se lograría el dinamismo necesario para que siga funcionando efectivamente. El Estado ha dejado de detentar el monopolio de la producción jurídica, pero eso no quiere decir que haya sido totalmente desplazado en importancia. El ejemplo anterior da cuenta de ello: un organismo privado internacional como la Cámara de Comercio Internacional, produce un instrumento jurídico que, entre otros, se buscará que sea adoptado por legislaciones nacionales, a través del apoyo de organismos interestatales. Es decir, para que este instrumento sea plenamente efectivo, requiere del respaldo del derecho del Estado.

Es importante resaltar algunos detalles que ponen de relieve este mismo ejemplo, pues esta vía para llegar a la adopción de instrumentos jurídicos por parte de los Estados, se está convirtiendo en la tendencia: un material jurídico como son las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), construido en un organismo privado como es la Cámara de Comercio Internacional, donde se defienden intereses privados y que no fue sometido a discusión pública, de pronto, con el respaldo de organismos internacionales públicos como la UNCITRAL donde están representados los Estados, puede llegar a convertirse en parte de una legislación nacional, sin haberse abierto el debate público acerca de su contenido.

Como se ha mostrado, la construcción de decisiones jurídicas que conforman dichas *redes*, no resultan del todo transparentes; por el contrario, se realizan ignorando tanto la

política de los gobiernos nacionales como los intereses de la población general. Se trata de un nuevo orden que, como nos diría Faria, al operar en forma de red, "tiende a trascender los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado como instancia máxima de regulación social, a adoptar las reglas flexibles de la *lex mercatoria*, en lugar de las normas de Derecho Positivo";[67] sustituye, a su vez, la potestad del Estado de decidir a través de sus tribunales, ahora por mecanismos de mediación y arbitraje de la resolución de los conflictos.[68] Otro de los efectos de todo esto, consiste en la crisis de la distinción clásica entre lo público y lo privado, que trae como consecuencia el neblinoso papel del Estado ante la defensa de los intereses de los ciudadanos.

Muchos aspectos están cambiando del Derecho. El problema no son los cambios en sí, sino los efectos perniciosos que estos están generando para las personas a las que se les exige obediencia. Sin controles efectivos estatales y éticos, este pluralismo jurídico transnacional coloca en franca deslegitimidad al Derecho; al Derecho pensado, no sólo como regulador de conductas, sino como orientador de la justicia y la equidad.

5. Reflexiones finales

Las claves del cambio en la regulación social que han venido gestándose desde finales de los años setenta y, con más intensidad en los años noventa, se ubican en los siguientes elementos: el mercado pasa a convertirse en la razón y justificación central de la actual regulación social, generando sus propios mecanismos, entre ellos, normas flexibles que sean fácilmente adaptables a las necesidades de la economía global; un desdibujamiento entre los límites de lo público y lo privado, con el que se pierde la claridad entre funciones públicas y privadas, bienes públicos y bienes privados,[69] mientras que la mediación y el arbitraje ganan terreno respecto a la resolución de los conflictos en las jurisdicciones nacionales, mecanismos de resolución de controversias en los que es más flexible tanto la elección del árbitro o mediador, como el objeto de la negociación, es decir, en este proceso todo puede llegar a ser *negociable*, pues al contrario de las instancias jurisdiccionales estatales, no tienen la función de garantía, sino la de evitar pérdidas a las partes que intervienen.

Por su parte, en la elaboración de las normas jurídicas que se enfocan en materias de tipo económico, monetario, financiero, industrial y comercial, en la cual concentra sus

67 Faria, *El derecho en la economía globalizada, op. cit.,* p. 30.

68 *Ibíd.*

69 Como señala Capella atinadamente sobre este desdibujamiento, al que él se refiere como "mezcla de lo privado y lo público": "se manifiesta ya prácticamente en todos los ámbitos administrativos: las administraciones municipales, por ejemplo, que en etapas anteriores organizaban la prestación no lucrativa de servicios públicos, contratan ahora esa prestación con empresas privadas de servicios constituidas casi siempre en parte con capital municipal, pero que así se convierten también en una fuente de lucro privado; los servicios públicos de salud o de enseñanza ahora se atribuyen a gestores privados o se conciertan con ellos y pasan a ser, total o parcialmente, actividades lucrativas legitimadas ante la opinión con el argumento –improbado cuando no contrafáctico- de que se logra así menor coste y mejor servicio público". Ver *Fruta prohibida,* Trotta, Madrid, 2006, p. 269.

esfuerzos la red económica global (pues es en esas materias donde se localizan sus intereses), prevalecen elementos de opacidad.

Respecto a las "redes jurídicas económicas transgubernamentales" en las que ya hemos señalado que sus participantes principales son organismos financieros y económicos trasnacionales, el nivel de opacidad en sus decisiones es importante. A pesar de que en dichos organismos participan representantes de todos los países miembros, lo cierto es que el peso específico de cada uno de ellos en las decisiones que se asumen, varía. Tal es el caso relevante de Estados Unidos en organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, constituyéndose en el país miembro que logra concentrar él solo, un porcentaje de la votación en las decisiones, suficiente para ejercer capacidad de veto. Sin embargo, esas decisiones tienen que asumirse por los demás países integrantes del organismo.

En alguna proporción sucede lo mismo en la Organización Mundial del Comercio, en la cual juegan un papel relevante tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional, cuya participación logra incidir en las decisiones que se toman. No así los países subdesarrollados, quienes en las negociaciones para los acuerdos tienen un peso relativo, si no es que ínfimo.

Esta situación deriva de la naturaleza propia de estos organismos: económica, financiera y comercial, en las cuales lo que prevalece es el criterio de fortaleza económica que cada país miembro posee; en función de ello, será la influencia que tenga en las negociaciones, que al final serán decisiones que deberán adoptar todos los países miembros.

Así, en las "redes jurídica de la globalización económica", las decisiones no son ni democráticas –pues están proporcionalmente determinadas por criterios económicos– ni transparentes. Estas decisiones carecen del respaldo ciudadano y, aunque nominalmente participan representantes del Estado, se asumen decisiones sin que se lleven a cabo debates abiertos a los que se tenga fácil acceso. Sin embargo, las decisiones que ahí se toman, sí impactan en la esfera pública en la que se desenvuelve la sociedad en su conjunto, a tal grado que pueden llegar a condicionar el margen de gobernabilidad de los Estados.[70]

A partir de lo anterior, cobra más sentido lo que afirma Teubner respecto a que "ahora las fuentes dominantes del Derecho se hallan en las periferias del Derecho, en los límites con otros sectores de la sociedad mundial, y ya no sólo en los centros que hasta ahora han existido para la creación del Derecho –parlamentos nacionales y acuerdos interestatales–".[71] Por eso, que los entes privados ocupen cada vez más un lugar relevante en la producción de normatividad que en un segundo momento tendrá impacto en la esfera pública, trae consigo un problema serio de representatividad de aquéllos que no están

70 Julios-Campuzano, Alfonso, *El paradigma jurídico de la globalización, op. cit.,* p. 68.

participando en la toma de decisiones en esferas privadas, de ahí que la ausencia estatal en decisiones relevantes trasladadas a sujetos privados, coloca en franca desventaja a sujetos débiles participantes de la negociación y, aún más, los que no participan en ella, pero que resentirán sus efectos.

Las nuevas formas jurídicas procedentes de la activa participación de las redes económicas globales, se construyen bajo el auspicio de la opacidad, que: "es la expresión más rotunda de desprotección y el abandono de la ciudadanía en el ámbito transnacional, que se ve privada no sólo de la posibilidad de participar en los procesos de formación de la voluntad de los nuevos órganos legisladores, sino también, principalmente, del recurso a una jurisdicción transnacional que proteja sus derechos e intereses".[72]

Estamos ante una ausencia notoria de una instancia legitimada y encargada de tutelar intereses públicos.

Esto da lugar al riesgo que ha causado la emergencia de poderosos grupos económicos transnacionales, cuyo papel ascendente en la producción normativa, "constituye un factor de crisis de la estatalidad del derecho y propicia cuando menos una legislación concertada o pactada con las instituciones estatales sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales".[73]

Pero la crisis de la estatalidad del Derecho no constituye por sí misma el problema, sino en tanto lleva consigo la pérdida de capacidad del Estado en la tutela de intereses públicos.

La participación de estos múltiples centros de decisión jurídica a escala transnacional, describe la existencia de un marco de policentrismo y pluralismo jurídico de carácter global, este es precisamente el escenario en el que se construyen las redes jurídicas de la globalización económica, las cuales se observan como *un complejo de relaciones jerárquicas de dominación privada.*[74]

Finalmente, este pluralismo jurídico global, que nos sirve como una forma de aproximarnos al fenómeno de las redes jurídicas de la globalización económica, observa una operación que nos preocupa y que debe cuestionarse desde sus fundamentos: la opacidad en la elaboración de las normas jurídicas y la ilegitimidad de las mismas, al no estar sustentadas en alguna base de tipo democrática.

---

71 Teubner, Gunter, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global, op. cit.*, p. 91.
72 *Ibíd.,* p. 66.
73 Gema Marcilla Córdoba, "La desregulación como técnica normativa de la sociedad global", en López Calera, Nicolás (editor), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía,* Vol. IV, Nomos, 2005*,* p. 48.
74 *El derecho en la economía globalizada, op. cit.,* p. 265.

Estamos pues, frente a un pluralismo global ilegítimo, que en términos de un nuevo problema para la teoría jurídica, nos convoca a reunir nuestros esfuerzos de análisis y discusión en torno a los distintos problemas que este entraña.

6. Bibliografía

Belloso Martín, Nuria y Alfonso de Julios-Campuzano, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos,* Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, Madrid, 2008.

Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida,* Trotta, Madrid, 2006.

CNUDMI, *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,* Naciones Unidas, Viena, 2007.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t. IV, editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.

Engle, Merry Sally, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, *Pluralismo jurídico,* estudio preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Siglo del Hombre Editores- Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferrarese, María, "Mercato e diritto nello spazio globale", *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica* (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Università di Macerata, Macerata, 2008.

Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho,* trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni editoriales, Buenos Aires, 2005.

Galgano, Francesco, "*Lex mercatoria*, *shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de derecho mercantil,* núm. 247, Madrid, 2003.

Laporta, Francisco,"Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas", en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho,* núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

López Calera, Nicolás (ed.), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía,* Vol. IV, Nomos, Granada, 2005.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones,* Porrúa, México, 2004.

Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación,* tr. de César Rodríguez, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, Bogotá, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, ILSA-Trotta, Bogotá, 2005.

Santos, Boaventura de Sousa y César A. Rodríguez, Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa, Anthropos, México, 2007.

Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global,* edición de Carlos Gómez-Jara Díez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Legal pluralism: conflicting legal commitments without a neutral arbiter[1]

André J. Hoekema[2]

Sumario

1. Introduction – 2. Two recent anthropological studies of legal pluralism – 2.1. Perú – 2.2. Mexico – 3. Functional associations versus distinct communities again – 4. National society as a distinct community – 5. Interlegality – 6. International, transnational and non-state norms in the global world – 7. Internal conflict rules and distinct communities – 8. Communal land tenure and legal pluralism – 9. Communal or community-based tenure – 10. Community-based land tenure arrangements and moral economy - 11. State law pluralism – 12. Some final remarks – 13. Bibliography.

Abstract

In this essay I want to suggest some promising fields for legal anthropological studies in matters of legal pluralism and discuss some interesting concepts. My focus is on the crisscrossing of normative appeals issuing from state law, international and transnational rules and a great variety of non state community based normative commitments, stressing the fact that in these situations usually there is no generally recognized, neutral arbiter to settle the conflicts between all these normative orders. My attention goes predominantly to what people belonging to distinct communities have to gain or lose from a situation of legal pluralism, both at the national and the international or transnational level. Less attention is paid to functional or instrumental associations as source of or subjected to overlapping

1 Este artículo saldrá publicado primero en la revista Iura Gentium, cuyo sito web es www.juragentium.org.

2 André Hoekema studied law as well as sociology in The Netherlands (Utrecht) and got his Ph.D. in Amsterdam. From 1978 onwards he had a full professorship in Sociology of Law in the law faculty of the *Universiteit van Amsterdam*, and now holds a chair in Legal Pluralism. The last 15 years or so he is paying special attention to problems of multi-ethnic states, particularly the legal position of indigenous peoples and of minority communities. At home he studies multicultural tendencies in family law and other legal fields, abroad he addresses legal pluralism and its place within development policies and philosophies, concentrating on matters like land and territorial rights, legal reform, and ways to "pluralize" the state and its legal order, mostly in Latin American and some African countries. Mail: a.j.hoekema@uva.nl

and often conflicting values and norms. To cover the field first of all two recent studies of legal pluralism are sketched, after which I want expose the mutual interpenetration of bodies of norms: the phenomenon of interlegality (or hybridisation of legal orders). Stress is laid on international but particularly transnational law beyond the state borders, and on the conflicts between these norms among themselves and with national and local law. In this connection I raise the question of whether this situation merits being called "global legal pluralism" and what that means. Then I deal with the dynamics of the contested process of official state recognition of distinct communities' non-state law and their institutions of authority. Here the phenomenon of "internal conflict rules" is explained. Finally I deal with legal pluralism in policies of land tenure legalization as well as with the "state (law) legal pluralism", that is, legal pluralism within state law.

1. Introduction

Legal anthropologists[3] often deal with people who profit or suffer from conflicts between many bodies of values and norms that claim authority over them. For instance, people who identify themselves as belonging to an indigenous people colonised centuries ago have kept alive parts of their own worldviews and entertain their own norms for living a good life. Think of the specific regulation of land rights on their territory: communal land tenure. This arrangement of norms regulates the use and transfer of rights to plots of land and embodies values like reciprocity, mutual support, keeping the land base intact, caring for Mother Earth and more. But the law of the state they live in often contradicts this, does not recognize these local rights, and imposes individual private property. And so do international donors and development consultants (or did until recently; more about this below in sect. 6). How is such a conflict between distinct sets of values and norms solved? Normally, it isn't. For the average lawyer and politician the answer is simple: there is no conflict, state law is supposed to take precedence when determining which norms apply primarily in such a conflict. But this answer not only does not show any respect for distinct ways of life, it is simply not realistic. In daily life, state law in varying degrees lacks power and sufficient popular loyalty to be the exclusive, neutral, effective and widely recognized arbiter to solve the type of conflicts just described. This is the typical anthropologist's approach: going *outside* official law, calling the norms of various communities "law" even if the dominant legal theory does not accept this, and concentrating on the conflicts between many different, socially effective loyalties without the presence of a generally recognized, neutral arbiter.[4] This crisscrossing

3 To characterise the approach by the social sciences in general, like legal sociology, legal anthropology, the political sciences, norm theory and others, I will use only one term: the *anthropological* view, sometimes: the *empirical* view. This approach has to be contrasted carefully with the *legal* approach to legal pluralism. But recently the two different approaches seem to be converging to some extent, as I shall explain below (sect. 4).

4 Cotterrell calls this "an unstable overlapping of different regulatory systems (including those of state law) in the same social arena, competing for or negotiating their authority in relation to each other, as well as their chances of regulatory effectiveness". Implicitly, this author also points to the missing arbiter. See Cotterrell, Roger, "Spectres of Transnationalism: Changing Terrains of Sociology of Law", *Research paper,* No. 32, 2009 Queen Mary University of London School of Law, available at SSRN.com/abstract=1476954, page 4.

of normative appeals is called legal pluralism. It is not true that the various norm bodies, e.g. indigenous law versus state law, always conflict with each other. But in case of a conflict, a neutral and legitimate arbiter is missing. My thesis is that the absence of an arbiter is a characteristic feature of any instance of legal pluralism in the anthropological sense.

The overlapping and often conflicting values and norms originate in different communities people feel bound to, like indigenous peoples but also professional networks, economic enterprises or whole branches, immigrant groups, religious communities, groups of rural smallholders, workplaces, schools.[5] But we must not forget to mention "the national society" as a norm-creating community and, beyond that, many transnational associations, global business groups, NGOs, global social movements, and the often permanent links between immigrants (and refugees) and their home country. In many of these social bodies, values and norms are nurtured that give meaning to the world, man, nature and community, tell people how things "naturally" are, and prescribe what behaviour is right. Some of these norms are officially legal (like state law), many of them are not legal *in that sense*, like religious lifestyle rules, the laws of an indigenous people, or the way an agrarian community runs its land. Legal anthropologists want to study the *de facto* normative commitments and *de facto* acceptance of authority, based on all kinds of cohesive communities and, as Berman[6] writes, do not accept the formal legal claim that state law is the only form of law.[7]

5 My concept of community is a broad one, referring to all social entities, not only to small scale face to face communities. But linking pluralism to the interaction between community-based normative commitments means that norms produced by far more fluid and/or temporary networks, lifestyle categories, global Facebook communities etc., will not qualify under my view of legal pluralism.

6 Berman, Paul Schiff, "The New Legal Pluralism*", in Annual Review of Law and Social Science, No.* 5, 2009, pages 225-242, (at page 237); also available through SSRN.com/abstract=1505926.

7 Nevertheless, not all these normative commitments can be called legal norms. It is wise to follow Woodman's reflections (Woodman, Gordon R., "Ideological Combat and Social Observation. Recent Debate about Legal Pluralism", in *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, 1998, pp. 21-59,see page 43) and approach "law" in the empirical sense as "a combination of social control of a certain degree of effectiveness (…) and the use of certain forms of argument whereby appropriate, or 'sound' answers are found to particular issues". As this latter element may be satisfied also by a community *as such* stepping in to develop and enforce their norms and not only by the presence of specific authorities or controlling bodies, this anthropological concept of law is still very broad. Norms of the mafia and of the Colombian FARC qualify in this sense as law. But norms implicit in the way people interact on the street or relate to the bouncer regulating entry into a private club would not. But there is more. I personally think that we would do well also to include as a criterion whether or not the local norms are explicitly called "law" in a community because this symbolically shows that this community pretends to have the right to be recognized as a legitimate lawgiver alongside or against the official state lawgiver. Indigenous peoples often fight very fiercely against legal professionals and politicians who call their norms only "customs". They want their norms to be called "legal" as a sign that their societies and their institutions have to be recognized as different but also equal to national societies. The next question would be, does this criterion exclude norms of several functional associations from being called "legal"? Again referring to Woodman, I agree with the gist of his argument that legal anthropologists would do well to refrain from "essential" definitions of what is law in the social sense (and therefore also how to distinguish this "law" phenomenon from other social control mechanisms without the defined characteristics). But I still feel the need to exclude various controlling mechanisms from the qualification "law" like the examples I gave above (queuing, the bouncer and the club, etc.)

There are important differences between all these normative communities. One category is formed by ethno-cultural minorities, by indigenous peoples, by some religious communities, by some communes, by distinct smallholders groups and tribes, etc. These communities resemble societies in so far as they entertain values and norms defining and organizing many aspects of the good life. They are often engaged in a struggle for social, economic and cultural survival. Being loyal to a specific identity is at stake. Let me call this category *distinct communities.* Shared ultimate values and beliefs (and possibly also elements of tradition) are characteristic.[8] Many of the other communities are "instrumental" ones, oriented towards reaching more or less concrete goals or setting up concrete projects, like businesses, NGOs, professional groups of lawyers or medical doctors, public-private platforms of decentralized governance, etc. Henceforth, I call these *functional associations*. Obviously, in real life one meets communities that are mixed, as we shall see in sect. 2 below. What people have to gain or lose from a situation of legal pluralism, and particularly how this affects their position within the national society and its state, also differs considerably among the two categories of communities. People in distinct communities are often fighting to survive, to end discrimination and dispossession, and to further a more respected and equal position in that society, backed up by a more pluralist kind of state legal order and authority. They deploy strategies for organizing a peaceful living together and fight for a genuine multinational state. People in functional associations have other problems. They know they have power, they usually challenge state norms and state policies, sometimes even quite successfully, and look for ways to share power with the state and forge common platforms for cooperation. They deploy strategies for organizing more "horizontal" forms of governance and doing away with purely state-based models.[9]

Although in both types of communities a "legal" order can be found, in empirical research projects I find it necessary to keep the two separate because the content of the potentially conflicting norms and the underlying values is very different, and the positions of power and authority in the community and in the relations with another community are also different.

As suggested already, no scholar of legal pluralism can neglect the world beyond the national states any longer. People and communities today are affected by many legal norms produced *beyond the national state,* norms that moreover often break through state sovereignty and have an effect inside a state even if that state does not want it. Indigenous peoples, for instance, are affected by international conventions, some on an UN scale, others on a smaller scale like ILO convention 169, many on a regional scale (like the human rights systems, such as the Inter-American Commission as well as Court on Human rights, and human rights regimes in Africa, in Europe, etc.). Moreover, these people are sometimes helped out and sometimes overrun by NGOs and other development agencies, which

8 Terminology of Roger Cotterrell, "What is transnational law", *Research Paper Queen Mary University of London, School of law*, No. 103, 2012, (available at SSRN.com/abstract=20211088, page 19) published in *Law and Social Inquiry* vol. 37,2,2012.

9 Berman, op. cit., p. 236.

nurture their own private but often influential project priorities, values and hobbies. Businesses and associations of professionals have to deal with internationally operating but privately made and enforced norms (like the Law Merchant, see below) and public-private or purely private agreements relating to sustainable environmental practices (like the FSC label), fair labour relations, etc. Many of these regimes are called *transnational* law, not international law in the classical sense, now that states and treaties between states are not the actual producers of such regulations. Others are purely non-state, private regimes. Any analysis of situations of legal pluralism has to take into account the presence of an amazing quantity of such transnational and non-state legal regimes originating and having an impact beyond the boundaries of a national state. The main point here is the missing arbiter again. Not always but regularly, these transnational rules overlap and conflict with each other, while there is no overall body of highest norms that is generally accepted as a neutral arbiter in these conflicts. There seems to be a link to the situation described before in cases of "national" legal pluralism of indigenous law versus state law. I am not surprised that the term *global legal pluralism* is used more and more in international law reflections,[10] although this usage often contradicts the anthropological view, as will be explained below (sect. 4).

In this essay I want to suggest some promising fields for legal anthropological studies in matters of legal pluralism and discuss some interesting concepts. I confess that I shall dedicate far more attention to distinct communities and how they are doing in legal pluralist situations and less to functional associations. First of all, I offer a sketch of two recent studies of legal pluralism (sect. 2). The next step will be to illuminate and suggest the importance of the mutual interpenetration of bodies of norms: the phenomenon of *interlegality* (or hybridisation of legal orders) (sect. 3). Then, in sect. 4, I pay attention to transnational and non-state law beyond the state borders, and to the conflicts between these norms among themselves and with national and local law. Such conflicts impact heavily on the fate of many communities in the world. I also raise the question of whether this situation merits being called "global legal pluralism" and what that means. In sect. 5, I put forward the dynamics of the complicated and contested process of official recognition of distinct communities' non-state law and authority and the role of "internal conflict rules" that goes with it. Section 6 is dedicated to legal pluralism in policies of land tenure legalization and as a source of inspiration for new forms of governance. Finally, in sect. 7, I deal with the often neglected topic of "state (law) legal pluralism", that is, legal pluralism within state law.

2. Two recent anthropological studies of legal pluralism

2.1. Peru

Two recent anthropological PhD studies that I had the pleasure to supervise address legal pluralism. In a mountain valley in Peru, a local farmers' community has since time

10 Also called "new" or "international" legal pluralism, like Burke-White, William,"International legal pluralism", *Michigan Journal of International Law,* 12/7, summer 2004, pp. 963-979.

immemorial constructed, maintained and run a complex scheme of irrigation canals that feeds their mostly tiny plots of land. They take the water from a river called the Achamayo, an affluent of the Mantaro river that dominates a far larger and more important Andean highland valley. This is the study by Armando Guevara.[11] He describes how a local committee supervises the condition and use of the scheme, assigns turns for dispensing water to someone's plot, organises regular working parties to do repairs or improvements, collects a modest sum of money from each user, and tries to solve the many conflicts between the users, e.g. when they cheat the system and take more water than assigned to them. In drawn out and difficult meetings the committee develops and affirms specific norms that the users are supposed to follow and tries to persuade violators to stop such cheating or even occasionally sanctions such behaviour. Their authority depends on the cohesion of the community as such, its web of trust relations, partly based on the certainty that you need each other to continue this essential practice. Authority also comes from the charisma of some leaders, the wisdom that some committee members have. The committee is a "traditional" authority with a varying legitimacy and has no basis in official state law. On the contrary, a recent state law introduced a very elaborate and top-down system for the management of irrigation canals, also regulating the amount of water to be taken from the river, and collecting fees from the users. But this national Water Law is not implemented locally, while the communitarian rule continues its effective hold on the people. Nevertheless, at some point, the local leadership deemed it prudent to pay lip service to the state water authorities in the not too distant provincial capital. The official authority of these water authorities cannot be neglected completely, after all. The situation in this farmer's community is an instance of legal pluralism in the anthropological sense. In one and the same domain of activities– the upkeep and use of an irrigation scheme –at least two bodies of authority and norms address themselves to the same people with contradictory claims.[12] For the state water authorities, perhaps there is nothing contradictory in the situation as it is clear that, formally speaking, the Water Law is the body of rules with the highest authority. The local committee does not exist in law, save for very minor tasks, and the body of local community rules does not qualify legally as "law". This official legal analysis does not answer the question of how things are done locally, however. In real daily life, local rules, or *local law* as these are usually called by anthropologists, are relatively legitimate and reasonably effective, notwithstanding all the fuss that often shakes the community. The Water Law officials try to make the best of the situation and partly accept the prominence of the locals and at times cooperate with the committee or even conclude

11 Guevara Gil, Jorge Armando, *El derecho y la gestión local del aqua en Santa Rosa de Ocopa, Junín*–Ara editors, Perú, Lima, 2011, chapter 4.7, pp. 238-259. See also his paper for the conference of the global Commission on Legal Pluralism held in Cape Town (South Africa), September 2011, entitled "The legal and not so legal practices of a development project. The improvement of the main canal of the Santa Rosa de Ocopa Irrigators' Committee (Junin, Peru)".

12 Particularly in cases of farmer-managed irrigation systems, there is abundant research to show how legally plural that situation usually is. See Benda-Beckmann, K. Von, *Transnational Dimensions of Legal Pluralism, in Fikentscher*, W. (ed.), Begegning und Konflikt- eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme, München, C.H.Beck Verlag 2001: 33-48 (see p. 37).

official contracts with it and exchange other formal papers. One can see that there is no higher authority that effectively solves the many conflicts between local law and state law in generally accepted ways, for instance, by giving priority to state law. *As a matter of fact*, there are incompatible contradictions between the normative messages of the two bodies of norms. And there is no arbiter.

The case also contains an example of non-state global law, namely "project law", the priorities and goals NGOs bring to a region as a matter of fact when engaging in a development project. In the Achamayo river community, the international NGO Caritas was engaged to help out with a thorough improvement of the main irrigation canal. They sided with the locals, and these two partners very skilfully presented their project to the official water authority through a constant manipulation of all the official requirements, permits, declarations, etc. needed to do the job legally. Thus, state law requirements were symbolically respected and a show of legality staged. This seems to be a general pattern in the Andean countries practised by peasants and Indians to overcome the legal subordination that the state attempts to impose on them (Guevara, paper, op cit. note 9: 8). The local committee involved Caritas to use and condone the same strategy. The author therefore developed the concept of project law to include not just what an NGO imposes on the practices of local people but also what the local people (the "stakeholders") contribute to the definition and priorities of the project (ibid.: 11). He describes this amalgam of normative elements from state law, NGO norms and local law as an instance of interlegality (see below, sect. 3).[13]

2.2. Mexico

Another situation of legal pluralism has been described by Israel Herrera[14] for the state of Quintana Roo, one of the states within the federal country of Mexico. It concerns the indigenous Maya. They have maintained some of their traditional way of living, their own authorities and body of norms, even after centuries of precarious living under colonial Spanish and post-colonial Mexican rule. Some elements of this local law formally contradict official law. For instance, a marriage ceremony conducted the Mayan way is normally not considered legally binding. Local judges administering justice in matters of family conflicts, aggression, theft and embezzlement are effectively solving these conflicts and restoring the

13 The de facto priorities and values that a NGO wants to be accepted as conditions for the help and the money they are going to provide to a local group or a district authority in a developing country could be indicated as project law. Because of the power of money and expertise, these conditions normally cannot be rejected. Perhaps they are even specified in documents concluded between this NGO and regional or national authorities. Normally, the local community has no role in the negotiations. This kind of project law is rather top-down. In Guevara's study, however, project law is characterized differently. He stresses the role of the local committee and also the "interlegal" character of this law.

14 Herrera, José Israel, *Unveiling the face of diversity: Interlegality and legal pluralism in the Mayan area of the Yucatan peninsula*, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2011.

peace. But they do this in ways and following common norms and principles that have no standing in official law and at times could be construed as breaking that official law. This is the case in a great many countries in the world where indigenous peoples, original habitants, now live or rather survived within a wider society of a different nature. In all these situations, conflicts are encountered between local norms and official law without there being, as a matter of fact, an arbiter with the generally accepted final word in such incompatible normative commitments. It is an instance of legal pluralism in the anthropological sense. Professional lawyers would hesitate to call Mayan norms and authority "law". Perhaps at best these norms are called "customs" and perceived as a complementary source of official law in some specific legal cases.

But the situation has changed. The state of Quintana Roo recently recognized some parts of Mayan customary law as valid law and accepted the Mayan way of administering justice as producing officially valid legal decisions of the same rank as the state justice decisions. This has come about because of the growing strength of indigenous movements, in Mexico and internationally, and also because transnational law like the ILO convention 169 puts pressure on the national state to recognize indigenous local law and justice. This recognition may bring with it an important change of the situation; I use "may" because one never knows how national judges will implement the new scheme (or not), or how local judges, local leaders as well as the ordinary local people will use or resist it. Moreover, as I will elaborate in sect. 5 below, the official recognition of Mayan law and authority contains many strict conditions and requirements, one of them being the nomination of a state official with the official power to supervise all the Mayan judges' decisions. Mayan legal competence, moreover, only extends to a few categories of cases. But Mayan marriages are now to be recognized as marriages under national law (provided some requirements are complied with). The same goes for divorces as well as baptisms. How will the situation of legal pluralism develop? This question requires a follow-up study to see how local institutions develop under the new conditions. Comparison with other situations of formal recognition of local law is necessary. But theoretically, I have to stress right away that this recognition does not change the situation being an instance of legal pluralism. Only if the Maya assimilate themselves completely into the dominant Mexican society, voluntarily or because of repression, would the situation of legal pluralism disappear. But this is highly unlikely. Why would the Maya suddenly let go of their culture, their *cosmovisión*, their own ways of life? Time and again conflicts will pop up between local law and state law, between different ways of living the good life. Contrast between the more individualistic values underlying the state legal order and the more communal values of Mayan life will continue to cause trouble. It is to be expected that the rather modest official recognition of some Mayan legal elements for some forms of local conflicts or situations will be challenged and resented regularly. But some Mayan leaders may be inclined to perceive the new recognition and even the not very generous conditions –to be called internal conflict rules, see sect. 5– as a step towards a more neutral and generally acceptable arbiter that they ultimately want, while others may not. And moreover, all Maya have to wait and see how the official dominant society and its authorities and professional lawyers will use and apply the coordination rules. After all, they are imposed and interpreted in a top-down fashion, which in itself causes resentment. Perhaps the official judges will try to sabotage the system. For many

reasons the struggle will go on between the Maya and the state for a place for proper development according to their own wishes. The situation continues as one of legal pluralism, a conflict of normative commitments without the presence of a generally accepted arbiter.[15]

3. Functional associations versus distinct communities again

In these two cases we encounter the primary question of the character of the community from which local law derives. In both cases, as in any study of empirical legal pluralism, it is essential for the researcher to determine the social entity that produces the rules: a group, community, society, corporation, associations, or as Moore[16] calls it, a "semi autonomous social field". Whatever the details, the social entity must be identified, a pattern of durable and cohesive social relations within which local norms are formed and more or less enforced. The local community in the mountains of Peru is not an indigenous community like the Maya are, although the people appeal regularly to generations-old customs and practices and legitimize their position and their irrigation rules by referring to the works and efforts of their forefathers. To some extent this irrigation community resembles a kind of "instrumental community", that is, a functional association oriented towards concrete goals rather than the expression and preservation of a distinct identity, like the Mayan community, which qualifies as a *distinct community*. It is plausible that the irrigation association contains elements of both. But however one wants to qualify the two communities, any researcher should keep his/her eyes open for the possibility that these communities are not homogenous. There are blurred boundaries (who "is" Maya?), and inside these entities there are struggles, hierarchy, splits between the rich and the poor (relatively), followers fighting the chiefs, women struggling with men over public functions, etc. There may be a battle between several spokespersons who all claim to be the only one to represent the community before outsiders. Whether and how these internal oppositions cause local law to falter, local authority to be derailed or even disintegration of the community, they are nasty questions that have to be posed and answered.

4. National society as a distinct community

It is even more difficult to uncover which cohesive community produces and enforces "state law" and renders it legitimate and effective (if it is perceived at all as legitimate). Often, legal

15 It is an interesting question within constitutional law of how to reorganize a society in such a way that, in terms of the constitutional basis of this society, space is guaranteed for distinct communities to become fundamental parts of the sociopolitical set-up – and functioning!– of a society. This involves searching for other concepts of constitutionalism than the traditional concept of state and individual citizens, the model of much of present-day constitutionalism. J. Tully has become famous for trying to show this other concept, in his *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995. See also Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalim, The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

16 Moore, Sally F., "Law and social change: the Semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review*, No. 7, 1973, pp. 719-746.

pluralists do not see the problem. They compare non-state law with state law as if "state law" is a clear category in social life. But it isn't. Of course, everyone knows that in empirical research, state law cannot be analysed as legal theory would prefer by determining what rules are valid laws according to the standard legal test(s), and then determining the content and scope of these norms. This would be falling into the trap of taking this legal approach seriously as indicative or proof of factual patterns to be found in the daily life of legal professionals but particularly also in the lives of all other citizens. Indeed, one has to deal with state law in the anthropological way, looking for the real presence of state law in daily life. Some laws do not have any effect, others produce unintended and sometimes adverse effects, and the majority of state law in reality supports other behaviour than the reading of the letter of the law or court judgments would suggest. In quite a few countries, particularly where a rule of law culture hardly exists, state law as a whole in the social sense is non-existent. And under such conditions it does not make sense to compare local indigenous law with the commands of state law. So, rule number one is: state law in these anthropological studies of legal pluralism has to be translated from a legal category into a social fact.[17]

After this proviso we have to go further. What "community" is behind this state law? It can only be something on a very wide scale and rather impossible to pinpoint clearly. It is "the national society" in which through a variety of institutions, including political ones, some kind of cohesion turns into a form of unity, produces its normative commitments, cloaking them sometimes in the form of "law" and to some extent finding support among the population at large. This analysis of the underlying community is often not done properly in studies of legal pluralism. But in my view, a study of legal pluralism in the average European state clearly differs from studies in weak states or tribally divided societies or generally in societies of a non-Western type without the dominant position of individualistic legal rights and rules. Perhaps I can summarize this point by stating that we have to look for the *de facto* ways, contents and nature of the self-regulation of this large social entity called or imagined to be a national society.

5. Interlegality

Each of the two studies offers an example of a most interesting and rather novel focus in research on legal pluralism. Guevara describes the way the NGO Caritas, the local committee and the water authority together implicitly define and implement the improvement of the main canal as an interlegal venture. Herrera shows how Mayan judges adopt Western legal elements but also how Mayan elements make their way into official law. This is interlegality, a concept that captures the fact that the various norm bodies have some autonomy on the one hand and cannot be blown away and overruled simply, but on the other hand are exposed to and influenced by the other norm bodies like state law (in the social sense). The various normative bodies are only "*semi*-autonomous".[18] This is also

17 This formulation is taken from Woodman, op. cit., p. 35.
18 Moore op. cit, p. 14.

true of state law which normally depends strongly on local norms (at least as far as it has legitimacy and impact at all) and cannot be characterised as having a high degree of cohesion and overwhelming autonomy (see more in sect. 7 below). The normative orders involved interpenetrate each other, and people engaged in this negotiating contest produce a hybrid and therefore new type of legal order, only visible to the empirical scholar. This approach prepares the way for understanding that any legal order (in the broad sense of the anthropologist) is in constant contact and interaction with other ones and therefore changes all the time. A new and important element here is the imposition and relevance of transnational legal regimes that affect local people and communities in various ways and sometimes provide opportunities to improve their position against adverse policies from their national state.

This mixing of procedures, contents and principles of the two or more bodies of norms is often analysed on an abstract level, but I prefer to transfer the analysis to the concrete level of the people who do the mixing, like members of local communities but also professionals and officials of the dominant state law favouring (or resisting) the amalgamation.[19] I also want to suggest that in the process of mixing legal orders, people are combining two different social elements: interpretations of the world, man, nature and community on the one hand –like individualistic versus communal forms of land tenure– and more concrete norms on the other. This is the level of *frames of meaning* versus the level of *norms*.

To get a clear idea of this mixing enterprise, let me use René Orellana's study of Bolivian Quechua-speaking highland communities, each made up of various villages, together comprising about 12,000 people.[20] He participated in many conflict-solving sessions where matters of cattle theft, aggression, land boundaries, succession, killings and marriage problems are regularly dealt with, but also what Westerners would call civil matters like debts and contractual problems, as well as matters of governance like contempt of leaders and disobedience by the rank-and-file members.[21] The character of the proceedings strongly resembled the elements of restorative and conciliatory justice,[22] where disputes are settled by uncovering the underlying causes, by taking into account a far wider array of social relations than only those between the parties, where restoration of good relations is valued more than the finding of "the truth", and so on. The Bolivian Andean villages practise

19 This mixing of distinct legal orders is not only found in the competition between non-state law and state law, but in "negotiations" between all kinds of law, e.g. also between two or more non-state legal orders, for instance the way in which religious norms interfere with local customary law (like adat), or like in the Peruvian case, local community-based rules with NGO "project law".

20 Orellena Halkyer, René, *Interlegalidad y Campos Jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*, Ph D Universiteit van Amsterdam, 2004.

21 This local administration of justice at that time (around 2003/4) in state legal terms was non-existent and illegal. The Bolivian situation has changed considerably in this respect.

22 See Nader, Laura, *Harmony ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford University Press, Stanford, 1990.

law and order in this spirit of harmony.[23] In the territory Raqaypampa[24] we hardly encounter written rules, proceedings are long and full of rhetoric, the public participates as well, and sometimes the leading official, the *secretario de justícias*, calls out for the public to vent opinions and suggestions, stress is laid on reconciliation, meetings go on indefinitely until reconciliation is reached. The decisions or rather the commitments parties have engaged in (either two parties in civil, land tenure, marriage matters or the accused in criminal cases) are written down and documented in simple but efficient statements. Often specific and sometimes heavy fines are stipulated if the parties do not live up to these commitments.

Now, to come to the interlegal point, I want to relate a specific case. Once, Orellana noted a most interesting move by the most prominent leader of one of the territories. He observed the processing of a very high-handed and vindictive person, accused of physical abuse and assault of a passer-by and of aggression against a leader, whom he even locked up for several hours. The case had got out of hand at the village level, where the local official was not able to withstand the format of the aggressor. Now the case was being tried on the highest level, under the presidency of the highest authority of this territory. The accused repeatedly displayed contempt of the court and challenged it by saying that he would go to the town, meaning the state justice. The authority in charge employed an amazing mixture of local and state law elements in his approach and suggestions. He more than once urged the court to follow the "correct procedure", viz. to hear witnesses, which is a rather novel adoption from state law, but dropped this later on. He also suggested that the accused had to be condemned, simply because his behaviour infringed a recently enacted rule, officially recorded and sent to all villages (*el acta*). However, the authority of this written rule was opposed by other, lower leaders.

This mixing of the new and the old is not exceptional. In similar research it is frequently observed that in conflict-solving assemblies on the village level, indigenous authorities decorate their speech with Western-style legal jargon and cling to new procedural rules and the extensive use of written registrations. This is not just an ornament or a fetish-like belief in the written form (although this has a role to play, too), these elements of writing and a more formalized and specifically "legal" way of proceeding are permeating slowly through the practice as a whole. I do not want to suggest that all local court sessions on every level in this Andean district are formalized and bureaucratised to a great degree. It is more a matter of assembling bits and pieces from the oral, relational and participatory style on the one hand, and mixing them with elements of the written, specifically case-oriented and authoritative style on the other. People are struggling to combine rather contrasting values and different sets of rules. This is typical of interlegality.

23 More about the "harmony ideology" (Nader) in a review by Peter Just in the *Law and Society Review*, 29, 2, 1992, pp. 373-412.

24 One of the two territories studied. I use this case only and leave territory number two (Rinconada) out of the picture.

The syncretism I depict here is not just the consequence of scattered and haphazard influences and tendencies. In this specific case it is deliberately sought after by those authorities who keep a close watch on the conditions for indigenous survival.[25] The authority we just introduced above made another interesting move. Rather harshly, he taught a lesson to the lower-ranking village official who had failed to deal with the case in a satisfactory way. *The way*, he said, *for us to dispense justice is to look both into state law and into local law and then come up with some form of combination. Just sticking to local norms could only lead into a trap.*[26]

What trap could that be? One could interpret this as a realistic stance towards the future.[27] Nothing good is to be expected from stubbornly clinging to old forms which will only annoy the Bolivian political elite. Many sceptical outsiders point to the corporal punishments, to the sometimes very harsh treatment of witchcraft (even today sometimes death penalties are executed)[28] and other "barbaric" features, to discredit any scheme of recognition of indigenous justice. It is crucial for these people to manifest themselves as capable of learning, eager to pay heed to human rights, eager to follow some form of correct procedure, eager to show themselves fully civilised, shall we say? It is as I once read: To be taken seriously, First Nations have to show themselves as unique, distinct, in possession of "interesting" features and knowledge, but not so traditional as to require "development".[29]

But we need not interpret this as a *strategic* move only. It might be the sincere wish of many indigenous leaders to come up with systems of law and justice that borrow extensively from Western ones –like the stress on some concepts of individual human rights including procedural ones– while at the same time preserving core features of their own.

We see how cleverly and consciously this leader calls for a mixing of the old and the new, conducting and producing interlegality.[30] Perhaps this is the place to provide a general

25 The same self-conscious desire to maintain local autonomy vis-à-vis the state is encountered in the two case studies of sect. 2, the irrigation association and the Mayan community.

26 Literally, he said to his village colleague (*elcorregidor*): "What is the *corregidor* who knows the political structure well, doing, comrades, while administering justice? It is clear that in that task it cannot be a matter of just doing what comes to your mind, comrades. You have to analyse the legal (= state law, ajh) side of it, you have to analyse our own norms, and then you have to combine the two parts. If you don't pay attention to the national laws and completely go for our own ways, you are going to fall."

27 Often, one might assume, this policy connects well with the more personal interest of authorities to consolidate their powerful position in their society.

28 Once in the Andean region of Perú, I had a long conversation with a police officer who by a cunning rhetorical performance in a village assembly, had just saved a presumed witch from being condemned to death and executed. In stead she had to leave the village for some years but was allowed to come back.

29 See Melanie Wiber's review of a book on "Nightwatch, the Politics of Protest in the Andes" (*Newsletter of the Commission*, Feb, 2002, 81 ff.). She quotes the phrase I cited from Lowenhaupt Tsing, Anna, "Becoming a tribal elder and other green development fantasies", in: Tania Murray Li (ed), *Transforming the Indonesian Uplands*, Harwood Academy Publ,1999.

30 A final aspect of this process of struggling for sociocultural survival as a distinct community is the stipulation of boundaries. Normally, communities are not homogenous; their "borders" are quite ragged. Local

characteristic of interlegality: *actors involved in conflicts between legal orders adopt elements of a dominant legal order, national and/or international, and the frames of meaning inherent in these orders, into the practices of a local legal order, and/or the other way round.*

Another important case shows how the process of interlegality also works the other way round and transforms the dominant law and policy into another kind that is more open towards indigenous *cosmovision*, perception of the good life, and practical ways of life. Esther Sanchez analysed the Colombian situation, how national law, courts and public officials deal with and respect or frustrate the official self-governing autonomy the indigenous peoples of Colombia got in 1991.[31] Moreover, in transnational law these peoples have got the collective right to be respected in their culture. In the course of this research, she presented various cases in which different cultural views and practices were confronted with the individualistic meanings and norms inherent in the dominant type of Western law and public administration. One case is about twins born to a U'wa family. In that society there is a norm that such twins have to be excluded from the U'wa world, which used to mean abandoning the twins in the jungle. The official family and child protection agency[32] got hold of the case and strove for adoption, while the U'wa leadership wanted to hold U'wa nation-wide deliberations and rituals to find out if this practice could change and if a way could be found to accept the twins into their own society. This takes time, however. Misunderstandings multiplied, but eventually some of the public servants from that agency slowly came to understand the local meanings and norms and started to revise their initial qualifications of the "facts" and gain a mixed view in which local elements and Western elements were combined. Finally, they revised the policy and helped the U'wa authorities to find a solution. This difficult process is in fact a process of interlegality in reverse. The Western practice of the family protection board has changed slightly. They have taken aboard worthwhile elements of the two cultures involved and found a solution on that intercultural basis.

One should not underestimate how complicated it is to "mix" not only rather concrete norms but particularly the deeper values that drive the various orders involved. The Canadian state attorney Rupert Ross wrote *Dancing with a ghost*[33] to show the Canadians how deeply the world views, notions about man, society and nature differ between

---

authorities don't like that. To prevent creeping assimilation, the leadership tries to define what they call the normal way of conduct in cases of conflict and to imbue the members, the *comuneros*, with the common sense of first passing through the village institutions, then to the central indigenous conflict-solving bodies, and only after having got permission, perhaps going to town, to national legal courts and police. Formally, at the time of doing this research, Bolivian Indian communities did not possess any official jurisdiction. But the local leaders tried to close the porous frontiers with the surrounding society.

31 Sánchez Botero, Esther, *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira, Decisiones interculturales e interés superior del niño*, PhD Universidad de Amsterdam, 2006, pp. 207-240.

32 The *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* (ICBF).

33 Subtitle: Exploring indian reality. Penguin Canada, Toronto, 2006 (1st edition Reed Books Canada, 1992) A kind of follow-up book by the same author is: *Returning to the Teachings, exploring aboriginal justice*. Penguin Canada, Toronto 2006 (1st edition 1996).

aboriginals and other Canadians and how very difficult it is to put yourself in the place of that other frame of meaning.

Finally, to prevent misunderstanding, I have to stress the fact that interlegality does not always imply such an active stance of people involved in the confrontation between legal orders. Often the mixing is far more implicit, fragmented, indeed chaotic and not part of someone's explicit and conscious doing.

6. International, transnational and non-state norms in the global world

In view of the abundance of normative regimes that regulate relations beyond state borders and provide overlapping and often conflicting norms that affect people and communities, we have to tackle the transnational and non-state legal regimes that are encountered in the global world. The interaction, tensions and conflicts between all these relatively new regimes of norms in many places in the world have a concrete impact on the lives, opportunities, and rights of people and communities, including the state and the nation. I have already introduced several examples of the relevance of these legal regimes on a global scale in the cases discussed in sect. 2, while below in sections 5 and 6 other examples will follow. These examples testify how strongly these new transnational regimes have contributed in the last 20 years to creating an even more pluralistic ensemble of overlapping and sometimes conflicting norms that people meet in daily life. These regimes are no longer the exclusive product of states and conventions between states. Global legal regimes are now produced by all kinds of international and/or "transnational" law-making bodies and platforms, like the World Trade Organisation (WTO) and World Health Organisation (WHO), the network of global big companies that produce a kind of proper private legal regime among themselves (Law Merchant, Lex Mercatoria), non-state platforms producing private[34] regulation of internet domain names (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN) or rules for sustainable forest management (such as the one regulating the FSC label). Furthermore, NGOs are initiating projects everywhere in the world and often impose their own development priorities as part of the conditions for getting their money and help, which are often called "project law". They use concepts like transparency of governance, gender equality, human rights, and sometimes private property as conditions for their "cooperation". This is often an offer that cannot be refused, at least not by the locals. On a far broader scale, the World Bank, IMF, and international consultants do the same. Whether or not these regulations can all be called "law" from some formal point of view is not too important. Sometimes, the term "soft law" is used. The main point is that all these regulations and conditions possess effective authority over the businesses

34 Mostly, this private regulation has the character of a public-private regulatory regime as the public authority often plays some role in it (see Bruner, Christopher, "States, Markets and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization", in: *Michigan Journal of International Law* 30, Fall, 2008, 125-176.

and people involved and have sufficient independence from state interference. Often states cannot just shut off their own domestic legal order and politics from the pressure exerted by these outside, globally produced norms. Not only has the state lost its position as the traditional centre of international law and independent taker of decisions (like whether or not it will accept international obligations), transnational law addresses more than just the states. In human rights conventions, for example, individuals are addressed as well and acquire the right to start procedures against their own state.

The point in enumerating all these regimes is not only that people and communities everywhere find their fate often deeply affected by all these global regulatory regimes, but in terms of legal pluralism there is an interesting parallel with the anthropological concept. For at least some international legal scholars,[35] it is characteristic of this global legal arena that there is often overlap and conflict but no neutral, uncontested and effective arbiter between all these legal regimes. There is "no common legal point of reference to appeal to for resolving disagreements; conflicts are solved through convergence, mutual accommodation or not at all," writes Krisch (2010: 69).[36] The Biosafety Protocol, for instance, negotiated in the framework of the Convention on Biodiversity (CBD), permits the parties, the states, to restrict or even completely prohibit the trade in products made on the basis of the genetically modified organisms (GMOs). At the same time, however, in its rulings the WTO define these trading restrictions under specific circumstances as unlawful, which may ultimately result in officially valid sanctions against the violating state. There is no body of conflict rules, some commentators say, that is widely accepted and effective in determining which body of norms takes priority in which kind of contradictory obligations, WTO rules or the Biosafety ones? The same problem is documented for the way trade rules affect the scope of multilateral environmental agreements. Some scholars do not view this situation as bleakly as I have sketched it, following Krisch who gives the GMO example.[37] These optimistic scholars recall the Vienna convention on the Law of Treaties and claim that this Treaty provides the means to draw a hierarchy between the various transnational legal regimes like WTO in relation to CBD. But scholars like Krisch uses the insights of political science to show that this Vienna system will not yield results in practice. The stakes involved, e.g. in the domain of GMOs and how to deal with them, are so high that in many countries significant parts of the population will resist the WTO-based striking down of import restrictions. Governments will not pay attention to suggested rules of collision drawn from the Vienna Treaty for internal reasons. He feels that the same will be true even if the countries prepare a special tribunal or other agency with the official competence to solve this kind of conflict. So for Krisch, an arbiter is not and will not be present. Hope that the world can still produce an effective and legitimate global web of

35 Like Berman, op. cit and Krisch op. cit.

36 These transnational regimes have overlapping and/or unclear jurisdictions while their relations are not and cannot be legally determined but rest indefinite, as Cotterrell formulates it (op. cit).

37 Krisch op. cit, p. 194 ff. For the unresolved clash between environmental agreements and trade rules (WTO) see the briefing paper "Is the WTO the only way", by Friends of the Earth Europe, Adelphi Research and Geenpeace (2005?).

"interface rules", "conflict rules", "collision rules" is vanishing. We have to qualify the situation as one of *legal pluralism in international law*.[38]

Like the traditional anthropological approach, the missing arbiter is again seen as the decisive element to define legal pluralism and distinguish it from just legal *diversity*, which is the very normal, even essential core of any legal order.

But although the *term* legal pluralism is the same in both anthropological and international legal studies, the respective *concepts* of legal pluralism are quite different. The missing arbiter is there in both approaches, but in international law we are dealing with bodies of official law and formal authority, at least in the first place, and the lack of official accommodation and unity.[39] The anthropological scholars refer to a missing arbiter in the clash and negotiations between the many normative commitments of people in their daily lives. Even if these international scholars expand their concept of law and plead for realistic studies of overlap and conflict between these state and non-state as well as transnational regimes, they do this from a normative preoccupation. Berman, although mainly analysing as an anthropologist, asks about the good and the bad aspects of such a legal kind of pluralism in the global legal world, and discusses ideas of whether and how to regulate this pluralism in such a way that the international legal order is not completely fragmented and chaotic. This is the typical concern of any professional lawyer, either nationally or internationally oriented.[40] The anthropologist studying cases of legal pluralism is normally not eager to engage head on in a normative debate about e.g. whether or not the presence of some body of norms like indigenous law is good or bad in its conflict with state legal norms. Should one take sides in the emancipist struggle or instead call for assimilative policies? In this blunt form no anthropologist can or will defend this way of taking sides as

38 Later on we will see that even in *domestic* law, that is, national state law, some commentators talk about state law legal pluralism to indicate tendencies within state law that do away with the cherished notion of state law forming a neat and constantly reconfirmed unity of norms and principles, thanks to the work of legal theorists and particularly an elaborate collection of "neutral" and generally legitimate courts and other arbiters, like legal professionals doing doctrinal research. The suggestion that this is not the case is discussed further in sect. 7.

39 Some international law scholars like Berman incorporate elements of the social sciences in their approach, expand considerably their concept of law, and eventually come to reason and argue as anthropologists. Like the anthropological scholars, he wants to study the *de facto* normative commitments and not their formal status, so he asks which statement of authority tends to be treated as binding in actual practice and by whom (Berman, op. cit, p. 237). Less successful however is his attempt to indicate the nature of these communities and how they can be delimitated and studied, particularly in transnational and non-state global law. Obviously, these communities are not like "national societies" (which is not a clear concept either). What "social community" is responsible for the trade rules formally produced by the WTO?

40 Krisch, for instance, suggests that such pluralism is not as bad as the often used term "fragmentation of international law" suggests. Through all kinds of dialogue and communication efforts between states, variable collations and many rounds of contacts, we can expect forms of cooperation to come to solutions. He gives examples of such global streams of ongoing communications, a kind of worldwide negotiating or interactive governance. Pluralism in international law could be a blessing for the world. This kind of normative design is indeed demanded by legal doctrine. In my article, however, this is not a theme to be pursued further.

part of the scholarly commitment. Some, like myself, are indeed deeply inspired by what we see as an urgent need to reconstruct national societies and the states into real multinational, multicultural and in that sense equalitarian forms of society.

Some legal scholars not only reflect on the means to restore unity or at least forms of regular dialogue in the international –and for that matter also national– pluralist legal order, they also defend the view that taking the concept of legal pluralism seriously implies taking sides. According to Melissaris,[41] for instance, if a scholar feels justified using the concept of legal pluralism while analysing clashes of state law and non-state law, then he is committed to taking sides with the non-state law. In his concept of "law", he goes further than most scholars, even those like Berman who characterize "law" without reference to the core elements of Western state law. Melissaris is looking for the "right" concept of law. This should be done by participative research in a specific community to try to understand to what ways of life people feel committed as "law", and why. So far, I can agree with this approach. But Melissaris feels that grasping this "internal point of view" is not possible without taking sides, in other words concluding that this community has the right to be recognized as a law-giver of an equal rank to the nation-state or transnational law-givers. The competing views of what the law "is" should not be oppressed, reneged, or negated by state or transnational authorities. It is a jurisdictional claim as solid and justified as e.g. state law jurisdictional claims. I myself feel that this is going a step too far, at least for someone dedicated to anthropological scholarship. Take, for instance, the point that Melissaris does not even hesitate to call the discourse of a nightclub bouncer and the queue of people who want to get in as "legal" and calls the norms at stake "law". Is this a jurisdictional claim as good as a state law claim, or for that matter the claim from an indigenous community to have their law recognized?

7. Internal conflict rules and distinct communities

In the world of transnational law we encountered the missing arbiter. And the same problem, a lack of effective and neutral conflict rules, was met in the empirical studies of legally plural instances within the national society: state law more often than not cannot live up to its promises that it will determine priorities between conflicting bodies of norms. Thus, state law is often not the conflict rule par excellence.[42] In this section I want to expand on this theme by analyzing a specific kind of conflict rule and the position of distinct communities. This section therefore does not deal with purely functional associations.

41 Melissaris, Emmanuel, "The more the Merrier? A New Take on Legal Pluralism", in *Social and Legal Studies*, 13, 2004, pp. 57-79.

42 In the literature this (weak) state law role as conflict rule is not expressed in terms of conflict rules because the term is reserved for the typical official legal discourse about conflicts between inter- and transnational legal regimes (as well as for rules in domestic law that would determine what law goes first in case of conflicts in international marriages or business contracts). The term I want to use has an empirical content and relates to what happens in real life if there is a conflict between legal orders.

Sometimes conflicts between the law of distinct communities and state law and other official legal regimes are dealt with in specific ways to accommodate the one legal order with the other(s). Sometimes, then, legal pluralism is tackled head on. In the Mayan case a form of official recognition of legal pluralism is encountered, albeit a weak one. In other cases distinct communities obtain a collective right to their ancestral lands (and sometimes to some subsoil resources as well) partly because transnational regimes require the state to recognize such rights. In all such instances of recognition of local authority and law, either in a broad or a smaller range of domains, we encounter *internal conflict rules*.[43] They may be defined as follows: *legal rules, part of national law, that define the scope and limits as well as personal and material competence of an officially recognized indigenous (or other distinct, community-based) jurisdiction and/or of an officially recognized, community-based authority to manage the land*. These rules also establish the procedures to solve problems of "mixed" cases and conflicts over jurisdiction between this indigenous justice and the official one.[44] I again have to stress immediately that although I called them "legal", these official rules are not to be approached from the legal point of view but taken seriously only to the extent that they are implemented in reality and have some real impact on the way conflicts between indigenous and state legal orders make themselves felt. Therefore, we have to study firstly what internal conflict rules have been imposed in the existing schemes of recognition of indigenous authority and justice and/or matters of collective land rights and what is the likelihood that these rules are implemented.[45] Secondly: what is the impact of these rules on the opportunities the local communities have to rule themselves, to follow their own policies of development, and to determine their own future autonomously? In other words, what is the effect of specific internal conflict rules on the legal and socioeconomic empowerment of the people involved? This is a new theme that has to be studied urgently. This research has a very specific upshot and is not primarily involved with the broader context a distinct community is involved in, like the array of circumstances, including major and enduring power differences that empirically make or block opportunities for local people to take advantage of new legal rights, to fight discrimination, and to defend their territory. The broader context has to be taken into account even if one does not study the whole balance of power between the community and the state, but "only" the nature of the internal conflict rules and how they impact on local communities' prospects for determining their own path to the future.

Regarding the internal conflict rules themselves, there have been very few cases so far in which a legislator has laid down the "organic law" that is often required in constitutional grants of official competences in matters of self-governance and communitarian justice for distinct

43 'Internal" to distinguish this category from conflict rules to be found in international private law and in international law regarding the possible harmonization of conflicting norms and decisions from different legal regimes.

44 Or, in the land rights case, conflicts between the new land management powers of local groups and state competences.

45 Or are being debated in serious projects to do so, like the one currently underway in Ecuador.

communities.[46] Sometimes a court steps in and develops criteria about where and how to draw a line, as has been done for many years now by the Colombian Constitutional Court.[47]

Politically speaking, this topic is far too sensitive to be solved in law and political regulation, at least when identity-based (often: indigenous) institutions are at stake. As far as I am aware, there are hardly any examples available of a well-organized and legally coordinated relation between state and non-state justice drafted and passed on the legislature level. However, drafts of coordination rules are abundant in Colombia, Ecuador, and Bolivia.[48]

One item in possible coordination rules, often mentioned *in abstracto* in constitutions and also in ILO 169, is the conflict rule stating that people's local decisions should not violate the constitution, the laws and the internationally accepted human rights. There even seems to be a consensus that these limitations are only natural and obvious. In legal political or socio-philosophical reflections, many authors pronounce themselves in favour of the recognition of local jurisdictions while at the same time suggesting limits, sometimes in an overly optimistic or shall I say naive manner, for instance stating that "obviously local justice shall have to live up to principles of fair play and refrain from using corporal punishments" (just one example of many). May I quote briefly a fairly representative instance of this problem. In an interesting and useful IDLO paper, Ewa Wojkowska and Johanna Cunningham[49] describe and analyse possible justice reform through which customary systems may be recognized as part of the official legal order. But when it comes to a possible elaboration and discussion of internal conflict rules (in my terms), the authors gloss over this problem. Or, rather, they take a great many limits on and restrictions of the recognition of local institutions for granted. The point of departure of their analysis is often a gloomy and critical image of the quality of the local administration of justice. This may well be true in some specific cases, but not in others. While empirical studies of the functioning of extra-legal local justice institutions are available and provide food for critical reflection, a discussion of possible concrete and partially elaborated internal conflict rules is not to be found in this report, nor is reference made to the possible consequences for community empowerment that might be attributed to the introduction of such conflict rules.

46 Recently, David Pimentel wrote a nice piece in which he gives a systematic overview of the main principles that could be used to order the relations between national (state) jurisdiction and local jurisdictions. See "Legal Pluralism in post-colonial Africa: linking statutory and customary adjudication in Mozambique", available at SSRN: htpp://ssrn.com/abstract=1668063.

47 More about the Court's rulings in Hoekema, André, "A new beginning of law among indigenous peoples", in: Feldbrugge, F.J.M. (ed.) *The Law's Beginning,* Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2003, pages 181-220.

48 See Ibid., annex. At the time of writing this essay, an intensive parliamentary discussion takes place in Ecuador about a proposal for a law to coordinate indigenous administration of justice and the national one. (*Proyecto de ley orgánica de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria*).

49 Wojkowska, Ewa and Cunningham, Johanna (2009), *Justice reforms's new frontier: engaging with customary systems to legally empower the poor*, IDLO Rome 2009.

The picture is a bit brighter in the matter of legalizing local tenure arrangements. For instance, the new land laws of Tanzania grant power to the villages to manage and regulate the land according to customary law. These laws are very detailed and contain many internal conflict rules. But this is exceptional.[50] In my article, "If not private property, then what?",[51] I discuss a variety of these coordinating attempts and note many weak spots and missing links in the set of internal conflict rules that are in place.

The second question, how the conflict rules impact the empowerment of the local communities, is still an unknown area given the scarcity of examples. I have to speculate here. Suppose some form of recognition of local, communitarian justice is officially instituted. With this recognition local institutions are given power to adjudicate certain disputes and develop their own norms for dealing with disorderly behaviour. But when that local justice is required

- to respect internationally guaranteed human rights,
- to refrain from what is called –without definition and discussion– corporal punishment,
- to provide legal professional representation to the accused,
- to give the villagers a choice either to go to the traditional system or to opt for the state judge,
- to require that the local rules and practices be put in writing and the cases noted in a register,

while the local competence is restricted to a specific list of minor cases,[52] then the local system is doomed from the very beginning.

The list I just produced is not the fruit of a morbid phantasy but paraphrased from various studies, such as Eva Wojkowska's UNDP report 2006, "Doing Justice: How informal systems can contribute".[53] Moreover, this list fairly truthfully describes the nature of the conflict rules imposed when Mayan communitarian justice was recognized in the Mexican state of Quintana Roo (see above, sect. 2). The conflict rule states that the Mayan judges have to act in strict compliance with human rights, otherwise their decision is invalid because it is illegal, and this rule is fairly strictly enforced.[54] Moreover, the indigenous justice is not

50 And the level of detail is such that real implementation possibly will not come forward or only haphazardly.

51 Hoekema, André, "If not Private Property, Then What? Legalising Extra-legal Rural Land Tenure via a Third Road", in Jan Michiel Otto and André Hoekema (eds.), *Fair Land Governance. How to Legalise Land Rights for Rural Development*, Leiden University Press, Leiden, 2012, pp. 135-180.

52 Van Cott e.g. asks what the linking of this informal justice system to the state system might mean? She underscores the authority, flexibility and dynamism of the local system that flows from its uncodified character and suggests: "Is this authority, flexibility and dynamism lost if community authorities become agents of the state?" The question is raised, but not studied, alas. (Van Cott, Donna Lee, "Legal pluralism and informal community justice administration in Latin America", prepared for the conference Informal Institutions and Latin American Politics, Notre Dame, Indiana, USA, April, 2003).

53 The same tendency to claim a generous use of requirements, conditions and restrictions for recognizing local justice is to be found in "Local, not traditional justice; the case for change in non-state justice in Indonesia" by Matt Stephen (in World Bank, Justice for the Poor Program, Social Development Unit, Jakarta, 2006).

54 Herrera, op. cit., p. 74.

obligatory for the Maya, it is defined as alternative only.[55] If, notwithstanding these very restrictive conflict rules, Mayan traditional authorities do cunningly use their limited powers, it might well be that the Mayan communities could take advantage even of this very small grant of recognition for their communitarian law and doing justice, as Herrera predicts.[56]

But we have to confront the question of whether or not implementation of this list of restrictive conflict rules is directly or indirectly pushing the community into becoming something else. For some outsiders, and perhaps for some insiders, this means something positive: the community is at last forced to adopt the traits of a modern rule-of-law society. Others are not so sure. They ask, in terms of a 2009 ICHRP Geneva report,[57] whether that customary order, indeed the life of the community as such, can still be called *indigenous* after having lived under the new and very tight recognition regime for some time.[58] We see here intriguing questions arising about legal empowerment on the community level. While some groups or fractions of the community may be empowered through the list of requirements to fight for a better position within that community –a matter very much in the mind of the writers of the ICHPR report just quoted– it may well be that instead the community loses opportunities to develop, reconstruct and externally defend its indigenousness.[59] It might for instance not be able to ward off mining projects and other forms of encroachment on their territory.

I can only introduce these questions, knowing that the research into this matter is practically absent[60] at least in terms of grants of (semi-)autonomy for local law and justice. In the other situation, however, grants of a right to regulate and manage their own land, concerning effects of conflict rules on local life, there is a bit more research or at least serious questioning, as in Tanzania.[61] There are some grounds for optimism. In a recent

55 Herrera, op. cit., p. 183.
56 Ibid., p. 149.
57 When legal worlds overlap: human rights, state and non-state law, ICHRP, Geneva, 2009, pp. 31-32.
58 Presuming the regime will be implemented…!
59 The case of introduction of local mediation-like institutions or ADR platforms (alternative dispute resolution) is different. ADR is not about respecting indigenous norms, culture and institutions, but about quick and efficient problem-solving. Therefore, ADR does not raise intriguing questions about recognizing "separate" legal orders and "loss of state power".
60 I know of at least one attempt to follow this route. A research group led by Prof. Eva Brems of Gand University (Belgium) wants to take note of the conflict rules recently introduced in South Africa and Bolivia. Together with Colombia, and some examples from the USA and Canada, these countries may form the small block of cases with better elaborated internal conflict rules
61 Take the case of women and land in rural Tanzania. Is local practice changing for the better *because of the new land laws*, meaning that in matters of land tenure, women fare better "because of" this rule and its socialization on the ground? To investigate this, we need to study concrete events of, for example, the inheritance of land by women, particularly widowed women, as well as internal opposition against discriminatory practices, possible pressure groups, the presence of a local NGO or CSO working together with women's groups to pressure the traditional authorities and the village council, etc. Only along these lines could we get an impression of the ways in which women in these villages are empowered. Moreover, we would have to know the general context of the situation as well as the "baseline situation" (how local life

legal anthropological conference in Lima (Peru) in August 2010,[62] I convened a workshop about the impact of conflict rules in cases of granting distinct communities the right to administer their own justice. Some relevant papers were submitted.[63] I shall summarize three of them briefly below.

Traditional communities in Peru have obtained official jurisdiction to deal with cases of local conflicts, restricted by the usual reference to the non-violation of human rights. As Piccoli describes, a point of legal interpretation is the first hurdle to take. Do "conflicts" also cover "crimes", or are crimes still the exclusive domain of the police and other state authorities? Local leaders are regularly arrested after having dealt with some cases in the local way, e.g. cattle theft. They are charged with having exceeded their competence. In some places in the Department of Cajamarca, local authorities and various police stations/officers have found ways to engage in a peaceful cooperation and take advantage of each other's strong points. Whether this is the effect of individual personalities on both sides or an example of a more general trend remains to be seen. Restrictive conflict rules and interpretations can be put aside by good personal relations. The case, however, does not emphasise how and to what extent the present conflict rules block local judicial empowerment; it shows how conflict rules even of the restrictive type will not have the last word in the question of how local jurisdictions will develop. In a way this shows the restrictions of my own research into the possible effects of conflict rules. Life is always stronger…

In a case in the Mexican state of Oaxaca, Eisenstadt analyses how indigenous municipalities were officially endowed with the competence of selecting their authorities in their own "traditional way", following what is called "*los usos y costumbres*". Practically no conditions have been set on the way to do it and how to evaluate the results, so here we witness a lack of conflict rules, a kind of unconditional grant of autonomy (albeit only in a very small area of law and public life). It turns out that the local way of selecting authorities is a male affair. Local women started rallying to fight this bias. Here the morale is the

functioned before the recognition came) so as to be able to gauge whether or not some more general tendencies are already working towards a better local legal and social position of women quite apart from any possible effect of the conflict rule I quoted. Such empirical longitudinal evaluative research is very scarce, however.

62 The conference was organized by RELAJU, which is the name of a network of Latin-American legal anthropologists, lawyers, political scientists, and others interested in legal anthropology and in the practice of how to build a genuine multinational society and legal order

63 Piccoli, Emmanuelle, "Justicia mixta en Cajamarca (Perú): análisis etnológico de un pluralismo práctico"; Eisenstadt, Todd A., "*Usos y costumbres* and postelectoral conflicts in Oaxaca, Mexico, 1995-2004"; Ramos Urrutia, Irene, "El reconocimiento del derecho a la autonomía organizativa de los pueblos indígenas, representantes formales de los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana (Comunidades nativas): entre Jueces de paz, notarios y registradores públicos)"; Torres Wong, Marcela, "Codificación de normas indígenas en una comunidad Awajun de Datem del Marañon: estrategias de defensa territorial y redefinición de identidades". Emmanuelle Piccoli wrote an article entitled 'Las rondas campesinas y su reconocimiento estatal, dificultades y contradicciones de un encuentro: un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca, Perú', in: *Nueva Antropología*, XXII, núm. 71, julio-diciembre de 2009, Ciudad de México, pp. 93-113.

following (as I see it): where there are local problems (call these deficiencies), which conflict rules do not address,[64] it is possible that some form of internal struggle will manifest itself inside the communities.

Again in Peru, Ramos deals with the way lowland indigenous communities are legally entitled to become a legal person, an essential condition to make themselves understood and have some voice in the many decisions imposed by governmental entities that result in potential or real encroachment on indigenous land, like mining companies that obtain a concession from the government in disregard of the territorial rights of these groups as prescribed by ILO 169, of which Peru is a member. Now, here come the conflict rules. How does one become a legal person? The communities have to go through an extremely long and expensive procedure, in which obstacles are erected at almost every step. Nevertheless, there are some communities which manage to overcome these complications. Here we have a clear example of conflict rules that practically block the possibility to obtain what the law promised, and thereby to develop a better capacity (be better empowered) to autonomously defend their interests.

Through these empirical studies we are slowly starting to see that after having obtained some form of recognition for their local authorities and ways of administering justice – formal legal pluralism – a new struggle starts for the communities involved, the struggle to obtain a genuine form and space for exercising (semi-)autonomy in some matters. Moreover, the often very restrictive conflict rules sometimes make the scheme a sham from the beginning or, if not, at least pose severe problems to be overcome within the communities. Nevertheless, opportunities are seized at some times and some places, and new, more respectful relations between these communities and people and the dominant state are starting to manifest.

8. Communal land tenure and legal pluralism

For more than a century now, local, communal land tenure arrangements have been bitterly attacked in the name of evolution and development presumed to be served only by Western private property. But the striking level of empirical legal pluralism in land rights regimes has not disappeared. On the contrary, local communal land tenure in many countries is still alive and considered an asset for development and poverty reduction. Various official land rights laws now officially build on local tenure arrangements. Variations from country to country and also often from region to region remain very great empirically speaking, while the kind of land rights laws that make customary tenure partly official also show a bewildering range of differences. In these new style land law reforms, good advice from Lavigne Delville[65]is

64 Or also when conflict rules do cover this problem, or when they cover the problem but do it in a clumsy or unworkable way.

65 Lavigne Delville, P. "Harmonising Formal Law and Customary Land Rights in French- speaking West Africa", in Toulmin, C. & J. Quan (eds.), *Evolving Land Rights, Policy and Tenure in Africa*, IIED, London,,2000, p. 116.

the clue: 'Rather than suppressing legal pluralism by absorbing one system into another, the aim is to retain the most dynamic aspects of each'. And this mixing or hybridization of elements nowadays is done in many places where governments take local law into account when designing the new land law but also test and reform it against standards of human rights, gender issues, accountability of authority and so on.

A common feature of these land law reforms is the fact that they somehow try to bridge the gap between local, customary rules and state, formal rules, that is, to build a formal state land law on extra-legal grounds, if not on still functioning local law then at least on local needs, interests and sensibilities. This ties in with the present-day stress on the participation of local stakeholders in almost any development project to prevent the project failing. This new land rights policy is furthered by transnational law, like the Inter-American Court of Justice in American countries [it severely reprimanded Suriname for not giving the indigenous peoples of Suriname communal (collective) title to their ancestral lands].[66] Also, "project law" nurtured by Western experts and consultants in development projects is favouring step by step a prudent approach to the problem of how to legalize rural, non-official land rights. In particular, the notion of communal land holding is being revalued to some extent. To give an idea of the main elements of communal land tenure, I reproduce a box summarizing some of the basics.[67]

9. Communal or community-based tenure

In the term *communal*, or what I prefer to call *community-based*,land tenure (after Lynch and Talbot), stress is put on the social corporation, the community, which lends legitimacy and effectiveness to the regime. It comprises both common pool resources shared and held by the collective as well as land on which individual and family use rights exist, alongside community rights to manage and control the land. Often these rights are long-term use rights. Typical for these systems is the role of kinship, territory or generally possessing the "identity" of the community (status) as a condition for being entitled to land. Let me define this institution of community-based ownership of land as a *complex of values, practices and procedures developed and enforced within a specific non-state community or people, regulating legitimate control and management rights as well as use, transaction and inheritance rights over a variety of forms of land like arable land, grazing areas, trees, forest, reserve lands, waters, etc., thereby combining rights in the hands of individuals, families, clans and the community itself or its authorities, often in the form of rights that with regard to a specific piece of land overlap in time or in place.*

66 Inter-American Court of Human Rights, Case of the Saramaka People v. Suriname. Series C No. 172 (2007), IACHR 5 (28 November 2007). For the text of the judgment see website www.worldlii.org/int/IACHR/2007/5.html

67 Taken from Hoekema. op. cit.

10. Community-based land tenure arrangements and moral economy

In community-based rural tenure arrangements, usually a local corporate entity is expected to act as a kind of trustee for the commoners, the villagers, the indigenous members. Be it a chief, another traditional authority, a "government" (*cabildo*),[68] it is this entity that has socio-political power over the land and is supposed to determine the general uses the land is put to, to solve conflicts, to control transactions among the insiders, to permit outsiders to acquire a piece of land or refuse them, to represent the people to the outside world. These management rights are justified by the need to keep the landmass intact, to preserve the land for the local people, to prevent absentee ownership of the land ("all the land to the tiller") and to care for former villagers or members who return from the urban areas or from war. Within the community, occasional redistribution takes place if a family sees its subsistence threatened because their children are running out of land. In this arrangement long-term use rights are assigned to individuals and/or families.

Often the use-right holders also have the right to bequeath the plot to children (although strictly speaking this is under the control of the local authority) and sometimes to rent or lease it out for a short period. Sales and other long-term transactions of alienation of land to outsiders are usually forbidden. While in these regimes notions of growth of production and individual market orientation are not absent, these systems aim primarily at the social security of a group. This is captured well in the title of an IIED (2004) brochure: *Land in Africa, market asset or secure livelihood?*[69] The need to survive, to help each other out, render crucial services for each other in harvesting and preparing fields, and the important element of being certain to obtain some piece of land somewhere in case of landlessness, these are features of livelihood security. Attached to every right in the community-based arrangement, we find obligations that can be called a "social mortgage" on your right. Others call it a "moral economy".[70] Authorities and ordinary people alike who possess the status of belonging to the community or to the people carry the moral obligation of stewardship for the benefit of present and future members of the community and the community at large. These obligations cannot be exhausted in a set of precise rules; they are *unspecified* and oblige people to care in a general way for the community and fellow insiders. Everyone is supposed to have the tact to know what this duty entails in some concrete setting and to respond to peer pressure to live up to it.

In legal anthropology this set of obligations is analysed as the embodiment of a principle of reciprocity. This principle implies an obligation of any right holder to restrain the pursuance of his individual interests in times of distress, redefine them and act for the greater benefit

68 A name given in Latin American countries to local indigenous leadership.
69 Quan, Julian, Su Fei Tan & Camilla Toulmin, *Land in Africa. Market asset or secure livelihood?*, IIED, London, 2004.
70 Robbins, Paul, *Political Ecology*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004: 151.

of the community out of "free will". But this behaviour is not free in the sense of having a choice, it is enforced by the community; nor is it free in the sense that it is a completely altruistic gift to others. On the basis of this contribution, everyone helps to maintain the social integrity of the community and may reasonably expect to be cared for in turn when subject to adverse conditions. A person is socially bonded, and this bondage embodies a specific solidarity.

As I wrote in the Introduction, the norms in a communal land tenure arrangement often reflect a set of beliefs and values about spiritual relations between man and nature, called a *cosmovisión* in Latin America. Many non-Western people nurture a meaning of what it is to be human which contrasts drastically with Western individualism. Studying ways in which indigenous peoples solve their problems of keeping order and restoring harmony between man, nature and the spirits, we encounter the notion of reciprocity in almost every relationship. Reading the account by Rupert Ross[71] about aboriginal thinking in Canada, one immediately grasps the wide gulf between the West and the aboriginal world with regard to the often implicit feeling and knowledge about how to live decently in a community and how to relate to others and to animals/nature.[72] The aboriginal emphasis on caring for others as well as for nature does not mean, however, that any notion of a personal self and of individual agency, desire and emotion is rejected. Rather, it is another way of perceiving the right balance between individual and general interests in caring for an integrated and just social life. Obviously, these notions also permeate the essence of the land rights and the obligations they carry with them.

These trends in land rights laws demonstrate how legal pluralism is tending to become a building block in designs of the legalization of land tenure. This is a complicated operation because it is not just a matter of a new law building on existing local tenure *norms,* it is partly a matter of taking aboard *values* that have almost died out in Western societies, like reciprocity. Anyway, this pluralism in land rights is no longer perceived as a sign of underdevelopment to be overcome by the introduction of private property.

But there is more. In recent times, some elements in the values underlying communal land tenure arrangements have again attracted attention regarding modern problems of governance[73] of natural resources in such a way that the inexorable depletion of the natural

71 Ross, op. cit.

72 Because of this strong difference between individualist versus non-individualist cultural norms, the clash between these land-holding rights and the Western private property approach is among the fiercest in all legal pluralist conflicts (Tamanaha, Brian Z., "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", in *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 375-410, p. 56). The article is also to be downloaded from htpp://ssrn.com/abstract=1010105.

73 Governance is defined as "a new mode of governing that is distinct from the hierarchic control model, a more cooperative mode where state and non-state actors participate in mixed public-private networks" (Mayntz, R., "New Challenges to Governance Theory", *Jean Monnet Chair Papers* 50, San Domenico (Italy), European University Institute, 1998, p. 7)

resources is slowed down. Liz Wily[74] describes such a new style of governance in forest management in Tanzania. The usual centralized, top-down state policies were a blatant failure. Empowering the local communities and creating institutions that foster a partnership between the local stakeholders and public authorities has led to far more successful management. Secure tenure and resource rights for local users are crucial to guaranteeing their position and motivating them to overcome a deep distrust of state power. Such cooperation is not forthcoming unless people are motivated by a sense of reciprocity. In this case one could build on still existing villages communities and the reciprocity people are familiar with. So a mix is constructed out of customary land tenure norms, Tanzanian national law, NGO project law and transnational law on matters of biodiversity, a very pluralistic set-up.

But the new construction has a far wider scope. This Tanzanian experiment is not restricted to this specific situation. It is aligned with widely applied development policies stressing the participation of local stakeholders and civil society actors in designing and executing public policies. These new platforms are supposed to promote cooperation between formerly antagonistic groups and corporations and thereby lead to more successful management of natural resources.[75]

The values inherent in reciprocity are also making their comeback in the Western world. Complicated problems, "intractable problems" as they are called by Schön and Rein,[76] such as how to regulate fishing effectively and save fish stocks from total depletion, are now being tackled by new coordinating institutions designed to foster partnership between all stakeholders.[77] Antagonistic public-private interactions may slowly turn into more cooperative relations, and these in turn may foster mutual trust and in the end a renewed sense of reciprocity.

While the life of "old communities" and the resilience of their ethos of reciprocity are tied to very specific conditions that cannot be reproduced in highly developed countries, there is something to learn from them. Reciprocity under favourable circumstances can return in

74 Alden Wily, Liz, "From State to People's Law: Assessing Learning-By-Doing as Basis of New Land law", In Jan Michiel Otto and André Hoekema (eds.*), Fair Land Governance. How to Legalise Land Rights for Rural Development*, Leiden University Press, Leiden, 2012, pp. 85-110.

75 An example is a UNDP project in Mongolia about sustainable management of grossly depleted grasslands. A project document says: "The goal of this project is to increase the welfare of herding families through the sustainable management of Mongolian grasslands. The main mechanism to achieve the project goal is to strengthen and formalize existing herding community institutions and to strengthen the linkages between them and formal governance structure and the private sector." The project was mainly financed by the Dutch government (UNDP Project MON/02/301, under "Background", website assessed 29-06-2006).

76 Schön, D.A. and M. Rein, Frame reflection. *Towards the Resolution of Intractable Policy Controversies*, Harper Collins Publ. (Basic Books), New York, 1994.

77 The spirit of this less command-and-control and more cooperative "horizontal" community-based forest management is clearly analyzed in Gregersen, Hans and Contreras, Arnoldo, *Rethinking Forest Regulations. From simple rules to systems to promote best practices and compliance, Rights and Resources Initiative,* Washington DC, USA 2010.

the *new* community-based institutions of governance of natural resources and thereby give legal pluralism a boost also in public administration, in the form of new modes of governance.

11. State law pluralism

My final point is to plead for studies of legal pluralism within one so-called legal order, for instance within "an indigenous legal order" or within state law. It is frequently assumed in legal pluralist studies that the two or more overlapping legal orders are complete and coherent by themselves, an object of study that somehow can be defined and outlined as a unitary phenomenon. But it is rather obvious that not much order is present in indigenous communitarian justice and its law, or rather: apart from the possibility of roughly outlining what the local law "is", it is very clear that "the law" has many facets that do not combine into a unity and cannot be perceived as something separate from reality. In doing justice to it, we always meet a manifold of different approaches, many often contradictory sources of justifying one decision rather than another one. Is "the law" to be found in the "acta", in "our customs since time immemorial", in those rules that emerge from the consensus in a general meeting of "all members"? There are no decisive unifying criteria at work, so many kinds of norms overlap and conflict with each other.

To turn now to Western state law, at first this seems implausible as state law is always presented by the legal profession as a coherent unity.[78] Sepsis about this claim opens the door to a debate about so-called "internal state legal pluralism"[79] and urges empirically minded scholars not to believe the usual legal doctrinal claim that the state legal order as such is a coherent unity. Let me provide an example of the usefulness of using legal pluralism in studies of Western state law. Long ago I supervised many investigations into the ways administrative law bureaucracies in the Netherlands applied the relevant rules, e.g. in matters of claims for social benefits. Time and again the researchers found important differences in the way different civil servant groups in different towns and regions determined the merits of claims for benefits. For example, claims submitted by students encountered more difficulties than ones from people who had worked hard for 35 years, had got laid off and finally had to apply for a benefit. This difference is not encoded in the law or standard jurisprudence. It is purely a matter of the way "the law" in its application by a group of civil servants reflects the specific meanings and policy this group brings to bear on deciding claims. Formally, these civil servants have no competence to take the decisions, they are only preparing the file for the authorities. But in daily life their judgement regularly decides the case *de facto*. Inside the apparatus of state law, there are many semi-autonomous

78 To some extent one can understand the reticence of legal theory to accept this idea. After all in domestic law, but not in international law, the problem of harmonizing different legal rules, different regimes and different legal authorities and law-making bodies is far less plagued by bitter contestation and highly politicized conflicts. But this does not mean that state law can be depicted as a coherent unity.

79 Particularly Gordon Woodman in his seminal essay in the *Journal of Legal Pluralism*, 1998, no. 42, pp. 21-59, has urged us to include this category in the general characteristic of the themes inherent in empirical legal pluralism.

social fields in Moore's sense.[80] In these fields norms and considerations in one region or even in the same agency overlap and conflict with those of another group as well as with official or less official interpretations of what the state law "is". The use of these local norms mostly goes unchecked, and the civil servants usually have the last word.[81] Through the workings of these social fields different facts are stressed, different qualifications are given to the facts selected, different principles of interpretation are used, different sources of law and bodies of norms are evoked, different policies are used to fill in open concepts, new social developments are taken into account in different ways, and new social norms are drawn from general tendencies in social morals and imposed. Different interpretations of legal rules are not harmonized but persist.

This sketch is a good description of the role of bureaucracies in legal practice, as well as a fair description of some other parts of the official, professional law positions as well, probably checked at times by the professional legal culture. One would have to know if such professional legal culture does exist in a country and what its main contents and procedures are. These professional devices help to reconstruct some degree of intellectual coherence and logical unity in the legal order by situating a decision in some kind of perceived order of existing rules and jurisprudence, and thereby manage to overcome some lingering inconsistencies, but leave many others in an indefinite state of conflict. Inevitably, on a wide scale we encounter "conflicting or inconsistent legal understanding within state agencies and between them in the same political society".[82]

In other state law systems that put less stress on the kind of logical unity we just discussed, or in states where law is a far distant, haphazard and highly irregular phenomenon, the anthropologist has no problem in pointing to striking instances of internal state legal pluralism. The Peruvian Water Law in Guevara's study has such an erratic presence in daily life that certainly a comparison between various places and regions demonstrates all kinds of contradictory applications that never get resolved in one legal unifying scheme of concepts and higher norms. This is an instance of state legal pluralism. Indeed, in empirical legal pluralist studies we constantly have to rethink critically the "central tenet of orthodox legal thought that the law of every state is derived ultimately from a single source, or from a few which are organised in a recognised hierarchy".[83]

80 Moore, op. cit.

81 In my civil servants example, clients whose request has been turned down do not often appeal to higher authorities, which helps to unbalance those legal mechanisms that are meant to bring order in legal decisions and their grounds. But also between various courts, among various jurisdictions (e.g. ordinary courts and specialized courts), and in different districts, such unruly pluralism is a lasting element in the real life of state law.

82 Cotterrell, op. cit., p. 4. This state of legal pluralism within state law is not the same as the phenomenon of legal diversity, like applying different considerations to determine if a tort is committed for experienced business people compared with lay people. This is just legal diversity. In legal theory and textbook practice, normally these differences are easily brought into a wider logical frame and therefore are not to be called inconsistent, overlapping or conflicting.

83 Woodman, op. cit., p. 52.

12. Some final remarks

When scholars use the concept of *legal* pluralism to analyse the many community-based norms people usually feel committed to follow, two important steps have been taken. The anthropologist calls such norms legal, talks about legal orders as being the product of distinct communities and functional associations, and does not reserve this qualification for norms officially baptised as state law. Secondly, such a scholar also claims that state law as a matter of fact often does not possess the exclusive and highest power to regulate and solve overlaps and conflicts between these various legal orders. There is no arbiter effectively indicating which order goes first. These two steps mean dethroning state law as the exclusive regulatory and engineering power in society. Another point to make is the fact that legal pluralism is not only an illuminating concept for studies of colonial or post colonial societies but also for Western societies where the terminology surfaced rather recently but the concept has been around already since the early 20th century legal sociology (Ehrlich, Gurvitch *et. al*).

In the last 20 years or so the same legal pluralist situation has arisen *beyond* the state boundaries, in the global world. Many globally operating communities forming all kinds of transnational corporations, public or private or mixed, produce and enforce normative regimes that the anthropologist, again, calls legal. Many of these regimes affect local people, local communities and also states. Clashes between the transnational regimes are a regular event, e.g. between WTO rules, Biosafety rules, Multilateral Environmental Agreements, or World Health Organisation regulations. Many experts, also among international law scholars, know that in this world of conflicting transnational legal regimes there is no neutral and effective arbiter either.

Only by analysing the confrontations and negotiations between all these legal orders, using a variety of scales, global, national, local, can we find out what and how official law works out in society and how people and communities use some legal elements and fight others. Several questions call for further study. For instance, attention can go to the many ways in which one legal order takes over elements of another one and vice versa: interlegality, producing hybrid legal orders. In this essay many instances of interlegality have been discussed. More fundamentally, one would do good to concentrate on local people and communities and to find out what these actors stand to gain or to loose from the plurality of legal orders that appeal to them and from the contests and conflicts between these orders. In this essay for instance I referred to the fate of the law of distinct communities like indigenous peoples. They often had –and still have– to defend their legal order and their survival as such against pressure from state and state law to suppress pluralism. They have to try to survive as a specific culture in a world in which global commerce, global extractive industries and massive tourism relentlessly homogenize the world. But some recent transnational legal regimes provide these peoples with some opportunities to rally against the state and its law and get an official right to rule themselves and determine their own future.

Another battle about legal pluralism is fought in the domain of resource tenure and environmental governance. In terms of land rights the plurality of land tenure arrangements

including communal land tenure, is now officially taken more seriously and sometimes used as a jumping board for reforms in state land law rights that respect local conceptions of land and resource tenure and the communal values behind these. Transnational law, including "project law" of some NGO's, World Bank and other donors, tends to step back form earlier repression of local law and to accept more legal pluralism.

The future of the distinct communities and their law, however, is not a bright one. But it is different when looking at functional associations. These will constantly grow in weight in complex societies and will force states as well as transnational regulatory centres to forget about top down forms of law, and give legal pluralism a boost in public administration, in the form of new modes of governance. It may even be so that in this roundabout way distinct communities may find new opportunities to prevent their dying out.

13. Bibliography

Alden Wily, Liz, "From State to People's Law: Assessing Learning-By-Doing as Basis of New Land law", in Jan Michiel Otto and André Hoekema (eds.), *Fair Land Governance. How to Legalise Land Rights for Rural Development*, Leiden University Press, Leiden, 2012, pp. 85-110.

Benda-Beckmann, K. von, "Transnational Dimensions of Legal Pluralism", in Fikentscher, W. (ed.), *Begegning und Konflikt- eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, C.H.Beck Verlag, München, 2001, pp. 33-48.

Berman, Paul Schiff, "The New Legal Pluralism*", in Annual Review of Law and Social Science, No.* 5, 2009, pages 225-242, also available through SSRN.com/abstract=1505926.

Bruner, Christopher M., "States, Markets and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization", in *Michigan Journal of International Law,* No. 30, Fall 2008, pp., 125-176.

Burke-White, William W., "International legal pluralism", *Michigan Journal of International Law,* 12/7, summer 2004, pp., 963-979.

Cotterrell, Roger, "Spectres of Transnationalism: Changing Terrains of Sociology of Law", *Research paper,* No. 32, 2009 Queen Mary University of London School of Law, available at SSRN.com/abstract=1476954.

Cotterrell, Roger, "What is transnational law", *Research Paper Queen Mary University of London, School of law*, No. 103, 2012, available at SSRN.com/abstract=20211088.

Gregersen, Hans and Contreras, Arnoldo, *Rethinking Forest Regulations. From simple rules to systems to promote best practices and compliance, Rights and Resources Initiative,* Washington DC, USA, 2010.

Guevara Gil, Jorge Armando, *El derecho y la gestión local del aqua en Santa Rosa de Ocopa, Junín*– Perú, Lima, Ara editors, 2011, pp. 238-259.

Guevara Gil, Jorge Armando, "The legal and not so legal practices of a development project. The improvement of the main canal of the Santa Rosa de Ocopa Irrigators Committee (Junin, Peru)" paper for the conference of the global Commission on Legal Pluralism held in Cape Town (South Africa), September 2011.

Herrera, José Israel, *Unveiling the face of diversity: Interlegality and legal pluralism in the Mayan area of the Yucatan peninsula*, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2011.

Hoekema, André, "A new beginning of law among indigenous peoples", in: Feldbrugge, F.J.M. (ed.) *The Law's Beginning,* Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2003, pp. 181-220.

Hoekema, André, "If not Private Property, Then What? Legalising Extra-legal Rural Land Tenure via a Third Road", in Jan Michiel Otto and André Hoekema (eds.), *Fair Land Governance. How to Legalise Land Rights for Rural Development*, Leiden University Press, Leiden, 2012, pp., 135-180.

ICHRP*, When legal worlds overlap: human rights, state and non-state law, ICHRP Report*, Geneva, 2009.

Inter-American Court of Human Rights, Case of the Saramaka People v. Suriname. Series C No. 172 (2007), IACHR 5 (28 November 2007). For the text of the judgment see website www.worldlii.org/int/IACHR/2007/5.html

Just, Peter "History, Power, Ideology and Culture: Current Directions in the Anthropology of Law" in *Law and Society Review*, No. 26, 2, 1992, pages 373-412.

Krisch, Nico *Beyond Constitutionalism*. *The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press 2010.

Lavigne Delville, P., "Harmonising Formal Law and Customary Land Rights in French- speaking West Africa", in Toulmin, C. & J. Quan (eds.), *Evolving Land Rights, Policy and Tenure in Africa*, London, IIED, 2000, pp., 97-121.

Lowenhaupt Tsing, Anna, "Becoming a tribal elder and other green development fantasies", in Tania Murray Li (ed), *Transforming the Indonesian Uplands*, Harwood Academy Publ, 1999.

Mayntz, R., "New Challenges to Governance Theory", *Jean Monnet Chair Papers, No.* 50, San Domenico (Italy), European University Institute, 1998.

Melissaris, Emmanuel, "The more the Merrier? A New Take on Legal Pluralism", in: *Social and Legal Studies*, No. 13, 2004, pp. 57-79.

Moore, Sally F., "Law and social change: the Semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review*, No. 7, 1973, pp., 719-746.

Nader, Laura, *Harmony ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford University Press, Stanford, 1990.

Orellena Halkyer, René, *Interlegalidad y Campos Jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*, Ph D Universiteit van Amsterdam, 2004.

Piccoli, Emmanuelle, "Las rondas campesinas y su reconocimiento estatal, dificultades y contradicciones de un encuentro: un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca, Perú", en *Nueva Antropología*, Ciudad de Mexico, XXII, núm. 71, julio-diciembre de 2009, pp. 93-113.

Pimentel, David, "Legal Pluralism in post-colonial Africa: linking statutory and customary adjudication in Mozambique", available at SSRN: htpp://ssrn.com/abstract=1668063.

Quan, Julian, Su Fei Tan & Camilla Toulmin, *Land in Africa. Market asset or secure livelilhood?*, IIED, London, 2004.

Robbins, Paul, *Political Ecology*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

Ross, Rupert, *Dancing with a ghost. Exploring indian reality*, Penguin Canada, Toronto, 2006 (1st edition Reed Books, Canada, 1992).

Ross, Rupert, *Returning to the Teachings, exploring aboriginal justice*, Penguin Canada, Toronto 2006 (1996).

Sánchez Botero, Esther, *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira, Decisiones interculturales e interés superior del niño*, PhD Universidad de Amsterdam, 2006.

Schön, D.A. and M. Rein, Frame reflection. Towards the Resolution of Intractable Policy Controversies, Harper Collins Publ. (Basic Books), New York, 1994.

Stephen, Matt, "Local, not traditional justice; the case for change in non-state justice in Indonesia", in World Bank, Justice for the Poor Program, Social Development Unit, Jakarta, 2006.

Tamanaha, Brian Z., "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", in Sydney Law Review, vol. 30, 2008, pages 375-410), available at htpp://ssrn.com/abstract=1010105.

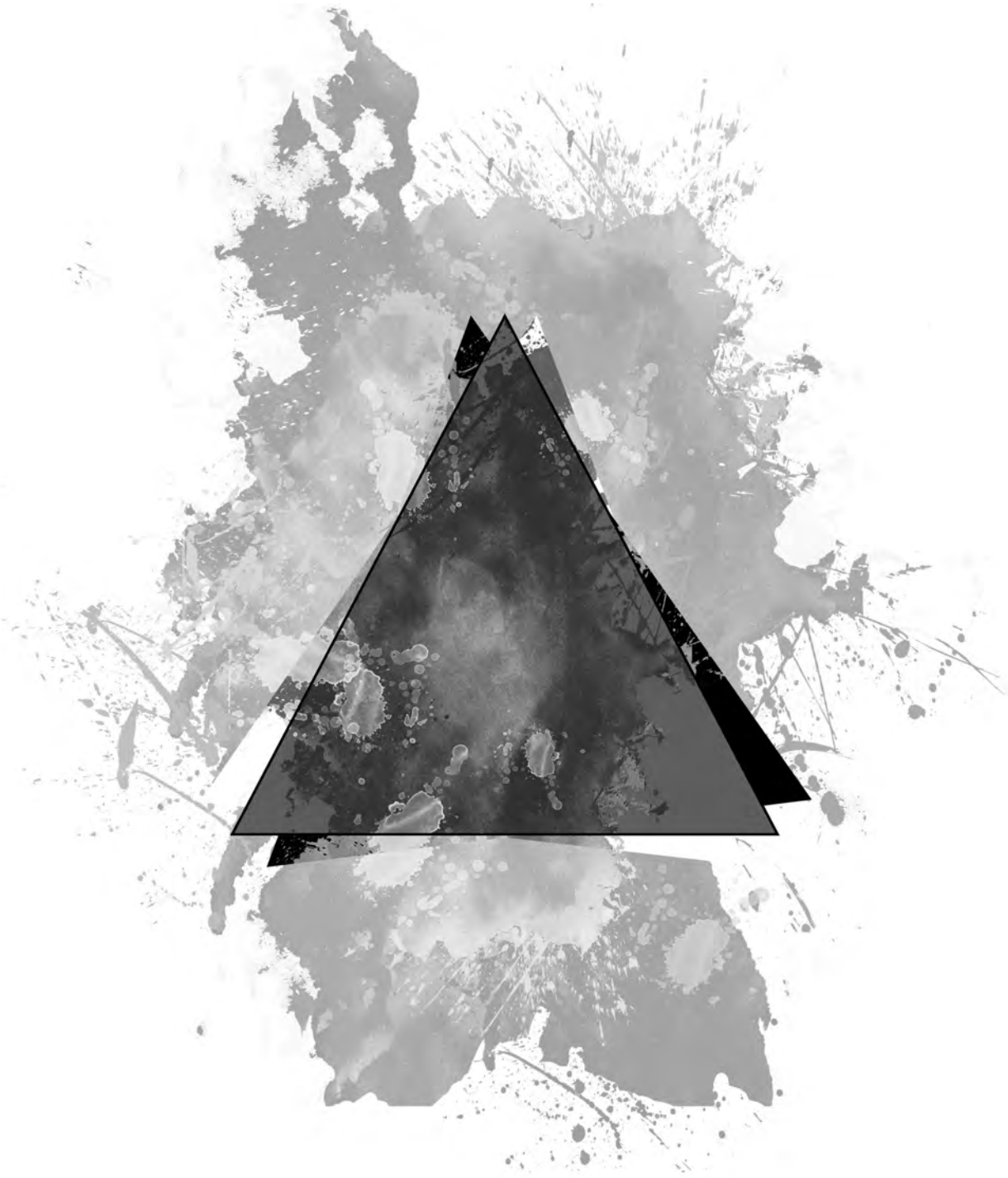
Tully J., *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Van Cott, Donna Lee, "Legal pluralism and informal community justice administration in Latin America", prepared for the conference Informal Institutions and Latin American Politics, Notre Dame, Indiana, USA, April, 2003.

Wiber's, Melanie review of a book on "Nightwatch, the Politics of Protest in the Andes" (*Newsletter of the Commission*, Feb. 2002, 81 ff.).

Wojkowska, Ewa and Cunningham, Johanna (2009), *Justice reforms's new frontier: engaging with customary systems to legally empower the poor*, IDLO Rome 2009.

Woodman, Gordon R., "Ideological Combat and Social Observation. Recent Debate about Legal Pluralism", in *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, 1998, pp. 21-59.



Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos

Antonio Carlos Wolkmer[1]

Sumario

1. Introducción – 2. Procesos de Mundialización y Acciones Política Contra-Hegemónicas – 3. Pluralismo Jurídico en la Perspectiva de la Alteridad y de la Participación – 4. Derechos Humanos: su Dimensión Intercultural y Emancipatoria – 5. Bibliografía.

Resumen

El autor demuestra que, en comparación con los recientes procesos de dominación y exclusión de la globalización neoliberal del capital, es imprescindible destacar la nueva legitimidad emancipadora y anti-hegemónica de la ley. Es, de hecho, la introducción de un nuevo paradigma, una especie de pluralismo jurídico de tenor democrático y participativo, capaz de suministrar como un instrumento de resistencia y afirmación a los nuevos derechos humanos.

1. Introducción

Uno de los mayores retos en este inicio de nuevo milenio es cómo tomar parte de este escenario de mundialización neoliberal, pero sin dejar de ser consciente y actuar en el ámbito cultural de la diversidad y de la legitimidad local. Se trata de repensar un proyecto social y político contrahegemónico, capaz de reordenar las relaciones tradicionales entre Estado y sociedad, entre el universalismo ético y el relativismo cultural, entre la razón práctica y la filosofía del sujeto, entre el discurso de integración y de diversidad, entre las formas convencionales de legalidad y las experiencias plurales no-formales de jurisdicción.

---

1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 1977). Especialista en Metodología en Educación Superior por la UNISINOS (1980). Magister en Ciencia Política por la Universidad Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 1983) y Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC, 1992). Profesor titular de los cursos de licenciatura y posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, investigador del CNPq nível 1.

Resignificar otro modo de vida empuja a la dimensión cultural por otras modalidades de experiencia, de relaciones sociales y ordenaciones de las prácticas emergentes e instituidas. En tal intento, la prioridad no estará ubicada en el Estado-Nacional y en el Mercado sino, preferentemente, en la fuerza de la sociedad en cuanto a nuevo espacio comunitario de realización de la pluralidad democrática, comprometida con la alteridad y con la diversidad cultural. En su capacidad generadora, el poder de la instancia societaria proporciona para los horizontes institucionales, valores culturales diferenciados, procedimientos distintos de práctica política y de acceso a la justicia, "nuevas definiciones de derechos, de identidades y autonomía", proyectando la fuerza de los sujetos sociales como fuente de legitimación del *locus* sociopolítico y de la constitución emergente de derechos que se guían por la dignidad humana y por el reconocimiento a la diferencia.

Ahora, delante de los recientes procesos de dominación y exclusión producidos por la globalización, por el capital financiero y por el neoliberalismo que van afectando substancialmente a las relaciones sociales a las formas de representación y de legitimación, se impone repensar políticamente el poder de acción de la comunidad, el retorno de los agentes históricos, la aparición inédita de derechos relacionados a las minorías y la producción alternativa de jurisdicción, con base en el sesgo interpretativo de la pluralidad de fuentes. Ciertamente, la constitución de una cultura jurídica antiformalista, antiindividualista y antimonista, fundada en los valores del poder de la comunidad, está necesariamente vinculada a los criterios de una nueva legitimación social y de un nuevo diálogo intercultural. El nivel de esa eficacia pasa por el reconocimiento de la identidad[2] de los sujetos sociales (incluyendo en ellos a los grupos culturales minoritarios), de sus diferencias, de sus necesidades básicas y de sus reivindicaciones por autonomía. Por consiguiente, es fundamental destacar en la presente contemporaneidad, las nuevas formas plurales emancipatorias y contra-hegemónicas de legitimación del Derecho.[3]

Antes que otra cosa, en la perspectiva de América Latina, para instituir una cultura político-jurídica más democrática es necesario pensar y forjar formas de producción del conocimiento que partan de la *praxis* democrática pluralista en cuanto expresión del derecho a la diferencia,[4] a la identidad colectiva, a la autonomía[5] y a la igualdad de acceso

2 Se comprende aquí "identidad" como el conjunto de características específicas a determinado grupo humano, en su modo de ser, pensar y actuar.

3 Santos, Boaventura de Sousa (org.), *Reconhecer para Libertar*: *os caminhos do cosmopolitismo multicultura*l, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003, pp. 25-66.

4 Para León Olivé el *Derecho a la diferencia* se refiere al derecho de los individuos a ser reconocidos como integrantes de cierta comunidad cultural, disfrutando "de las condiciones apropiadas para que esta se preserve, se desenvuelva y florezca, de acuerdo con las decisiones que sus miembros tomen de manera autónoma" (Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999, p. 89; Olivé, León,. *Interculturalismo y justicia social*, UNAM, México, 2004. p. 89.

5 La *autonomía* puede ser vista como una de las formas de manifestación del principio de autodeterminación. Implica la lucha de comunidades minoritarias (poblaciones indígenas, grupos afro-americanos, identidades nacionales, etc.) para preservar sus tradiciones. Tales comunidades pueden "establecer libremente su

a derechos. Tiene por tanto que desencadenar tal proceso, volviendo el pluralismo como principio de legitimidad política, jurídica y cultural. Del pluralismo no como posibilidad, sino como condición primera. Es lo que se verá en esta reflexión: al criticar el neo-colonialismo liberal del capital financiero y los desenfrenados genocidios étnico-culturales, es necesario introducir el pluralismo democrático como instrumento de lucha para combatir los males de la globalización y para legitimarse como estrategia contra-hegemónica de afirmación a los derechos humanos emergentes.

2. Procesos de mundialización y acciones políticas contra-hegemónicas

Redefinir la vida humana configurada en la historicidad de los sujetos singulares y colectivos con dignidad, con identidad y con reconocimiento a la diferencia implica tener consciencia de y luchar contra imposiciones estandarizadoras que caracterizan a la sociedad mundial, estremecida con el debilitamiento de los Estados-nacionales, con la supremacía salvaje del mercado financiero y con la hegemonía política del neoliberalismo. En ese sentido, importa subrayar el breve acotamiento del escenario cultural por fenómenos como globalización y neoliberalismo. Teniendo en cuenta su impacto en el ámbito de la vida humana, en el Derecho y en la sociedad, conviene explicitar, como hace Octávio Ianni, que la globalización, más que la "intensificación de las relaciones sociales a escala mundial (…) es una realidad en proceso, que (…) alcanza las cosas, las gentes y las ideas, así como las sociedades y las naciones, las cultura y las civilizaciones", presentándose "el problema de contraponer globalización y diversidad".[6]

Parece claro que la cuestión de la globalización introducida en la década de los setenta (M. McLuhan) en la esfera de la comunicación y de la cultura, acaba siendo adoptada y difundida en los parámetros de la sociedad internacional relacionada a la mundialización de políticas económicas, comerciales y financieras de grandes conglomerados empresariales.

El proceso de mundialización del espacio no-nacional es contingente, ciertamente, de los avances científicos y de las revoluciones tecnológicas (informática, telecomunicación,

---

status político y proseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural". Así, en el entendimiento de Yash Gay, el principio de la autodeterminación confiere a las comunidades minoritarias el "derecho de autonomía o de autogobierno en relación a cuestiones relacionadas a sus asuntos internos y locales" (Ghai, Yash, "Globalização, multiculturalismo e direito", In Sousa Santos, Boaventura (Org.), *Reconhecer para libertar*, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003, p. 570).

6 Ianni, Octávio, "Globalização: novo paradigma das ciências sociais", In *A Sociologia entre a Modernidade e a Contemporaneidade*. UFRGS, Porto Alegre, 1995, pp. 13-25. Constatar, ainda em O. Ianni, *A Sociedade Global*. 4. Ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1996; Bauman, Zygmunt. *Globalização*. As Conseqüências Humanas, Jorge Zahar, Río de Janeiro, 1999; Santos, Milton. *Por uma outra* Globalização: do pensamento único à consciência universal. 3. ed., Record, Rio de Janeiro, 2000.

biotecnología, nuevas formas de energía, etc.).[7] Aunque sean procesos concomitantes que permanecen interaccionando "en las últimas décadas, hay que diferenciar la globalización (ampliación del espacio, desterritorialización y transnacionalización, principalmente económica, tecnológica y cultural) de la doctrina teórico-práctica de justificación y legitimación denominada neoliberalismo. En tal sentido, la interpretación y la práctica de la ideología neoliberal, particularmente en América Latina, se tiene proyectada como "concepción radical del capitalismo que tiende a absolutizar el mercado, hasta convertirlo en medio, en método y fin de todo comportamiento humano racional. Según esa concepción, están subordinados al mercado la vida de las personas, el comportamiento de la sociedad y la política de los gobiernos. El mercado absolutista no acepta ninguna forma de reglamentación".[8] Tal sistema de principios y valores exime al Estado de gran parte de su responsabilidad, limitando su intervención y actuación a garantizar el mínimo de bienes para todo ciudadano. Al ajustar y estabilizar la economía capitalista para las grandes burocracias y las elites financieras internacionales, el neoliberalismo acabó, en la lógica de esas maniobras, contribuyendo para acelerar inmensos desequilibrios económicos, elevadas tasas de desempleo, profundas desigualdades sociales, acentuados desajustes en la vida cotidiana de las comunidades locales y el genocidio cultural.

Así, el surgimiento de nuevas formas de dominación y exclusión producidas por la globalización y por el neoliberalismo afectó substancialmente también las prácticas políticas tradicionales y los patrones normativos que han regulado las condiciones de vida en sociedad. Tales reflejos han incidido igualmente en la propia instancia convencional de poder, es decir, en el Estado nacional y soberano. En ese aspecto se vuelve evidente un cierto agotamiento del Estado-Nación en cuanto instancia institucional privilegiada de legitimación. No parece correcto afirmar, como advierte Ianni, que el Estado dejará de existir, pero están siendo puestas en discusión sus funciones clásicas para readecuarlas a los nuevos escenarios mundiales generados por la confrontación entre Sociedad y Mercado. Por cierto, "las fuerzas sociales, económicas, políticas, culturales, geopolíticas, religiosas y otras, que operan en escala mundial, desafían al Estado-Nación, con su soberanía, con el lugar de la hegemonía. Siendo así, los esfuerzos del Proyecto Nacional, sea cual fuera su tonalidad práctica o económica, se reducen, se anulan o solamente pueden ser recreados sobre otras condiciones. La globalización crea imposiciones y establece parámetros, anula y abre horizontes".[9]

---

7 Cf. Dowbor, Ladislau, "Governabilidade e Descentralização" In: *São Paulo em Perspectiva*. Seade, Sao Paulo, n. 3, jul.-set./96. p. 23; Dowbor, Ladislau, *A Reprodução Social. Propostas para uma Gestão Descentralizada*, Vozes, Petrópolis, 1998, pp. 29-46.

8 Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina. *O Neoliberalismo na América Latina*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 19 e 21. Sobre a critica ao "neoliberalismo", consultar: Sader, Emir; Gentili, Pablo. *Pós-Neoliberalismo – As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 2. ed., Graphia, Río de Janeiro, 1995; Batista, Paulo Nogueira, *O Consenso de Washington: a visão Neoliberal dos Problemas da América Latina*. 2. Ed., Pedex, San Pablo, l994; Comblin, José, *O Neoliberalismo. Ideologia dominante na virada do século*, Vozes, Petrópolis, 2000.

9 Ianni, Octávio, "Globalização: novo paradigma. op. cit, p. 17. Sobre a problematização do Estado-Nação e sua discussão atual, verificar também: Held, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno*

Delante de la disminución de las prácticas tradicionales de representación política, de la escasa eficacia de las estructuras judiciales y estatales en responder a la pluralidad de demandas y conflictos, del creciente aumento de cinturones de miseria y de las nuevas relaciones colonizadoras de países ricos con países en desarrollo, se abre la discusión para la consciente búsqueda de alternativas capaces de desencadenar directrices, prácticas y regulaciones dirigidas hacia el reconocimiento a la diferencia (singular y colectiva) de una vida humana con mayor identidad, autonomía y dignidad.

Ante la nueva relación entre Estado y Sociedad, en todo ese proceso de luchas y superaciones multiculturales en el ámbito local, se crea un nuevo espacio comunitario, "de carácter neo-estatal, que funde el Estado y la sociedad en lo público: un espacio de decisiones no controladas ni determinadas por el Estado, sino inducidas por la sociedad".[10] En esa perspectiva, el pluralismo comprometido con la alteridad y con la diversidad cultural se proyecta como instrumento contra-hegemónico, por cuanto moviliza concretamente la relación más directa entre nuevos sujetos sociales y poder institucional, favoreciendo la radicalización de un proceso comunitario participativo, definiendo mecanismos plurales de ejercicio democrático y viabilizando escenarios de reconocimiento y de afirmación de Derechos Humanos.

3. Pluralismo jurídico en la perspectiva de la alteridad y de la participación

El reconocimiento del pluralismo en la perspectiva de la alteridad y de la emancipación revela el *locus* de coexistencia para una comprensión creciente de elementos multiculturales creativos, diferenciados y participativos. En una sociedad compuesta por comunidades y culturas diversas, el pluralismo fundado en una democracia expresa el reconocimiento de los valores colectivos materializados en la dimensión cultural de cada grupo y de cada comunidad.[11] Tal intento de concebir la pluralidad de culturas en la sociedad, de estimular la participación de grupos culturales minoritarios y de comunidades étnicas se aproxima a la temática del "multiculturalismo".[12] El término multiculturalismo que

al Gobierno Cosmopolita, Paidós, Barcelona, 1997; Fiori, Jorge Luis, "Globalização, Estados Nacionais e Políticas Públicas", *Ciência Hoje*. v. 16, n. 96, dez./93, pp. 24-31; Novaes, Adauto (Org.), *A Crise do Estado-Naçã,* Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003.

10 Genro, Tarso F, *O Futuro por Armar*: democracia e socialismo na era globalitária, Vozes, Petrópolis, 1999, p. 41.

11 Ver D'Adesky, Jacques, *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo. Racismos e Anti-Racismos no Brasil.* Pallas, Rio de Janeiro, 2001. pp. 196-205; Verhelst, Thierry G., *O Direito à Diferença*, Vozes, Petrópolis, 1992, p. 92; Olive, Leon. *Multiculturalismo y Pluralismo*, Ibid. p. 107 e ss.; D'Adesky, Jacques, *Interculturalismo y Justicia Social*, pp. 70-75 y p. 142.

12 Autores como Adela Cortina recuerdan que fue en la España del tiempo de la Reconquista que se constituían los primordios del debate multicultural, expresado en la "convivencia de tres culturas –cristiana, árabe y judía– en un cierto número de ciudades". Así, cabe señalar "que el comienzo del debate del multiculturalismo data del siglo XVI y, concretamente, del momento de la gran expansión de la cultura europea". El término es retomado y pasa a ser utilizado crecientemente en los debates académicos a partir

adquiere diferentes significados (conservador, progresista, crítico, etc.) expresa, en decir de Boaventura de S. Santos y João A. Nunes, la "coexistencia de formas culturales o de grupos caracterizados por culturas diferentes en el seno de la sociedad 'moderna' (…)".[13] Se trata de un "concepto eurocéntrico, creado para describir la diversidad cultural en el cuadro de los Estados-Nación del hemisferio norte y para lidiar con la situación resultante del flujo de inmigrantes venido del sur para un espacio europeo sin fronteras internas, de la diversidad étnica y afirmación identitaria de las minorías en los EUA y de los problemas específicos de países como Canadá, con comunidades lingüísticas o étnicas territorialmente diferenciadas (…) un concepto que el norte procura imponer a los países del sur un modo de definir la condición histórica e identidad de estos".[14] Entretanto, como resaltan Boaventura de S. Santos y João A. Nunes, "existen diferentes nociones de multiculturalismo (…)", en el caso específico de la versión emancipatoria, esta se centra en el reconocimiento "del derecho a la diferencia y de la coexistencia o construcción de una vida en común más allá de diferencias de varios tipos",[15] pudiendo tornarse imperativo como exigencia y afirmación del diálogo. Naturalmente, el pluralismo como valor abierto y democrático, que representa distinciones, diversidad y heterogeneidad, tienen en el multiculturalismo una de sus formas posibles de reconocimiento y articulación de las diferencias culturales.

En la configuración de los principios iniciales de un horizonte claramente compartido y dialógico, el pluralismo se legitima como propuesta político-multicultural en los niveles teórico y práctico.

Bajo un sesgo progresista, el pluralismo se redefine como *locus* privilegiado que se contrapone a los extremos de la fragmentación atomista y de la injerencia sin límites del poder político. En cuanto expresión de la hegemonía de cuerpos sociales intermedios, el pluralismo tiene su embate articulado contra las diversas formas de individualismo y de estatismo, pautado por autonomía, diferencia y tolerancia.[16]

La problematización y la relevancia de la temática pluralista conducen necesariamente a la discusión de las posibilidades de una nueva cultura jurídica con su legitimación asentada en el reconocimiento de la justa satisfacción de necesidades básicas y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos. En el ámbito del

---

de los años setenta del siglo XX, en países como Canadá, Estados Unidos y Australia. (Cortina, Adela, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía,* Alianza, Madrid, 1999, pp. 180 e 183-184).

13 Sousa Santos, Boaventura (Org.). *Reconhecer para Libertar*. op. cit. p. 26; Sempirni, Andrea. *Multiculturalismo*, EDUSC, Bauru/SP:, 1999; Taylor, Charles *et al*. *Multiculturalismo*, Instituto Praget, Lisboa, s/d.

14 Sousa Santos, Boaventura, *Reconhecer para*… op. cit., p. 30.

15 Ibid p. 33 e 62; McLaren, Peter. *Multiculturalismo Crítico* Cortez Editora, Sao Paulo, 1997; Etxeberria, Xabier, *Sociedades Multiculturales*, Mens Aero, Bilbao, 2004.

16 Cfr. Wolkmer, Antonio Carlos, *PluralismoJurídico - Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed Alfa-Omega, São Paulo, 2001, p. 174.

Derecho, la pluralidad expresa "la coexistencia de normatividades diferenciadas que define o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como intento prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias, pudiendo o no ser reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado".[17] Ciertamente, el pluralismo jurídico tiene el mérito de revelar la rica producción legal informal engendrada por las condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones pluriclasistas. Eso explica por qué, en el capitalismo periférico latinoamericano, el pluralismo jurídico pasa "por la redefinición de las relaciones entre poder centralizador de regulación del Estado y por el esfuerzo desafiador de autorregulación de los movimientos sociales y múltiples entidades voluntarias excluidas".[18]

El reconocimiento de otra cultura jurídica marcada por el pluralismo de tipo comunitario-participativo y por la legitimidad construida a través de las prácticas internalizadas de sujetos sociales, permite avanzar en la redefinición y afirmación de derechos humanos en una perspectiva intercultural. De la interculturalidad entendida como filosofía crítico-cultural, como horizonte de diálogo equitativo, "como un espacio de la negociación (…), como reconocimiento del pluralismo cultural (…), en que ninguna cultura es un absoluto, sino una posibilidad constitutivamente abierta a la posible fecundación por otras culturas".[19] Aunque a veces sea asociado al multiculturalismo (o una forma o variante de este), la interculturalidad tiene especificidad propia, pues, teniendo en cuenta el pluralismo cultural y la nueva hermenéutica filosófica, se revela "un horizonte de diálogo"; se define, conforme Isidoro Moreno, como "un cuadro común de referencia metacultural", compatibilizando "conceptos, estrategias, identificación de problemas, valores y formas de negociación de cada parte".[20] Para Salas Astrain, la interculturalidad "alude a un tipo de sociedad emergente, en que las comunidades étnicas, los grupos y clases sociales se reconocen en sus diferencias y buscan su mutua comprensión y valorización", el que se efectúa a través de "instancias dialogales".[21] Ya en la perspectiva hermenéutica de la filosofía, la interculturalidad "tiene como tema central la problemática de la identidad, el modo de ser, el modo peculiar de pensar". Se trata de un discurso sobre culturas en cuanto "síntesis de elementos innovadores, transportados, asimilados en un proceso histórico".[22] En consecuencia, la interculturalidad en su dimensión pluralista tiene carácter dialógico, hermenéutico e interdisciplinar.

---

17 Wolkmer, Antonio Carlos, op. cit., p. 222.

18 Ibid, pp. 223-331.

19 Moreno, Isidoro, "Derechos Humanos, Ciudadanía e Interculturalidad". In: *Repensando la Ciudadanía*. Emma Martín Díaz y Sebatián de la Obra Sierra (Editores), El Monte, Sevilla, 1998, p. 31. Sobre a discussão da "interculturalidade", consultar: Fornet-Betancourt, Raúl, *Transformación Intercultural de la Filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001; Sidekum, Antonio (Org.), *Alteridade e Multiculturalismo*, UNIJUÍ, Ijuí,, 2003, pp. 299-316; Soriano, Ramón, *Interculturalismo: entre liberalismo y comunitarismo*, Almuzara, Córdoba, 2004. p. 81 e ss.; Vallescar Palanca, Diana (stj), *Cultura, Multiculturalismo e Interculturalidad*. *Hacia una racionalidad intercultural*, El Perpetuo Socorro, Madrid, 2000.

20 Moreno, Isidoro, "Derechos Humanos, Ciudadanía…. Op Cit., p. 31.

21 Salas Astrain, Ricardo, "Ética Intercultural e Pensamento Latino-Americano", In: *Alteridade e Multiculturalismo*, p. 327.

22 Sidekum, Antonio, "Alteridade e Interculturalidade", In: *Alteridade e Multiculturalismo*, op. cit., pp. 287-288.

Teniendo en cuenta ese espacio transformador y de diálogo intercultural es que se buscan formas alternativas de fundamentación, sea de un pluralismo jurídico de tipo progresista, sea de los derechos como proceso intercultural. Ciertamente, tales presupuestos se instituyen en la *praxis* participativa de sujetos insurgentes diferenciados y en el reconocimiento de la satisfacción de sus necesidades, entre los cuales está la vida humana con dignidad y con respeto a la diversidad.

Así, es necesario considerar que en el espacio de la multiculturalidad de "interacciones de las formas de vida, emplear procesos comunitarios significa adoptar estrategias de acción vinculadas a la participación consciente y activa de nuevos sujetos sociales. Es ver en cada identidad humana (individual y colectiva) un ser capaz de actuar de forma solidaria y emancipadora, abriendo el sentido del inmovilismo pasivo liberal y del aprovechamiento individualista comprometido".[23]

Es de ese modo que el concepto histórico-cultural de "sujeto" está, aún más, asociado a una tradición de utopías revolucionarias, de luchas y de resistencias. En un escenario de exclusiones, opresiones y carencias, las prácticas emancipadoras de las nuevas identidades sociales (múltiples grupos de intereses, movimientos sociales, cuerpos intermedios, redes de intermediación, ONGs) se revelan portadoras potenciales de recientes y legítimas formas de hacer política, así como fuente innovadora y plural de producción normativa.[24]

La ineficacia de las instancias legislativas y jurisdiccionales del clásico Derecho Moderno (capitalista, liberal y formalista) favorece "la expansión de procedimientos extrajudiciales y prácticas normativas no-estatales", ejercidas por subjetividades sociales que, a pesar de, en ocasiones, oprimidas e insertadas "en la condición de 'ilegalidad' para las diversas esferas del sistema oficial, definen una forma plural y emancipadora de legitimación. (…) Los centros generadores de Derecho no se reducen más solamente a las instituciones oficiales y a los órganos representativos del monopolio del Estado Moderno, pues el Derecho, por estar inserto en las prácticas y en las relaciones sociales de las cuales es fruto, emerge de diversos centros de producción normativa."

Las nuevas exigencias globalizadas y los conflictos en espacios sociales y políticos periféricos, tensos y desiguales como los de América Latina vuelve significativo concebir en la actualidad a la figura de los nuevos movimientos sociales como una fuente legítima de engendrar prácticas legales emancipadoras y de construir derechos humanos, así como para reconocer acciones contra-hegemónicas de resistencia al desenfrenado proceso de desregulación y desconstitucionalización de la vida.[25]

---

23 Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, "Direitos, Poder Local e Novos Sujeitos Sociais", *In* Rodrigues, H. W. [Org.], *O Direito no Terceiro Milênio*, Ulbra, Canoas, 2000, p. 97.

24 Wolkmer, "Direitos, Poder...", op. cit., p. 104.

25 Cfr. Wolkmer, "Direitos, Poder...", op. cit., pp. 104 y 105.

Junto a la cuestión de los sujetos sociales como primer presupuesto de fundamentación, cabe considerar el reconocimiento de las necesidades humanas y su justa satisfacción como criterio para que sean pensadas nuevas formas de legitimación en el ámbito del pluralismo jurídico centrado en la alteridad y en la emancipación. La estructura de las necesidades humanas que atraviesa la colectividad se refiere tanto a un proceso de subjetividad, modos de vida, deseos y valores, como a la constante "ausencia" o "vacío" de algo anhelado pero no siempre realizable. Por ser inagotables e ilimitadas en el tiempo y en el espacio, las necesidades humanas están en permanente redefinición y creación.[26] El conjunto de las necesidades humanas varía de una sociedad o cultura a otra, envolviendo el amplio y complejo proceso de socialización. Hay que distinguir, por tanto, en la problematización de las necesidades, sus implicaciones contingentes con exigencias de legitimación.

Ahora, en la reflexión de autores como Agnes Heller, una necesidad "puede ser reconocida como legítima si su satisfacción no incluye la utilización de otra persona como mero medio".[27] Se torna realmente impropia cualquier determinación arbitraria sobre la cualidad y la cantidad de las necesidades, correspondiendo al ciudadano –comprometido con el procedimiento justo– no sólo rechazar la idea de objetivizaciones cotidianas interiorizadas por dominación sino, sobre todo, "practicar el reconocimiento de todas las necesidades, cuya satisfacción no supone el uso" y la explotación de los demás miembros de la comunidad.[28]

Es innegable que, en tiempos de transición paradigmática, la configuración de una perspectiva jurídica más progresista, interdisciplinar e intercultural, expresada en la práctica determinante y efectiva de los nuevos sujetos históricos, se proyecta no sólo como fuente de legitimación de la pluralidad jurídica emancipatoria y de los derechos humanos diferenciados, sino también como medio privilegiado de resistencia radical y contra-hegemónica a los procesos de exclusión y de desconstitucionalización del "mundo de la vida".

4. Derechos Humanos: su dimensión intercultural y emancipatoria

En la presente contemporaneidad político-institucional, interrelacionada al proceso capitalista de producción y a la lógica individualista de representación social, se va imponiendo la búsqueda de "alternativas plausibles al capitalismo globalizado".[29] Una de

26 Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, "Sobre a Teoria das Necessidades: a condição dos novos direitos", *en*: *Alter Ágora*, CCJ/UFSC, Florianópolis,, n. 01, maio/1994, p. 43.

27 Heller, Agnes; Fehér, Ferenc. *Políticas de la Postmodernidad*, Península, Barcelona, 1989, pp. 171-172. Ver também, Heller, Agnes, *Teoría de las Necesidades en Marx*, Península, Barcelona, 1978.

28 Heller, Agnes, *Más allá de la Justicia*, Crítica, Barcelona, 1990, pp. 238-239.

29 Houtart, François, "Alternativas Plausíveis ao Capitalismo Globalizado" en Cattani, Antonio David (Org.), *Fórum Social Mundial. A Construção de um Mundo Melhor*, UFRGS/Vozes, Porto Alegre/Petrópolis, 2001, pp. 165-178.

las estrategias posibles está en traer, para la discusión, el referencial de los derechos humanos en su dimensión utópica, emancipadora y multicultural.

Incluso aunque no se atiendan cuestiones sobre la naturaleza, los fundamentos y la evolución histórica, no se podría dejar de mencionar brevemente que la doctrina de los derechos humanos ha respondido a los valores, exigencias y necesidades de momentos culturales distintos en la historicidad de la sociedad moderna occidental. Así, hay que reconocer ciertos matices procesales específicos de la concepción de los derechos humanos liberal-burguesa de los siglos XVIII y XIX y de aquella propia de fines del siglo XX, en un escenario de deconstrucción globalizante neoliberal.

Si por un lado fue ideológicamente relevante la bandera de los derechos humanos como instrumento de lucha contra las formas arbitrarias de poder y en defensa de la garantía de las libertades individuales, por otro lado, más allá de su idealización asumiendo contornos formales y abstractos, su fuente de legitimación se redujo al poder oficial estatal. Se parte, por tanto, de un formalismo monista en que toda producción jurídica moderna está sujeta al poder del Estado y las leyes del mercado. Naturalmente, como reconoce Boaventura de Sousa Santos, la concepción moderna de los derechos humanos presenta límites innegables. El primer argumento reside en el hecho de que los derechos humanos se confinan al Derecho estatal, limitando "mucho su impacto democratizador",[30] pues dejados sin una base más directa con otros Derechos no-estatales. Un segundo límite se relaciona a la negación vivenciada y reproducida por el Derecho Moderno, traducida en el énfasis técnico-formal por la promulgación positiva de derechos con la consecuente negligencia "del cuadro de aplicación", de negación de la real efectividad de esos derechos, abriendo una "distancia entre los ciudadanos y el Derecho".[31]

Para enfrentar el momento histórico asumido por la apropiación del capital financiero y por el orden internacional marcado por la globalización neoliberal, se percibe una nueva fase histórica y una "nueva perspectiva teórica y política en lo que se refiere a los Derechos Humanos".[32] Se trata de cuestionar "la naturaleza individualista, esencialista, estatista y formalista de los derechos" y partir hacia una redefinición multicultural de Derechos Humanos, "entendidos como procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuran materialmente (…) ese acto ético y político maduro y radical de creación de un nuevo orden; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales, de nuevas subjetividades antagonistas (…) de ese orden global"[33] vigente.

30 Sousa Santos, Boaventura, "Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade", en: *Direito e Sociedade*. Coimbra, n. 4, março/1989. pp. 7-8.
31 Sousa Santos, Boaventura, op. cit., pp. 8-9.
32 Herrera Flores, Joaquín, "Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales" en, *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*., Lumen Juris, Río de Janeiro, 2004, p. 95.
33 Herrera Flores, Joaquín. op. cit., pp. 95 y 100.

Es relevante, por tanto, el proceso de redefinir y de consolidar la afirmación de derechos humanos en una perspectiva integral, local e intercultural. Como señala Flávia Piovesan, "si, tradicionalmente, la agenda de Derechos Humanos se centró en la tutela de derechos civiles y políticos (…), se atestigua, actualmente, la ampliación de esa agenda tradicional, que pasa a incorporar nuevos derechos, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales (…)".[34]

Se torna primordial hoy, para mejor comprensión de los derechos humanos, dirigirlos en términos multiculturales o sea concebirlos como nuevas concepciones de ciudadanía fundados como quiere Boaventura de S. Santos y João A. Nunes, en el "reconocimiento de la diferencia y en la creación de políticas sociales dirigidas para la reducción de las desigualdades, la redistribución de recursos y la inclusión"[35] social. Correcto es ponderar que los derechos humanos engendrados en el interior de una tradición liberal-burguesa no están más centrados en los derechos individuales, sino que incluyen derechos sociales, económicos y culturales. Ciertamente, en la evolución de los derechos humanos, la discusión del derecho de las minorías y de los grupos étnicos marginalizados ha favorecido el escenario del multiculturalismo como pauta y como proceso de desenvolvimiento de la democracia en un número creciente de países.[36] Al proclamar la legitimidad de que todo individuo tiene el derecho a participar de la vida cultural (art. 15, "a"), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), avanza más allá, englobando los derechos colectivos de las minorías y de los múltiples grupos étnicos, pues "los derechos individuales a la cultura no pueden ser ejercidos efectivamente si no se reconocen al mismo tiempo los derechos de la colectividad cultural".[37] Así, para Stavenhagen, hay que sustentar que "la lucha por los derechos humanos es tarea colectiva que requiere que el Estado y el sistema jurídico reconozcan las identidades grupales de poblaciones minoritarias, tradicionalmente marginalizadas y excluidas".[38]

Naturalmente, en la advertencia de Yrigoyen Fajardo, "la resistencia de la mentalidad monista, monocultural y racista de los operadores jurídicos y políticos (…) constituye una barrera importante para la efectiva vigencia del reconocimiento del pluralismo legal y de la construcción de un Estado pluricultural".[39] De cualquier forma, urge "la superación del

34 Piovesan, Flávia, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos", en *SUR –Revista Internacional de Direitos Humanos,* SUR, São Paulo, n. 1, 1º sem., 2004, p. 29.

35 Sousa Santos, Boaventura, *Ibid.*, p. 34.

36 Cfr. Sidekum, Antonio, "Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina", en Lampert, Ernâni (Org.). *Educação na América Latina: encontros e desencontros*, EDUCAT/UFPeL, Pelotas, p. 77.

37 Stavenhagen, Rodolfo, "Derechos Humanos y Ciudadanía Multicultural: los pueblos indígenas"en, Martín Díaz, E. Sebastián (Ed.), Obra Sierra, op. cit., p. 102.

38 *Ibid*., p. 105.

39 Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos", en Lucic, Milka Castro (Editora) *Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y erecho*, Universidad de Chile, 2004, pp. 220-221. Observar sobre o Estado Pluralista: Villoro, Luis, *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*, Paidós, México, 1998.

concepto individualista, monocultural y positivista de los derechos humanos para, sobre la base de la igual dignidad de las culturas, abrir camino para una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos".[40]

En realidad, detrás de los embates por los derechos humanos, surge para Boaventura de S. Santos, "un nuevo ecumenismo de luchas contrahegemónicas, emancipatorias, en que grupos sociales, movimientos de base, partiendo de presupuestos culturales diferentes –islámicos, hindús, católicos, protestantes– están intentando encontrar formas de dialogar sobre, o bajo todas las diferencias culturales que los dividen".[41]

Sintetizando, es en la perspectiva paradigmática del Pluralismo Jurídico de tipo comunitario-participativo y con base en un diálogo intercultural, en que se deberán definir e interpretar los marcos de una nueva concepción de derechos humanos.

5. Bibliografía

Bauman, Zygmunt, *Globalização. As Conseqüências Humanas*, Jorge Zahar,Rio de Janeiro, 1999.

Batista, Paulo Nogueira, *O Consenso de Washington: a visão Neoliberal dos Problemas da América Latina*. 2. ed. São Paulo: Pedex, 1994.

Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina. O Neoliberalismo na América Latina, Loyola, São Paulo, 1996.

Comblin, José, *O Neoliberalismo. Ideologia dominante na virada do século*, Vozes, Petrópolis, 2000.

Corina, Adela, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Alianza, Madrid, 1999.

D'adesky, Jacques, *Pluralismo Étnico e Multiculturalismo. Racismos e Anti-Racismos no Brasil*, Pallas, Rio de Janeiro, 2001.

Dowboer, Ladislau, "Governabilidade e Descentralização", en *São Paulo em Perspectiva*, Seade, São Paulo, n. 3, jul.-set./96.

_____, *A Reprodução Social. Propostas para uma Gestão Descentralizada*, Vozes, Petrópolis, 1998.

Eberhard, Christoph, "Direitos Humanos e Diálogo Intercultural: uma perspectiva antropológica", en Baldi, Cesar A. (Org.), *Direito Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

Entrevista com Prof. Boaventura de S. Santos e Jurandir Marbela, Coimbra, 27/12/1995. p. 13. [mimeo].

40 Yrigoyen Fajardo, Raquel. op. cit., p. 198. Observar, igualmente: Eberhard, Christoph. "Direitos Humanos e Diálogo Intercultural: uma perspectiva antropológica", en Baldi, Cesar A. (Org.). *Direito Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, pp. 159-203.

41 Entrevista con el Prof. Boaventura de S. Santos/Jurandir Marbela, mimeo, Coimbra, 27/12/1995. p. 13. Ver también: Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *Revista Lua Nova*, Cedec, São Paulo, n. 39, 1997. pp. 105-124.

_____, "Uma concepção Multicultural de Direitos Humanos". *Revista Lua Nova*, Cedec, Sao Paulo, n. 39, 1997, pp. 105-124.

Etxeberria, Xabier, *Sociedades Multiculturales*, Mens Aero, Bilbao, 2004.

Fiori, Jorge Luis, "Globalização, Estados Nacionais e Políticas Públicas", *Ciência Hoje*. v. 16, n. 96, dez./93.

Fornet-Betancourt, Raúl, *Transformación Intercultural de la Filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

Genro, Tarso, *O Futuro por Armar: democracia e socialismo na era globalitária*, Vozes, Petrópolis, 1999.

Held, David, *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

Heller, Agnes, Fehér, Ferenc, *Políticas de la Postmodernida*, Península, Barcelona,1989.

Heller, Agnes, *Teoría de las Necesidades en Marx*, Península, Barcelona, 1978.

Heller, Agnes, *Más allá de la Justicia*, Crítica, Barcelona, 1990.

Herrera Flores, Joaquín, "Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales"en *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica,*.Lumen Juris, Río de Janeiro, 2004.

Houtart, François, "Alternativas Plausíveis ao Capitalismo Globalizado" en Cattani, Antonio David (Org.). *Fórum Social Mundial. A Construção de um Mundo melhor,*UFRGS/Vozes, Porto Alegre/Petrópolis, 2001.

Ianni, Octávio, "Globalização: novo paradigma das ciências sociais" en *A Sociologia entre a Modernidade e a Contemporaneidade*, UFRGS: Porto Alegre, 1995.

Ianni, Octávio, *A Sociedade Global*. 4. ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1996.

Ghai, Yash, "Globalização, multiculturalismo e direito" en Santos, Boaventura de S. (Org.). *Reconhecer para libertar*. S/l.: S/d.

McLaren, Peter. *Multiculturalismo Crítico*, Cortez Editora, São Paulo, 1997.

Moreno, Isidoro, "Derechos Humanos, Ciudadanía e Interculturalidad" en Emma Martín Díaz y Sebatián de la Obra Sierra (Editores) *Repensando la Ciudadanía,* El Monte, Sevilla, 1998.

Novaes, Adauto (Org.). *A Crise do Estado-Nação*, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003.

Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999.

Olivé, León, *Interculturalismo y justicia social*, UNAM, México, 2004.

Piovesan, Flávia, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos" en *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR, São Paulo,, n. 1, 1º sem., 2004.

Sader, Emir; Gentili, Pablo. *Pós-Neoliberalismo–As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 2. ed., Graphia, Rio de Janeiro, 1995.

Salas Astrain, Ricardo, "Ética Intercultural e Pensamento Latino-Americano"en *Alteridade e Multiculturalismo*.

Sousa Santos, Boaventura, "Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade" en *Direito e Sociedade*, Coimbra, n. 4, março/1989.

Sousa Santos, Boaventura (Org.), *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo*

multicultural, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2003.

Santos, Milton, *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 3. ed, Record, Río de Janeiro, 2000.

Semprini, Andrea, *Multiculturalismo*, EDUSC, Bauru/SP, 1999.

Sidekum, Antonio (Org.), *Alteridade e Multiculturalismo*, UNIJUÍ, Ijuí, 2003.

Sidekum, Antonio, "Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina" en Lampert, Ernâni (Org.). *Educação na América Latina: encontros e desencontros,* EDUCAT/UFPeL, Pelotas.

Soriano, Ramón, *Interculturalismo: entre liberalismo y comunitarismo*, Almuzara, Córdoba, 2004.

Taylor, Charles *et al*. *Multiculturalismo*, Instituto Praget, s/d., Lisboa.

Vallescar Palanca, Diana (stj), *Cultura, Multiculturalismo e Interculturalidad. Hacia una racionalidad intercultural*, El Perpetuo Socorro, Madrid, 2000.

Verhels, Thierry, *O Direito à Diferença*., Vozes, Petropolis, 1992.

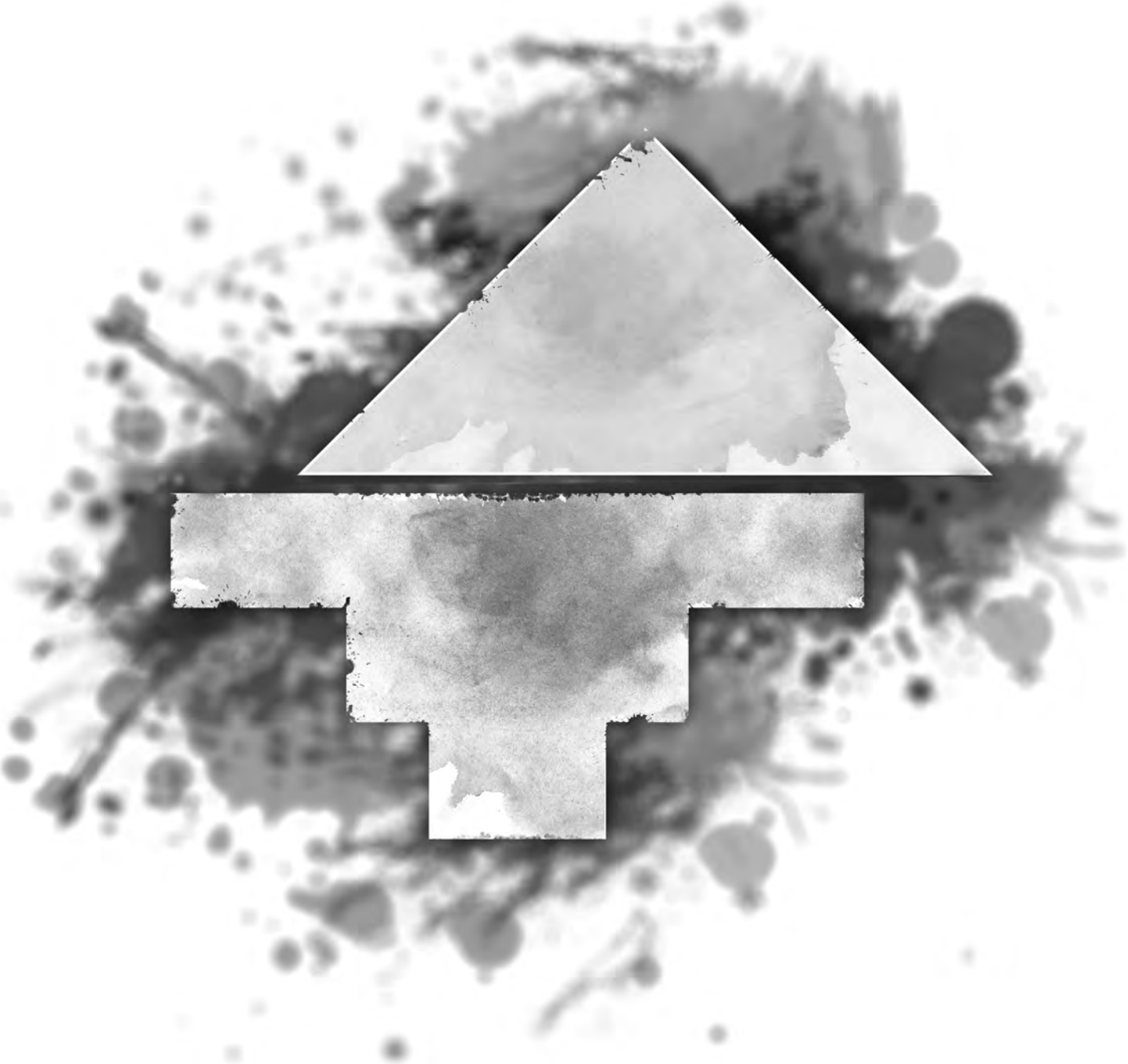
Villoro, Luis, *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*,.Paidós, México, 1998.

Wolkmer, Antonio Carlos, "Sobre a Teoria das Necessidades: a condição dos novos direitos" en *Alter Ágora*, CCJ/UFSC, Florianópolis, n. 01, maio/1994.

Wolkmer, Antonio Carl, "Direitos, Poder Local e Novos Sujeitos Sociais"en Rodrigues, H. W. [Org.], *O Direito no Terceiro Milênio*, Ulbra, Canoas, 2000.

Wolkmer, Antonio Carl, *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3 ed., Alfa-Omega, Sao Paulo, 2001.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos" en, Lucic, Milka Castro (Editora), *Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.



Estado colapsado y paralegalidad. El Derecho que nace del pueblo como pluralismo jurídico: modernidad y tradición entreverada

Oscar Arnulfo De La Torre De Lara[1]

Sumario

1. Nota introductoria – 2. Paralegalidad – 3. Violencia fundacional – 4. La defensa del territorio como práctica descolonizadora – 5. Pluralismo jurídico como Derecho que nace del pueblo – 6. Autonomía(s) indígenas, modernidad y tradición entreverada – 7. Corolario – 8. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo intenta ser un aporte teórico a la reflexión del pluralismo jurídico en el contexto mexicano. En este sentido se reflexiona en torno a distintos fenómenos de producción normativa ligados al contexto de violencia(s) que se vive en el país; ya sea como confrontación /alternativa (autonomías de hecho-pluralismo jurídico), o producto de las mismas (orden paralegal). Se trata de hacer una argumentación teórica respecto al Derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico, ligado a las autonomía de hecho, y su importancia como práctica(s) y discursos(s) descolonizador, y experiencias para la construcción de nuevos territorios en los que se reinventan las figuras de hacer colectivo. No se toma una experiencia concreta, no obstante, las ideas aquí vertidas son fruto del acercamiento a experiencias concretas y reflexión teórica en torno a las mismas desde la Filosofía del Derecho, en particular el pensamiento de la liberación.

---

1 Doctorando en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Se desempeña como investigador invitado y miembro del Comité Técnico del Observatorio Ciudadano en Seguridad Pública del Estado de Aguascalientes. Ha sido asesor en materia civil en el Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes, así como asesor y abogado litigante particular. Participó como investigador en los Diagnósticos Municipales sobre la Construcción Social de las Violencias realizando los capítulos de Cultura de la Legalidad y Órganos de Control Externo de la Sociedad, en los municipios de Valle de Santiago, Salamanca y Salvatierra, en el estado de Guanajuato; Apatzingán y Lázaro Cárdenas, en el estado de Michoacán; y Jesús María en el estado de Aguascalientes.

1. Nota introductoria

Sin duda, las violencias son el tema de moda en el actual contexto mexicano. Vivimos inmersos en la hiperrealidad que generan los medios de comunicación de masas, donde el tema principal de nuestras enajenaciones es la llamada guerra contra el narcotráfico, como un *show* al que asistimos diariamente para ver cómo los "buenos" ejercen violencias buenas contra los "malos" que ejercen violencias malas contra la sociedad, en una espiral que parece no tener fin. Al hacer el análisis de nuestra realidad, es fundamental referirse a las severas condiciones de violencia que se viven en el país. No obstante, esta consideración del fenómeno de las violencias no sólo atañe a aquellas generadas por la llamada guerra contra el narcotráfico, sino también a las alarmantes condiciones de violencia estructural en que viven la gran mayoría de los mexicanos –principalmente los pueblos indios–, producto de un proyecto económico, político y social que se sustenta en la devastación de identidades, el despojo y la explotación de ser humano y naturaleza. En este sentido, enmarcados dentro del pensamiento de liberación, hacemos una reflexión en torno a distintos fenómenos de producción normativa ligados a la(s) violencia(s), ya sea como producto de las mismas y dispositivo disciplinario, despolitizador y silenciador, o como confrontación/alternativa de grupos históricamente subalternizados.

Las lacerantes condiciones de violencia estructural ejercidas por las instituciones y el sistema social en México se ponen de manifiesto tanto en la desigualdad como en la represión. Se trata de una violencia que se corresponde con las injusticias estructurales: económicas, sociales, por discriminación sexual y racial, por la desigualdad de oportunidades, marginación, hambre y pobreza. Vivimos un contexto cuyas características corresponden a un Estado de excepción no declarado, en donde el aspecto normativo del Derecho es impunemente cancelado y contrariado por una violencia gubernamental (y privada) que –ignorando en el exterior el Derecho Internacional y produciendo en el interior un Estado de excepción permanente– pretende, no obstante, seguir aplicando todavía el Derecho.[2]

El Estado mexicano entabla un discurso bélico (en su supuesta lucha contra el narcotráfico) que invisibiliza las violencias estructurales y sobre-expone las violencias difusas y disciplinantes, aislando a estas últimas de sus anclajes estructurales. De este modo las respuestas estatales están dadas de antemano, recurriendo a chivos expiatorios y relatos moralizantes que solapan las estructuras injustas y excluyentes que dan pie a la informalidad, la ilegalidad, la marginalidad y más allá a la criminalidad, dividiendo la sociedad en buenos y malos y por tanto en violencias legítimas y violencias ilegítimas. Bajo este discurso maniqueo y simplista, el Estado mexicano reivindica el monopolio de la violencia legítima y redobla tambores de guerra combatiendo la violencia con más violencia, eludiendo el problema fundamental de fondo que constituye el contexto de violencia estructural que se vive en nuestro país, a la par que descalifica y criminaliza experiencias y procesos que libran también una guerra, pero que como afirma Luis Villoro, es "una guerra

2 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción, Homo Sacer II*, 1, Pre-textos, Valencia, 2010, p. 126.

que trata de anular el terreno de su realización y las posibilidades de los contrincantes",[3] mediante la puesta en práctica de alternativas políticas.

A su vez, muchos son los signos que nos muestran la pérdida del control territorial por el Estado mexicano en amplias regiones del país, y el creciente empoderamiento del narcotráfico en diferentes ámbitos de la vida social. Lo cual revela, no solo la debilidad y la corrupción de las instituciones del Estado, sino algo mucho más profundo y preocupante, a saber, la compensación de un vacío, de una ausencia y una crisis de sentido del Estado, incapaz para dar respuestas a la sociedad en su conjunto. Como afirma Jean Robert, "el orden del discurso, con las formas de verdad y de poder que solía fomentar, se está derrumbando: no solo pierde credibilidad y legitimidad, sino que deja rápidamente de referirse a la realidad en la que la mayoría de los ciudadanos estamos inmersos".[4] De este modo, la legitimidad estatal pretende construirse a través de una política del miedo que hobbesianamente nos recuerda por qué necesitamos al Estado y sus instituciones en un intento desesperado por mantener el principio de legitimidad de la violencia de Estado.

Sin embargo, de manera preocupante, en México se mezclan íntimamente los límites entre los territorios del crimen y los territorios de la ley. El Estado desbordado, ya no sólo no es capaz de garantizar el respeto a la ley, sino que se ha vuelto promotor de la fusión económicamente eficiente de lo criminal y lo legal, emulando al crimen organizado incluso en su ritualización simbólica.

El maniqueo discurso oficial en torno a la guerra contra el narcotráfico, esconde más que lo que muestra, de hecho esa es una de su pretensiones principales, ya que este discurso bélico tiene alcances geopolíticos de gran envergadura. Por un lado, invisibiliza la preocupante situación de violencia estructural que viven la mayoría de los mexicanos; y por otro silencia, desprecia, descalifica y ataca descaradamente procesos y experiencias que ponen en evidencia el desgastado y anacrónico orden institucional. De este modo, se viene construyendo una geopolítica del miedo que reorganiza relaciones sociales y entre Estados nacionales donde las retóricas de seguridad adquieren una importancia crucial. Como señala Fazio, no se trata simplemente de un proyecto propagandístico y armado de guerra sucia –como en la década de los sesentas y setentas– sino la consolidación de un modelo autoritario de sociedad, gestionada y administrada en base al miedo y una racionalidad eficiente y sacrificial,[5] en una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno.

---

3 Villoro, Luis, "Intercambio Epistolar sobre Ética y Política. Una lección y una esperanza", en *Rebeldía*, nº 77, México, 2011, p. 42

4 Robert, Jean, "La fractalización del mundo global: Estado delictivo, fraude estructural y predación social", en *Conspiratio*. «Violencia de Estado: el fracaso de la transición», año II, nº 12, México, 2011, p. 12

5 Modo de operar de una cultura económica que simplifica y amputa la realidad humana y natural, en favor de los intereses mercantiles y de obtención del máximo beneficio. El capital se idolatra y absolutiza hasta tal punto que tanto los seres humanos concretos y particulares como la naturaleza no se tienen en cuenta. Las condiciones de existencia de toda la humanidad y de la Tierra se sacrifican en nombre del crecimiento

La política estatal busca imponer un nuevo modelo autoritario de seguridad. En el marco de la "guerra" contra el narcotráfico contra grupos de la economía criminal, el tránsito hacia un nuevo Estado de corte policiaco-militar ha estado sustentado, de facto, en medidas propias de un Estado de excepción y prácticas de tipo contrainsurgente, mismas que han sido apoyadas y legitimadas desde los medios de difusión masiva bajo control monopólico –en particular los electrónicos– a través de la construcción social del miedo y la fabricación de enemigos míticos y elusivos que operan como distractores, tales como el populismo radical y el narcoterrorismo.[6]

A su vez –y lejos de ser un percepción pesimista y alarmista, sino una realidad cada vez más palpable y aplastante– el vaciamiento institucional junto al gran poder reconfigurador de las violencias que ejerce el conflicto con el crimen organizado, han sentado las bases para el nacimiento y territorialización de un orden paralegal que –como afirma Rossana Reguillo– rebasa con creces el análisis del Estado de excepción[7] como lugar analítico para dilucidar nuestra realidad. Lo que para el Estado de Derecho, la norma, la ley o el sentido de lo permitido es Estado de excepción, en estos amplios territorios se ha vuelto cotidianidad.

económico competitivo. Se trata de un cálculo de guerra que admite que caigan vidas humanas con tal de que se despliegue una eficiencia con la que obtener beneficios. "El nuevo orden capitalista subordina la lógica de los derechos humanos y de la autonomía, la autoestima y la responsabilidad de los seres humanos a la lógica de los buenos negocios. Si existe una oportunidad de obtener beneficios, si existe una demanda en el mercado, no importa el sufrimiento humano, no importa la realidad social desigual e injusta. Si para ello hay que colonizar, dominar y matar, se realiza incluso con buena conciencia. Además se crea la imagen de que las víctimas del sistema son monstruos que hay que ignorar, despreciar y asesinar porque son una amenaza. Hasta son los responsables de su situación". Sánchez Rubio, David, "Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos", en *Sistema Penal & Violência*, vol. I, nº 1, julho/dezembro, Porto Alegre, 2009, pp. 101-113.

6 Fazio, Carlos, "Terrorismo estatal e Impunidad IV", en *La jornada*, México, 28 de noviembre de 2011.

7 Se habla de que en México actualmente vivimos un Estado de excepción no declarado. Es decir que el Estado mexicano en su lucha contra el narcotráfico ha construido abiertamente un discurso político de la excepción como capacidad de delimitar amigos de enemigos, que conmina a los poderes y la ciudadanía a tomar partido. Así, encuentra en la modificación correspondiente de las legislaciones penales, una forma de normalización jurídica de la excepción a través del "derecho penal del enemigo" y suspensión de derechos humanos mediante la creación de un enemigo interno. De este modo, el Estado de excepción no declarado podría ser normalizado y devenido permanente. Cuando el Estado de excepción se generaliza y se instaura como norma, se crea entonces una zona de indeterminación en la que es imposible distinguir entre la aplicación de la ley y la suspensión de la ley. La frontera entre la violencia pura y el derecho, que antes era clara y esencial para la construcción del Estado, se borra por completo. Ver Ernesto Fuentes y Barbara Zamora, "La guerra infinita", en *Rebeldía*, Año 9, número 77, 2011, pp. 37-40. Sin embargo, Rossana Reguillo afirma que "Si en buena medida los dos dispositivos simbólicos que han servido para 'procesar' las violencias, han sido el de la lejanía y el de la excepcionalidad, la realidad se ha encargado de mostrar el agotamiento de estas lógicas", ya que en amplios territorios de México nos encontramos en un escenario de exacerbación de la violencia sin control ni límites, donde lo excepcional se ha vuelto cotidianidad. Ver Reguillo, Rossana "La in-visibilidad resguardada: Violencia(s) y gestión de la paralegalidad en la era del colapso", en *Alambre. Comunicación, información, cultura*, nº 1, marzo, 2008, [en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://www.alambre.com.ar/Articulos/Articulomuestra.asp?Id=16 [citado 16 de agosto 2011].

Por su parte, el imperialismo estadounidense ejerce una dominación político-militar, que sirve de plataforma para la contrainsurgencia, la criminalización de las resistencias, la militarización y paramilitarización de la región. Este discurso bélico, tiene como correlato una geoestrategia norteamericana, basada en una geopolítica del miedo encaminada a salvaguardar sus intereses hegemónicos a sangre y fuego. Así se hace del control regional y tiene acceso a recursos vitales (energéticos, agua dulce, minerales estratégicos, biodiversidad para la industria biotecnológica); reafirma su posicionamiento militar en la región; y crea movimiento en su economía interna con una formidable industria bélica en expansión, con un escenario que obliga a fabulosas compras tanto en lo interno como por parte de los gobiernos de los Estados "fallidos" en cuestión.[8] La guerra contra el narcotráfico en México es utilizada como nuevo mecanismo de control. Se trata de un dispositivo que permite controlar a la sociedad en su conjunto y la excusa ideal para que el poder estatal pueda mostrar los dientes y someter por miedo.

"Las guerras ahora no se conforman con conquistar un territorio y recibir tributo de la fuerza vencida. En la etapa actual del capitalismo es preciso destruir el territorio conquistado y despoblarlo, es decir, destruir su tejido social. Hablo de la aniquilación de todo lo que da cohesión a una sociedad. Pero no se detiene ahí la guerra de arriba. De manera simultánea a la destrucción y el despoblamiento, se opera la reconstrucción de ese territorio y el reordenamiento de su tejido social, pero ahora con otra lógica, otro método, otros actores, otro objetivo. En suma: las guerras imponen una nueva geografía".[9]

Lo que estamos presenciando en México es un escenario de guerra infinita promovida desde una geopolítica del miedo que busca fundar un nuevo orden geopolítico a favor de intereses norteamericanos. Una lucha de poder por zonas estratégicas en una recomposición del capitalismo global en la región operado mediante la destrucción/despoblamiento por un lado, y la posterior reconstrucción/reordenamiento,[10] lo cual lleva implícito la militarización y paramilitarización de la zona para acabar con la resistencia bajo el discurso de la guerra contra el narcotráfico. Como nos lo han hecho ver los zapatistas –que mucho tienen que decir sobre las guerras– "la guerra no es sólo una forma –la esencial por cierto– por la que el capitalismo se impone e implanta en la periferia. Es también un negocio en sí misma. Una forma de obtener ganancias […] Por eso la paz es anticapitalista".[11]

---

8 Cfr. Colussi, Marcelo, "Masacre en Guatemala. Centroamérica en la mira del Imperio", en *Rebelion*, 22 de mayo de 2011 [en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://rebelion.org/noticia.php?id=128892 [citado 31 de agosto de 2011].

9 Subcomandante Insurgente Marcos, "Apuntes sobre las guerras. (Carta primera a Don Luís Villoro Toranzo)", en *Rebeldía*, Año 9, nº 76, México, 2011, p. 33.

10 Cfr. Id., Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial. Ediciones del FZLN. México, 2004.

11 Id., Ni el centro ni la periferia. El Calendario y la geografía de la teoría. Parte VII (y última) Sentir el Rojo. El calendario y la geografía de la guerra, Texto leído por el Subcomandante Insurgente Marcos, en el marco del Primer Coloquio Internacional in memoriam de Andrés Aubry, realizado en la Universidad de la Tierra, Chiapas, CIDESI en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, del 13 al 17 de diciembre 2007. Formato html, Disponible en Internet:http://enlacezapatista.ezln.org.mx/2007/12/17/parte-vii-y-ultima-sentir-el-rojo-el-calendario-y-la-geografia-de-la-guerra/ [citado 02 de noviembre de 2011].

2. Paralegalidad

Dentro del contexto de esta profunda crisis de legitimidad del Estado mexicano, las violencias organizadas y las violencias difusas ponen en evidencia el quiebre de la institucionalidad y el fortalecimiento de una paralegalidad que mina el pacto social. De este modo, la ausencia histórica o el repliegue de las instituciones del Estado en numerosos territorios sociales (tanto físicos como simbólicos), ha generado un vacío. Sin embargo como bien dice Reguillo, el vacío social no existe y cuando una fuerza se retira, otras tienden a ocupar su lugar.

> Las violencias contemporáneas han inaugurado una zona fronteriza, un orden abierto a la definición constante, un espacio de disputas entre fuerzas asimétricas y disímbolas que desbordan el binomio legal-ilegal. […] las violencias constituyen un pasillo, un vestíbulo entre un orden colapsado y un orden que todavía no es pero que está siendo, de ahí su enorme poder fundante y su simultánea ligereza […] bajo la superficie de las agitadas aguas de la política formal, fuerzas inasibles controlan amplios territorios de la geografía y son capaces de operar de espaldas a la ley; de otro lado, entregan un mensaje –inapelable–, de que ellos son parte, juez y verdugo en una trilogía que lejos de desafiar las normas jurídicas, las leyes, en tanto ellas no son parámetro o unidad de medida, funda sus propios marcos de operación y de sentido.[12]

De este modo, siguiendo a Rossana Reguillo, si ahora lo cotidiano y normal son las expresiones y espectaculares escenificaciones de violencia que vemos a diario, lo que procede es entonces interrogar el lugar de la legalidad como el espacio donde se visibilizan de manera más nítida las fracturas del orden vigente, ya que la legalidad representa un límite, un muro que separa, y al separar distingue, jerarquiza, califica y sanciona, estableciendo claramente un adentro de la legalidad y un afuera, en la ilegalidad. Sin embargo, este tipo de análisis se ve totalmente rebasado en nuestra realidad, ya que "la paralegalidad, que emerge justo en la zona fronteriza abierta por las violencias, generando no un orden ilegal, sino un orden paralelo que genera sus propios códigos, normas y rituales y que al ignorar olímpicamente a las instituciones y al contrato social, se constituye paradójicamente en un desafío mayor que la ilegalidad".[13]

Esta zona fronteriza abierta por las violencias no sólo concierne al crimen organizado, sino también a la actuación de guardias blancas y grupos paramilitares protegidos y fomentados por el Estado y el capital privado que realizan actos de limpieza social[14] y actividades en pos de perpetuar intereses privados.

---

12 Ibíd.
13 Ibíd.
14 La fascinación por la mano dura, el ambiente de terror, la "depuración" criminal, la mal llamada limpieza social, el sicariato y los escuadrones de la muerte forman parte de las operaciones violentas a gran escala propias de sociedades que se internan en procesos totalitarios. Por lo general, los móviles son atribuidos al ánimo descontrolado de retaliación de elementos de los cuerpos armados del Estado o a motivaciones

De este modo ante el vaciamiento institucional y la seria crisis de legitimidad estatal emerge una suerte de Leviatán paralelo que genera sus propios códigos, normas y rituales, y que ha sido forjado en la territorialización de violencias disciplinantes, a saber, "aquellas que despliegan los signos de su poder para marcar sobre los cuerpos y voluntades otras, el designio inapelable de su propia racionalidad. Someter por miedo, caligrafía brutal que ostenta su poder total",[15] al tiempo que abona el terreno para el desmantelamiento de la fortaleza política del movimiento social, que deviene reacción en vez de acción.

Como bien afirma Reguillo, el problema con las violencias producto del conflicto con el crimen organizado, no estriba tanto en su ilegalidad, sino en su enorme poder para construir formas paralelas de "legalidad" que rigen la vida y la muerte en amplios territorios. Es por esto que el creciente fenómeno de la paralegalidad constituye un desafío mayor que la ilegalidad al ejercer un poder disciplinario igual o mayor que la legalidad vigente. El orden paralegal desafía la legalidad, no obstante al hacerlo confronta una ausencia, no una presencia, es decir que su poder se funda en el vacío estatal –de ahí su gran capacidad para reconfigurar la realidad– y en su avance señala las áreas más vulnerables del proyecto social y provoca en los poderes fácticos la respuesta autoritaria que pretende llenar la ausencia de legitimidad.[16]

Las políticas neoliberales de ajuste estructural, la reestructuración política y la desregulación económica tuvieron múltiples y contradictorios efectos en la vida del país de cara al fenómeno del narcotráfico. Para algunos, este contexto representó las oportunidades para colocarse en la cúspide del poder, mientras que para otros planteó desafíos importantes para sobrevivir y construirse un mejor futuro. Las políticas neoliberales implementadas durante los últimos veinte años, junto con el abandono de amplias regiones –sobre todo rurales– por parte del Estado, dejaron a su suerte el crecimiento económico,

---

ideológicas que corresponden a imaginarios de higiene y asepsia social, étnica e incluso a una moral maniquea. Sin embargo, pese al discurso negacionista oficial, cabe reiterar que, en sus diferentes modalidades, el paramilitarismo es un hecho político ligado históricamente con las estructuras militares y policiales del Estado. […] El paramilitarismo forma parte del proceso de institucionalización del orden autoritario. Su función es exterminar opositores y/o a la "escoria social" y paralizar la movimiento de masas por el terror, conservando al mismo tiempo las formas legales y representativas caducas, al hacer clandestina la represión estatal. La "estética" de la discriminación es parte de la estrategia paramilitar, que no se trata simplemente de un proyecto armado de guerra sucia, sino de la consolidación de un modelo de sociedad. Ante la mirada cómplice de muchos y la pasividad de las mayorías, los cuerpos seccionados, mutilados, lacerados con sevicia, buscan garantizar la eficacia simbólica del mensaje enviado al colectivo social: la alteración del cuerpo del enemigo, en función del sometimiento de la población civil al control y la subordinación, a través del miedo, como principio operativo. Tomado de Fazio, Carlos, "Paramilitarismo y barbarie", en *Christus* «Defensa de los derechos humanos en un Estado autoritario», año LXXIV, nº 778, mayo-junio, México, 2010, p. 20.

15 Reguillo, Rossana, Violencias y después. Culturas en reconfiguración. [en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/cpa/spring03/culturaypaz/reguillo.pdf, [citado 14 de agosto 2011].

16 Ver. Id. "La mara: contingencia y afiliación con el exceso", en *América Latina Hoy*, Vol. 40, Agosto, Salamanca, 2005, pp. 70-84

la movilidad social y la formación de ciudadanía mediante la utilización de un discurso de flexibilidad, competitividad, y el esfuerzo individual.[17] Es muy probable que este discurso se lo hayan apropiado grupos y cárteles para organizar el tráfico de drogas de forma moderna, de manera que el narcotráfico está replanteando los límites formales del Estado-Nación mediante la rebelión de sus márgenes e impugna como proceso una historia llena de desigualdades, exclusiones y arbitrariedades propiciadas por la ley. Todo ello ha contribuido a generar abismos entre la ciudadanía y el Estado.[18]

La economía de la droga ha servido para consolidar una ciudadanía jerárquica que el Estado no ha podido eliminar, incluso la ha fomentado con la corrupción y la impunidad, por lo que se puede interpretar que las manifestaciones de violencia que se viven en amplias regiones del territorio nacional no son casuales, ilógicas ni irracionales, sino que sirven de dispositivo disciplinario, despolitizador y silenciador: un mecanismo de control social para mantener las cosas como están. Incluso las formas de actuación del narcotráfico han mutado a una nueva estética del terror, en la que "los cuerpos seccionados, mutilados, lacerados con sevicia, buscan garantizar la eficacia simbólica del mensaje enviado al colectivo social: la alteración del cuerpo del enemigo, en función del sometimiento de la población civil al control y la subordinación, a través del miedo, como principio operativo".[19] Los códigos narcos operan bien la economía simbólica, "te martirizo a ti para que otros entiendan el mensaje; resuelvo un problema y avanzo sobre el control territorial".[20]

Lo que debe quedar muy en claro es que existe un vínculo muy estrecho entre la violencia contrainsurgente que padecen los pueblos indios y movimientos sociales y la violencia de la espuria guerra contra el crimen organizado. El conflicto con el crimen organizado es un buen negocio para el Estado, y fuente de poder por partida doble: es negocio practicarlo (por las ganancias que deja) y es negocio combatirlo (porque justifica su protagonismo e incrementa su presupuesto). A su vez, a parte de la irresponsable pretensión de inducir a la población mexicana a un alineamiento orgánico, legitimador con el Estado, en base al uso de una política del miedo, se suma la intención encubierta de fomentar y/o permitir el accionar de grupos civiles de autodefensa armada, avivando un

17 Habría que cuestionarse más a fondo cuando se habla de la expansión de la delincuencia y el narcotráfico como consecuencia de la pérdida de valores. Es fundamental escapar a la lectura moralizante (de falta de valores) ya que invisibiliza las condiciones de violencia estructural donde la mayoría de los mexicanos –principalmente los jóvenes– sobrevive. Al contrario, se puede hablar de que han arraigado valores y el modo de operar de una cultura económica que destruye la vida humana y natural, en favor de intereses mercantiles y de obtención del máximo beneficio.

18 Maldonado Aranda, Salvador, *Los márgenes del Estado mexicano. Territorios ilegales, desarrollo y violencia en Michoacán,* El Colegio de Michoacán, México, 2011, p. 36. Del mismo autor ver "Drogas, violencia y militarización en el México rural. El caso de Michoacán", en *Revista Mexicana de Sociología*, IIS-UNAM, nº 74, enero-marzo, México, 2012.

19 Fazio, "Paramilitarismo y… op. cit., p. 20.

20 Reguillo, Rossana, "Juventud en exequias: violencias, precarización y desencanto", en *Conspiratio*. "Violencia de Estado: el fracaso de la transición", año II, nº 12, México, 2011, p. 69

proceso acelerado de paramilitarización del país bajo la protección oficial, con evidentes tintes del peor de los autoritarismos y terrorismo de Estado.[21]

Como explica Fazio:

> el paramilitarismo no es, como se pretende, un actor independiente, a la manera de una 'tercera fuerza' que actúa con autonomía propia. Es, como en la matanza de Acteal, Chiapas (1997), una estrategia del Estado ligada al ejército y basada en la doctrina de contrainsurgencia clásica de la Escuela Francesa, asimilada y perfeccionada por el Pentágono y la Agencia Central de Inteligencia (CIA). En el caso mexicano existe una relación estructural, histórica, entre quienes practicaron la guerra sucia y los cárteles de la economía criminal. Los viejos guerreros sucios que asesinaron y desaparecieron civiles y guerrilleros en los años 60 y 70, entre ellos muchos mandos castrenses y policiales, nutrieron a la nueva generación de narcotraficantes, secuestradores y asaltantes, y hoy podrían ser refuncionalizados por el gobierno con fines de control social.[22]

De este modo, el colapsado Estado mexicano, subordinado al imperialismo norteamericano, muestra ejemplarmente que militarización, exterminio y "democracia" son enteramente compatibles: una nueva forma de gobernar bajo el manto de un Estado Democrático de Derecho que cubre en realidad a un Leviatán malherido que exhala una nueva virulencia letal en su afán de permanencia.

3. Violencia fundacional

No obstante lo expuesto, no todo se mueve bajo el calendario y la geografía de la guerra contra el narcotráfico, sino que existen proyectos alternativos que se plantean desde abajo. Sin embargo, para hacerlos visibles y hacer sentibles sus esperanzas, es necesario romper el orden del discurso hegemónico para hacer evidente –como señala el Subcomandante Marcos– que:

> en la identidad colectiva de buena parte del territorio nacional no está, como se nos quiere hacer creer, la disputa entre el lábaro patrio y el narco-corrido (si no se apoya al gobierno entonces se apoya a la delincuencia, y viceversa). No. Lo que hay es una imposición, por la fuerza de las armas, del miedo como imagen colectiva, de la incertidumbre y la vulnerabilidad como espejos en los que esos colectivos se reflejan.[23]

Para esto es necesario hacer referencia a la violencia fundacional que inauguró el orden colonial. Violencia fundante cuya confrontación y resistencia –de quienes la han padecido históricamente– da respuestas, crea alternativas, confronta otros tipos de violencias y da

21 Ver. Fazio, Carlos, "Sobre los matazetas", en *La Jornada*, México, 3 de octubre de 2011, y Proceso "Los paramilitares si existen", nº 1822, México, 02 de Octubre de 2011

22 Fazio, Carlos, "Paramilitarismo y… op. cit., p. 19.

23 Subcomandante Insurgente Marcos, "Apuntes sobre las guerras (…) op. cit., p. 41.

cuenta de la modernidad y viabilidad de tradiciones históricas diversas. Me refiero a la construcción de un orden social, político y cultural basado en la violencia epistémica como forma de ejercer el poder simbólico. Es decir "la alteración, negación y en casos extremos como las colonizaciones, extinción de los significados de la vida cotidiana, jurídica y simbólica de individuos y grupos".[24] Mediante el uso del poder simbólico se naturalizan relaciones de dominación, opresión y explotación, ya que la coerción que ejerce la violencia simbólica se instituye por medio de una adhesión que el dominado no puede evitar otorgar al dominante, cuando solo dispone, para pensarlo y pensarse, o pensar su relación con él, de categorías o instrumentos de conocimiento que comparte con él, y que al no ser más que una forma incorporada de la estructura de la relación de dominación, hacen que esta se conciba como natural.

> El poder simbólico sólo se ejerce con la colaboración de quienes lo padecen porque contribuyen a establecerlo como tal […] y esa complicidad no se concede mediante un acto consciente y deliberado; la propia complicidad es el efecto de un poder, inscrito de forma duradera en el cuerpo de los dominados, en forma de esquemas de percepción y disposiciones (a respetar, a admirar, a amar, etcétera), es decir, de creencias que vuelven sensible a determinadas manifestaciones simbólicas, tales como las representaciones públicas de poder.[25]

La dominación siempre tiene una dimensión simbólica. Como afirma Pierre Bourdieu "los actos de sumisión, de obediencia son actos de conocimiento y reconocimiento, que como tales recurren a estructuras cognitivas susceptibles de ser aplicadas en todas las cosas del mundo y, en particular, a las estructuras sociales".[26] Así, mediante el uso del poder simbólico, la violencia epistémica invisibiliza al otro –al dominado– expropiándolo de su posibilidad de representación. Estas formas de ninguneo, invisibilización y alteración de experiencias, traen como consecuencia silencios y ausencias en la vida social y política, y por tanto marginaciones y exclusiones que mantienen en la intemperie a grandes grupos humanos. De este modo es que identidades, representaciones sociales, racionalidades y manifestaciones jurídicas han sido violentadas y acalladas en la construcción de la ficción del Estado nación que hoy llamamos México, desde un imaginario colonizador primero, y ahora bajo un discurso tecnocrático/neoliberal que podríamos calificar sin tapujos como neocolonizador o como un colonialismo interno/externo.[27]

---

24 Belausteguigoitia, Marisa, "Descarados y deslenguadas: el cuerpo y la lengua india en los umbrales de la nación", en *Debate Feminista*, año 12, vol. 24, México, 2001, pp. 237-238.

25 Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona, 1999, pp. 225- 227.

26 Ibid, p. 227.

27 La definición del colonialismo interno está originalmente ligada a fenómenos de conquista, en que las poblaciones de nativos no son exterminadas y forman parte, primero, del Estado colonizador y, después, del Estado que adquiere una independencia formal, o que inicia un proceso de liberación, de transición al socialismo o de recolonización y regreso al capitalismo neoliberal. Los pueblos, minorías o naciones colonizados por el Estado-nación sufren condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel internacional: habitan en un territorio sin gobierno propio; se encuentran en situación de desigualdad frente a las élites de las etnias dominantes y de las clases que las

La palabra colonización sirve para caracterizar las jerarquías económicas y políticas más evidentes así como la producción de un discurso cultural particular sobre lo que se llama el tercer mundo (países subdesarrollados). Supone una relación de dominación estructural y una supresión –con frecuencia violenta– de la heterogeneidad del/los sujeto/s en cuestión,[28] constituyéndolo/borrándolo/obligándolo(s) a ocupar el espacio del otro autoconsolidante del imperialismo.[29] La histórica imposición violenta de distintos modelos sociales (re-colonizaciones) a contrapelo de la condición cultural de la mayoría de los hoy mexicanos, ha traído como consecuencia un sin fin de conflictos sociales a lo largo de nuestra historia, los cuales han motivado sublevaciones populares, mismas han sido silenciadas y reprimidas brutalmente. Los estallidos violentos que nacen de estos conflictos no resueltos, "desnudan las formas escondidas, soterradas, de los conflictos culturales que acarreamos, y que no podemos racionalizar",[30] y en el actual contexto de globalización neoliberal se han venido agudizando y sus manifestaciones no se han hecho esperar, ante el despojo y la negación estructural reinante. Es por esto que resulta fundamental el debate en torno a la globalización y sus consecuencias, pues no se puede obviar la historicidad de ciertos procesos cuya explicación no se agota en la emergencia del "nuevo" orden global neoliberal, sino que hay que traer a debate esas racionalidades otras subalternizadas en la construcción de la modernidad capitalista.

Con relación a las violencias esto parece particularmente relevante en tanto hoy muchos de los brotes violentos y conflictos sociales hunden sus raíces en la historia y se convierten en las "molestas" señales de un retorno a cuestiones no resueltas y hoy agudizadas por los vientos neoliberales.[31] Por esta razón es que para entender a México en particular y la América Latina en general, es necesario acudir a la violencia fundacional de la colonialidad del poder y del saber.

---

integran; su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo; sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de "asimilados"; los derechos de sus habitantes y su situación económica, política, social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central; en general, los colonizados en el interior de un Estado-nación pertenecen a una "raza" distinta a la que domina en el gobierno nacional, que es considerada "inferior" o, a lo sumo, es convertida en un símbolo "liberador" que forma parte de la demagogia estatal; la mayoría de los colonizados pertenece a una cultura distinta y habla una lengua distinta de la "nacional". Si, como afirmara Marx, "un país se enriquece a expensas de otro país" al igual que "una clase se enriquece a expensas de otra clase", en muchos estados-nación que provienen de la conquista de territorios, llámense Imperios o Repúblicas, a esas dos formas de enriquecimiento se añaden las del colonialismo interno (Marx, 1963: 155, Tomo I). Tomado de González Casanova, Pablo, "Colonialismo Interno. Una redefinición", *Rebeldía* nº 12. México, octubre de 2003. p. 52. Ver Rivera Cusicanqui, Silvia, Ch'ixinakax utxiwa. *Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010.

28 Mohanty, Chandra Talpade, "Bajo los ojos de occidente. Saber académico y discursos coloniales", en *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Traficantes de Sueños, Madrid 2008, pp. 70-71.

29 Spivak, Gayatri Chakravorty, "Estudios de la Subalternidad: Deconstruyendo la Historiografía" en *Estudios Post*… op. cit. p. 51.

30 Rivera Cusicanqui, op. cit, p. 20.

31 Cfr. Reguillo, "Violencias y después… op. cit.

> Para entender esta región del mundo hay que acudir a la "violencia fundacional", a la relación desnivelada y brutal que los imperios establecieron con las colonias que más allá de su violencia física, implicó el sometimiento a través de dos dispositivos culturales: el lenguaje y la religión. De un lado, estos dispositivos sirvieron para normalizar una diferencia que resultaba inmanejable desde los códigos y parámetros de la cultura dominante; pero de otro lado, construyeron el entramado estructural y simbólico para la asunción de la anomalía o de la identidad deteriorada por parte de los colonizados. La palabra blanca, masculina, católica, no sólo ejerció su dominio, sino que se convirtió en la unidad de medida de lo legítimo y válido en un espacio público que condenó al silencio y a la invisibilidad a numerosos actores sociales, los no blancos, los no hombres. El entusiasmo con el que las élites locales abrazaron este ideal tres siglos después, terminó por instalar esta forma de relación violenta y por naturalizar el desprecio y la exclusión de todos aquellos alejados del centro de una modernidad "de aparador.[32]

La instauración de la modernidad capitalista llego a la América Latina desde fuera y como violencia de conquista,[33] adoptando desde el inicio la forma colonial. Paradigma perverso

32 Ibíd.

33 América Latina fue la primera colonia de la Europa moderna –sin metáforas ya que históricamente fue la primera "periferia" antes que el África y el Asia. La "colonización de la vida cotidiana del indio, del esclavo africano poco después, fue el primer proceso "europeo" de "modernización", de civilización de subsumir (o alienar) al Otro como "lo Mismo", pero ahora ya no como objeto de una praxis guerrera, de violencia pura –como en el caso de Cortés contra los ejércitos aztecas o de Pizarro contra los incas– sino de una praxis erótica, pedagógica, cultural, política, económica, es decir, del dominio de los cuerpos por el machismo sexual, de la cultura, de tipos de trabajos, de instituciones creadas por una nueva burocracia política, etc., dominación del Otro. Es el comienzo de la domesticación, estructuración, colonización del "modo" como aquellas gentes vivían y reproducían su vida humana. Sobre el efecto de aquella "colonización" del mundo de la vida se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial, una economía capitalista (primero mercantilista y después industrial) dependiente y periférica desde su inicio, desde el origen de la Modernidad (su "Otra-cara": te-ixtli). El mundo de la vida cotidiana (Lebenswelt) conquistadora-europea "colonizará" el mundo de la vida del indio, de la india, de América. Dussel, Enrique, 1492*. El encubrimiento del otro. El origen del mito de la Modernidad*, Ediciones Antropos, Bogotá, 1992, pp. 69-70. Es preciso hablar aquí, frente a lo que dice Dussel, en torno al fenómeno del mestizaje y rescatarlo del simplismo que entraña entenderlo como el producto de un choque de culturas que da pie a una cultura sincrética o híbrida, pues esta idea esconde más de lo que muestra al cooptar y mimetizar mediante la incorporación selectiva de ideas y símbolos en torno a lo que es "mestizo", alimentando un multiculturalismo despolitizado y cómodo. Silvia Rivera Cusicanqui –hablando de la realidad andina– cuestiona el discurso en torno a la hibridez ya que este "asume la posibilidad de que de la mezcla de dos diferentes, pueda salir un tercero completamente nuevo, una tercera raza o grupo social capaz de fusionar los rasgos de sus ancestros en una mezcla armónica y ante todo inédita. La noción de ch'ixi, por el contrario, equivale a la de "sociedad abigarrada" de Zavaleta, y plantea la coexistencia en paralelo de múltiples diferencias culturales que no se funden, sino que antagonizan o se complementan. Cada una se reproduce a sí misma desde la profundidad del pasado y se relaciona con las otras de forma contenciosa", Rivera Cusicanqui, op. cit. p. 70. Más o menos en la misma tesitura –hablando de la realidad mexicana– Bonfil Batalla mostró cómo el discurso en torno al mestizaje producto ideológico de la Revolución Mexicana invisibilizó la heterogeneidad y diversidad del movimiento revolucionario y sus distintos proyectos de nación, de este modo se trato de redimir al indio a través de su desaparición "[…] lo que el México de la revolución se propone por una parte es, redimir al indio, esto es, incorporarlo a la cultura nacional y a través de ella a la civilización universal (es decir, occidental); y, por otra parte apropiarse de todos aquello símbolos del México profundo que le permitan construir su propia imagen de país mestizo". Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo. Una civilización negada*, Debolsillo, México, 2006, p. 168.

que nos corretea hasta nuestros días, pues responde a una lógica de inclusión/exclusión fundamentada, como señala Armando Bartra en coartadas racistas. Dicho paradigma "responde a la lógica expansiva del gran dinero, produce y reproduce relaciones serviles y esclavistas. Pero los procedimientos racistas de dominación y los mecanismos coercitivos de explotación no resultaron sólo de la vía colonial sino también de las exigencias socioeconómicas del modelo tecnológico que se impuso en muchas regiones",[34] a saber, el modelo económico y tecnológico capitalista occidental.

En América Latina se pude afirmar que a partir de la conquista y la imposición del modelo colonial, las formas coactivas de explotación se asocian a relaciones sociales racistas y formas de dominación despóticas y patriarcales. Dicha asociación no es para nada casual, ya que "la diversidad mercantilizada puede ser lucrativa, razón por la cual hay circunstancias en que las identidades amaestradas adquieren un valor positivo dentro del orden social existente. Existen sin embargo otras causas de que perdure la etnicidad estigmatizante de connotación negativa",[35] como dispositivo biopolítico[36] que permite la cíclica inclusión/exclusión de amplios sectores de la sociedad, basado en un prejuicio cultural más que biológico, es decir en base a "hábitos opuestos al pensamiento racional, costumbres reacias a la disciplina, carencia de ambiciones, falta de voluntad de progreso".[37] Con esto lo que quiero poner de manifiesto es que el profundo problema de violencia estructural que vivimos día a día en México revela una estructura de poder sustentada en el dominio y la explotación instaurados con el orden colonial hace más de 500 años y que no solo no ha sido cancelado, sino que ha sido refuncionalizado en un colonialismo interno/externo, bajo las bases ideológicas de un "neoliberalismo armado".[38]

---

34 Bartra, Armando, *El hombre de hierro. Los límites sociales y naturales del capital*, Itaca, México, 2008, p. 184.

35 Ibid.

36 En los estados modernos, el discurso de los derechos humanos y de la ciudadanía es la forma de sacralizar la nuda vida, y es su forma de inscribirla en el derecho. A tenor de ese discurso de los derechos humanos y de la ciudadanía, el simple nacimiento de los seres humanos (en tanto que libres, iguales y dotados de derechos innatos) marcaría el fundamento de la bios. Sin embargo, sabemos que esto no es así, y la clave de análisis biopolítica nos muestra cómo el Estado de excepción devenido en permanente y expresado en la guerra, la limpieza étnica, el genocidio y también el genocidio social, despojan constantemente a la nuda vida de ese estatuto jurídico. Son sin duda, biopolíticos, su objetivo son las poblaciones. Tomado de Medici, Alejando, *Políticas de la vida. Biopolítica y teoría crítica de los derechos humanos* (mimeo). Ver Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 2010.

37 Bartra, op. cit, p. 185.

38 El término «neoliberalismo armado» designa que una parte del mundo evita y domina simultáneamente la economía de la otra parte, modulando la mezcla exacta de las relaciones económicas y militares según la región y el momento. Su objetivo político implícito es profundizar las diferencias económicas y militares, convertirlas en irreversibles y llevarlas a una situación explosiva y terminal. El panorama financieramente programado –desde las instituciones globales del Fondo Monetario Internacional, la OMC y el Banco Mundial– es a fin de cuentas la naturalización de las desigualdades. La intervención militar unificadora se propone entonces la creación de espacios económicos no soberanos, que acepten las recomendaciones del Banco Mundial y el FMI, y compensen con las concentraciones económicas la pulverización de las soberanías formales, que deben funcionar como democracias pero no soberanas. La democracia se convierte así en una cualidad simplemente municipal. Y el proyecto imperial estadounidense, comparable

Es así que a través del orden colonial y el ejercicio de la violencia epistémica, se pretendió acallar e invisibilizar experiencias e imaginarios otros, propios de los pueblos indios mexicanos, lo cual revela en la actualidad una estructura de poder y la complicidad existente entre la ciencia occidental moderna y el modelo de desarrollo dominante –entendido como ideología de la superioridad del modelo civilizatorio occidental capitalista– basado en un paradigma científico-tecnológico ligado al colonialismo y la imposición violenta de una epistemología excluyente, que priva a los pueblos de culturas diferentes la oportunidad de definir sus propias formas de vida social. Sin embargo, la raíz de los pueblos es fuerte y no pudo ser arrancada, y lejos de ser silenciados, los pueblos indios mexicanos reafirman hoy más que nunca su palabra, en un nuevo contexto de guerra de exterminio.

4. La defensa del territorio como práctica descolonizadora

La estructura agraria del México contemporáneo, así como su configuración pluricultural, es el resultado de una persistente lucha de los pueblos originarios por la recuperación y reconocimiento de sus tierras frente al despojo del que han sido objeto por parte de las clases dominantes a lo largo de nuestra historia, así como la resistencia a la pérdida de sus identidades. Esta pugna inmemorial cobra especial importancia en estos comienzos de nuevo milenio pues constituye una lucha en la que los pueblos indios y campesinos se juegan la vida, ante la destrucción desatada por un capitalismo asesino y devorador de identidades y territorios, a través de una guerra contra la subsistencia.[39]

La lucha por la tierra se opone a la destrucción de las formas de vida vernáculas y las bases de su subsistencia, sentidos locales de la buena vida, costumbres y tejidos sociales comunitarios. Esta lucha por la tierra y la identidad se encuentra en el corazón de los actuales movimientos campesino-indígenas que buscan la re-apropiación de sus contextos, y se ha venido configurando en base a descalabros, triunfos, avances y retrocesos a lo largo de la historia, pero siempre en pie de lucha por la tierra, el territorio históricamente negado, desde la conquista europea hasta el actual dominio de la tecnocracia neoliberal. De este modo, los movimientos campesinos/indígenas contemporáneos son herederos de antiguos procesos de resistencia al despojo de sus territorios y el aniquilamiento de sus identidades.

---

al imperio romano, no tiene ninguna necesidad de alianzas políticas y económicas. En consecuencia, el desorden total (guerra civil, entre otros aspectos) de un Estado nación (intervenido militar y económicamente) no es una catástrofe para el imperio, sino eventualmente un pasaje obligado hacia el neoliberalismo. […] Así, toda una operación de reescritura organiza el despliegue de los dispositivos militares, políticos, económicos y culturales del discurso neoliberal. Lo que hace el discurso neoliberal es reescribir la economía de mercado como una pulsión de fuerzas naturales y ocultar con ello a las instituciones, los individuos, los actores globales y locales que motorizan al capitalismo global. Pero no sólo oculta. Con esta operación lingüística se persigue plantear el orden económico imperante como la única forma deseable y posible de futuro de las sociedades modernas. Tomado de Contreras Natera, Miguel Ángel, "Imperio y fin de sciécle. El 11 de septiembre: una perspectiva crítica", en *Cuadernos del Cendes*, año 24, nº 64, Tercera Época, Enero-Abril, 2007, pp. 102-103.

39 Cfr. Robert, Jean, "Esperando el retorno de los saberes de subsistencia", en *Conspiratio «los motivos de la esperanza»*, año 1, nº 1, septiembre-octubre, México, 2009, pp. 46-59.

Estás luchas campesinas e indígenas tienen su origen hace más de 500 años y surgieron como reacción a la instauración del orden colonial –aún vigente– por parte de los conquistadores europeos. La fundación de la modernidad capitalista y la expansión del derecho moderno viene configurada por la "conquista de América" en cuanto nuevo territorio que exige ser dominado, física, psíquica y normativamente.

> La víctima implícita y explícita, ayer y hoy, de la colonialidad del poder, son los pueblos indígenas […] la política de la espacialidad es importante para el Derecho ya que a través de ella, y de manera soterrada, se fagocitan territorios y sujetos a partir del patrón de la racialidad; […] a partir de unos patrones de inclusión/exclusión fundados originalmente en la conquista, evento fundador de la colonialidad.[40]

Con la instauración del orden colonial en el territorio de lo que hoy llamamos México se inicia una larga guerra de conquista instrumentada mediante políticas, instituciones, leyes y campañas militares contra los pueblos indios, con la finalidad de despojarlos de sus territorios y dominarlos tanto física como psíquicamente en pos de la instauración de la civilización occidental y sus presupuestos "universales". Esta guerra de conquista hoy en día está lejos de haber terminado, pues en la actualidad "democrática" mexicana el despojo y la explotación siguen siendo una constante, aunque refuncionalizada e instrumentada a través de nuevos mecanismos de acumulación y despojo. "Si bien la modernidad histórica fue esclavitud para los pueblos indígenas de América fue a la vez una arena de resistencia y conflictos, un escenario para el desarrollo de estrategias envolventes, contra-hegemónicas, y de nuevos lenguajes y proyectos indígenas de la modernidad".[41]

Hacer referencia a estas luchas nos permite dilucidar la dinámica histórica en la que los pueblos indios han demostrado su apuesta por un proyecto jurídico-político diverso, su propio proyecto de modernidad, sustentado en profundas tradiciones históricas, impregnadas de saberes pertenecientes a sus culturas materiales y espirituales, donde las estructuras de reciprocidad aún subsisten. Los pueblos indios mexicanos al producir mediante sus capacidades vernáculas su subsistencia –bienestar–, crean una cultura material histórica que preserva "un modo de ser y de vivir que se define por la capacidad autónoma de definir la propia vida y allegarse los medios para vivirla".[42] Son experiencias de la construcción de nuevos territorios en los que se reinventa las figuras de hacer colectivo. Territorios que conjugan de otra manera las formas comunitarias y la organización política autónoma en prácticas descolonizadoras.[43]

---

40 Martínez de Bringas, Asier, "La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas", en *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 2007, pp. 642,643.

41 Rivera Cusicanqui, op. cit., p. 53.

42 Esteva, Gustavo, entrevista con Patricia Gutierrez-Otero y Javier Sicilia, "La fuerza de la localidad", en *Ixtus. Espíritu y cultura*. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad», año XI, nº 42, México, 2003, p. 48.

43 Cfr. Rivera Cusicanqui, op. cit., p. 8.

Los pueblos indios mexicanos son herederos de toda una cultura basada en profundas relaciones entre la tierra y la naturaleza, donde el territorio y las actividades productivas son reafirmados como espacios de vida y reproducción socioeconómica que se transmiten a través de una serie de prácticas cotidianas de generación en generación. Esta cultura recrea y produce nuevas identidades que posibilitan una constante lucha por la historia y el reconocimiento como sujetos sociales que escriben y se apropian de su pasado, presente y futuro.[44] Por lo cual, es fundamental al hablar de los pueblos indios hacer referencia a su dinamismo y pluralidad, desde sus distintas formas de articulación al sistema, hasta las expresiones más variadas de su resistencia.

Los pueblos indios y campesinos mexicanos han protagonizado fuertes luchas de resistencia no sólo por conservar sus identidades como sujetos políticos y epistemológicos diversos, sino también por conservar y reapropiarse de la base material y espiritual donde estas identidades pueden desarrollarse, a saber, por recuperar y conservar el control de sus territorios, mediante la puesta en práctica de iniciativas de independencia política, autogestión socioeconómica y autogobiernos locales y regionales. El histórico reclamo campesino-indígena de tierra y libertad,[45] constituye un reclamo por autonomía y la base material para que esta pueda realizarse. La tierra no sólo concebida como medio de trabajo, sino también como hábitat y territorio histórico, como medio ambiente, como paisaje, gestión económica y autogobierno.[46] Floriberto Díaz Gómez decía que: "aunque es muy limitada, la noción occidental de territorio es la que mejor expresa este concepto integral de lo que significa la tierra para nosotros los indios. Por eso territorio es un palabra de batalla en el plano jurídico, frente a los Estados-gobierno".[47]

En los últimos años se ha producido una profunda e importantísima mutación política en un número creciente de personas y grupos sociales. Se trata de la mutación, de la histórica

44 Vargas, Cecilia, Pérez, Elia, Castañón, Héctor, Pérez, Lorenzo, Villagómez, Lourdes y Lozano, Nidia "Desarrollo rural, una utopía para todos", en Cuadernos de la Maestría de Desarrollo Rural, nº 1 ensayos y notas de los alumnos de la 7ª generación, Ed. UAM-Xochimilco, México, 1999, p. 19.

45 La tierra en un sentido amplio es el planeta Tierra que Edgar Morin llama la Tierra Patria; los indígenas, la Madre Tierra; Saint-Exupery, la Tierra de los Hombres. En concreto, el terreno con el cual uno toma raíz en ella es una realidad necesariamente colectiva de quienes la trabajan y la garantía de la libertad de quienes la habitan: Tierra y Libertad. Como la calle y la libertad que en ella normalmente circula, no es de nadie, porque es el espacio colectivo de todos los que la animan, en ellas se expresan, gozan o luchan, le dan vida. El terruño es la patria chica, mi memoria desde la niñez, lo que añoran el migrante y el exiliado, lo que sepulta mis muertos, lo que el Principito llama su rosa con su compañero el zorrito: la materialidad, la vida y la animalidad del hombre y la humanización de la materia, de la vida y del animal hospedados en este terruño. Terruño es inseparable de cariño. El territorio es el espacio reapropiado por un pueblo, el patrimonio del first people, el pueblo originario que lo ha habitado y modelado en el transcurso de los siglos (acuerdos de San Andrés y Convenio 169 de la OIT), el que alberga la raíz y las ramificaciones actuales de su historia. Tiene y genera soberanía. Tomado de Aubry, Andrés, "Tierra, terruño, territorio I", en *La jornada*, México, 1 de junio de 2007.

46 Bartra, Armando, "Reformas agrarias del nuevo milenio", en *Masiosare*, México, 14 de febrero de 1999.

47 Díaz Gómez, Floriberto "Pueblo, territorio y libre determinación indígena", en *La jornada* semanal, México, 11 de marzo del 2001.

e inmemorial lucha por la tierra, a la defensa del territorio. En esa tradición se apoyan hoy los pueblos indios y campesinos que en la defensa vigorosa de su territorio encuentran la base para sustentar, con su modo de vida, una nueva forma de auténtica democracia.[48] Por lo anterior, siguiendo a Robert se puede decir que el territorio indígena es el lugar de la ética, ya que "para que la ética pueda encarnarse es necesario que encuentre un lugar, un locus adecuado".[49] Un lugar para la relación, en la cual pueda manifestarse el habla, el saber y el Derecho de un pueblo, manifiestos no sólo en su existencia material de seres humanos, sino también su existencia espiritual, su código ético e ideológico y, por consiguiente, su conducta política, social, jurídica, cultural, económica y civil.[50]

El territorio para los pueblos indios constituye un bien colectivo transgeneracional y es garantía de existencia futura, unidad ecológica fundamental donde se desarrolla la vida de los pueblos en sus múltiples expresiones y formas. Es fuente de convivencia, saberes, de cultura, identidad, tradiciones y derechos. Es por esto que Enrique Leff afirma que "el territorio es el locus de los deseos, demandas y reclamos de la gente para reconstruir sus mundos de vida y reconfigurar sus identidades a través de sus formas culturales de valorización de los recursos ambientales y de nuevas estrategias de reapropiación de la naturaleza".[51] Como lo dice Andrés Aubry, el territorio "es el espacio reapropiado por un pueblo, el patrimonio del first people, el pueblo originario que lo ha habitado y modelado en el transcurso de los siglos […] el que alberga la raíz y las ramificaciones actuales de su historia. Tiene y genera soberanía".[52]

El territorio es lugar porque ahí arraiga una identidad en la que se enlazan lo real, lo imaginario y lo simbólico, sustento de cultura y cosmovisión, tierra y comunidad que están entrelazadas, con un pasado, un presente y un futuro.[53] Por lo anterior, la lucha por la tierra –por el territorio– constituye una reivindicación que llevada a sus últimas consecuencias

48 Cfr. Esteva, Gustavo, "La lucha por la democracia", en *La jornada*, México, 16 de julio de 2009.

49 Robert, Jean, "La cara oscura de la bioética" Conversación con Jean Robert. Javier Sicilia y Pedro Bonnin, en *Conspiratio* «El otro lado de la bioética», Año 1, nº 5, mayo-junio, México, 2010, p. 46

50 Cfr. Díaz Gómez, Floriberto, "Comunidad y comunalidad", en *La jornada* semanal, México, 11 de marzo de 2001

51 Leff, Enrique, *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI, México,, 2004, p. 125

52 Aubry, op. cit.

53 Altepetl fue el término utilizado por los hablantes del náhuatl antes del domino español para denotar sus unidades básicas de organización comunitaria. El altepetl (literalmente del nahuátl, átl- agua, tepetl-fortaleza, defensa, cerro "cerro lleno de agua"), es un simbolismo del medio físico, recalcando su expresión de territorialidad. El altepetl es el concepto central de la organización política prehispánica, como unidad básica de organización comunitaria. No solo implicaba aspectos urbanísticos o sociopolíticos, sino también de índole estética, simbólica, ecológica y geográfica. Se trata de un concepto que remarca los valores simbólicos de la naturaleza, sobre todo todos aquellos indispensables a la supervivencia y las relaciones humanas. En sí, el propio metónimo 'altepetl', 'agua-montaña', evoca una gama amplia de metáforas que aportaban, y todavía aportan, significados y razón de ser de la vida de una comunidad mesoamericana. Los topónimos que figuran en las tradiciones históricas son nombres de altepetl. Mas no se olvide que en Mesoamérica había otras perspectivas y terminologías además de la nahuatl". Así tenemos como

cuestiona la viabilidad del orden social existente. La finalidad de la lucha por la tierra no se limita al simple usufructo de la misma, sino que incorpora el Derecho a su gestión autónoma, incluyendo la defensa de sus recursos naturales (flora, fauna, semillas, agua, y sus valores simbólicos) elementos inherentes de sus culturas, sustento permanente, garantía de autonomía y autoabastecimiento, y una manera de organizar la producción y la vida. Es una lucha por la subsistencia y por poner límites a la voracidad del mercado y el reconocimiento de la pertinencia de racionalidades y tecnologías diversas para crear las condiciones materiales y espirituales donde sea posible de una vida digna de ser vida.[54]

Esta forma de ser y de vivir se manifiesta –en el ámbito de lo jurídico– en el acto de creación del Derecho en el seno de las comunidades, lo cual sólo se hace posible en un proceso de autoafirmación, autoconciencia y reivindicación de la identidad campesina e indígena, vivida en la autonomía y auto-organización. Estos procesos político-sociales, que en sus territorios llevan a cabo la construcción de la autonomía en los hechos,[55] realizan una labor de recuperación moral de la política, y desde ahí hacen un cuestionamiento profundo

equivalentes al altepetl, el ñuhu de las tradiciones mixtecas; el ndaatyuaa amuzgo; el batabil en las mayas, entre otras. No eran exactamente similares en sus formas de organizarse y legitimarse, pero sí equiparables. Ordinariamente se traduce altepetl como asentamiento, poblado, ciudad, estado, nación, lo cual es un empobrecimiento del concepto, ya que los españoles sustituyeron el concepto altepetl, por otro que les pareció más ajustado al contexto jurídico colonial, el de pueblo de indios, lo que provocó su simplificación a "localidad", "poblado". Sin embargo esto no solo implica un empobrecimiento del término, sino la pretensión de desarraigar a los indios de sus lugares y sus significaciones simbólicas, así como desarticular el complejo tejido sociocultural manifiesto en el altepetl, mediante un férreo mecanismo de control (tecnología disciplinaria), ya que el "pueblo" fue el instrumento para la imposición del régimen de vida que convino al colonizador. Ver Fernández Christlieb, Federico y García Zambrano, Ángel Julián [Coord.], *Territorialidad y paisaje en el Altepetl del siglo XVI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

54 Guillermo Bonfil Batalla decía que "el maíz es una criatura del hombre mesoamericano y este a su vez es el hombre de maíz", lo que da cuenta de la existencia de una civilización o cultura material propia de los mesoamericanos. El cultivo y consumo del maíz implicó el desarrollo de toda una cultura, con sus propias exigencias materiales, intelectuales y espirituales, obligando a organizar en torno a ellas y a su dinámica toda la vida comunitaria, en un conjunto de determinaciones que provienen de la influencia del maíz sobre todas las dimensiones de la vida cotidiana en una simbiosis ancestral. Por eso los hombres del maíz son hombres con una identidad diferente a la de los hombres del trigo, o de arroz. De este modo la lucha por la defensa del maíz y los saberes de subsistencia va íntimamente ligada a la lucha por el territorio y la autonomía, como condiciones para la existencia de la forma de vida campesina, frente a las políticas neoliberales y la introducción de semillas transgénicas. Es desde este lugar (desde esta cultura material) que se hace un cuestionamiento profundo de la colonialidad del poder y del saber, y se crean las bases jurídicas, políticas y epistemológicas donde –como señala Álvaro Salgado– se reconoce y valora la paciencia y el trabajo de criar y crear el maíz; la profunda relación con la tierra, con el tiempo y la sabiduría de saber estar en comunidad en un territorio; el don de las diversas semillas con sabor, color, danza, alegría siempre en distribución e intercambio, como fuerza, celebración, fiesta y ritualidad. Se trata de la expresión estética y técnica de culturas vivas que se expresan en lenguas vivas. La defensa del maíz –con todos sus nombres, formas, colores y sabores– y las demás semillas nativas y sus formas de cultivarlas [la milpa, pues], pasa necesariamente por la defensa integral de los pueblos de maíz y su autonomía. En este contexto, sembrar maíz es un acto de protesta y de resistencia política activa, es práctica descolonizadora y apuesta por un proyecto propio de modernidad.

55 Más que hablar de la lucha por la autonomía se debe hablar de autonomías, ya que la reflexión en torno a la territorialidad y la autonomía indígena en México debe hacerse de realidades concretas en las cuales se

de nuestra socialidad toda y las condiciones de violencia estructural en las que se sustenta, apostando por relaciones fundadas en el reconocimiento y reciprocidad. Es importante hablar de estos procesos, de estos lugares otros, donde se construye la autonomía en los hechos mediante prácticas descolonizadoras como propuesta y acción cotidiana.

5. Pluralismo jurídico como Derecho que nace del pueblo

En México la cuestión nacional no se reduce a la desigualdad entre clases sociales, sino que involucra también desigualdades entre sectores de la población que han mantenido lenguas, costumbres, tradiciones y formas de reproducción y organización sociales propias. Identidades que buscan su reconocimiento como subjetividades liberadas, basadas en la recuperación de experiencias compartidas como colectividades políticas, sujetos colectivos y movimientos sociales. Es decir, procesos de ruptura que permiten se tornen sujetos de su propia historia. La lucha para afirmar su identidad implica contraponerse a todas las formas de alienación que tienden a transformar al ser humano de sujeto en objeto.[56] Por tanto, para entender estos procesos es necesario acudir a la violencia fundacional que marcó brutalmente la relación desnivelada entre los imperios y sus colonias y por tanto entre culturas, saberes y derechos, mediante el uso de la violencia epistémica como forma de ejercer el poder simbólico sobre los pueblos indios mexicanos para negar y subyugar sus identidades. Hacer evidente esta relación es crucial para entender el fenómeno de lo jurídico en su ligazón con la construcción social de las violencias, y el proceso que ha llevado a estos pueblos a crear un derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico, expresión de autonomía vivida en los hechos.

Ante la crisis de hegemonía del modelo jurídico tradicional, monista, estatal e individualista, resulta necesario un nuevo criterio de racionalidad que permita explicar la complejidad de la realidad social latinoamericana. Esto a través de la creación de un nuevo paradigma societario de producción normativa; un pluralismo jurídico como gradual y progresiva respuesta al modelo jurídico autoritario-positivista, para su transformación en paradigma alternativo, fundamentado en propuestas culturales basadas en las condiciones y practicas cotidianas, procesadas e instituidas por nuevos agentes históricos.

---

matizan ciertas prácticas autonómicas y de dominio territorial, conservadas a pesar, y aun en contra, del Estado-nación dominante y atienden a contextos socio-históricos particulares. Muchos son los procesos que buscan construir su autonomía a lo largo y ancho del territorio nacional. Entre los más destacados, o que gozan de mayor visibilidad se encuentran los municipios autónomos y las juntas de buen gobierno zapatistas en Chiapas, la Policía Comunitaria en la Montaña y Costa Chica de Guerrero, los triquis del municipio autónomo San Juan Copala en Oaxaca, las comunidades de Cherán y Santa María Ostula en Michoacán, el pueblo yaqui de Vicam Sonora… Sin embargo, a pesar de que sólo algunos procesos tienen cierta visibilidad a nivel nacional e internacional, muchos son los procesos que en mayor o menor medida forjan su autonomía. Se trata de proyectos, programas y procesos variados de seguridad y justicia comunitaria, comunicación comunitaria, así como diversos retos de organización y administración del ejercicio autónomo.

56 Wolkmer, Carlos Antonio, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Mad, Sevilla, 2006, p. 121.

En las estructuras del capitalismo periférico en general y en particular en América Latina, el fenómeno de lo jurídico no puede reducirse a las instituciones y los órganos representativos del monopolio estatal, es necesario el reconocimiento de otras fuentes informales de producción jurídica generadas en el seno de la propia sociedad, por ella y hacia ella, creadas en el proceso de construcción de la autonomía. Ante la insuficiencia de las fuentes formales clásicas del modelo jurídico estatal, los nuevos movimientos sociales se hacen portadores privilegiados del nuevo pluralismo político y jurídico, que nace de las luchas y de las reivindicaciones alrededor de las carencias, aspiraciones y necesidades humanas fundamentales.[57] A pesar de la imposición colonial de un orden social y de un sistema jurídico, existe una juridicidad alternativa basada en un concepto histórico de justicia [arraigado en un tradición], se trata de un Derecho que nace del pueblo[58] que surge a partir de sus vivencias y necesidades comunitarias, que no es infalible, pero que ha mostrado su flexibilidad y coherencia, además de su capacidad para coexistir con el sistema normativo que emana del Estado.

A pesar del no reconocimiento pleno de la autonomía indígena en México, la estrategia de los pueblos indios mexicanos ha sido construirla en los hechos como ejercicio constante de su libre autodeterminación, evidenciando que la legalidad vigente es superada con creces "por las experiencias autonómicas que desde la práctica están generando modelos de sociedad y de ciudadanía alternativos, los cuales muestran a las comunidades y pueblos indígenas como sujetos de derecho y no como sujetos de políticas asistencialistas. No sólo están administrando su justicia, están también construyendo formas de gobierno diferentes y en la medida de lo posible buscando otras formas de desarrollo".[59]

De modo que el ejercicio de la autonomía y la reafirmación/reivindicación de los Acuerdos de San Andrés Sacamch'en[60] como su ley suprema, muestran cómo diversos pueblos indios en México afirman y demuestran desde su *praxis* cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se limita al Derecho Positivo estatal vigente, sino que hay que comprender la existencia de una brecha entre las estructuras formales y reales en la sociedad mexicana, que implica la coexistencia de juridicidades que entran en conflicto. Entre un Derecho que nace del Estado que no representa los intereses y necesidades reales de la gente, al ponerse al servicio de las clases dominantes y los intereses del mercado y el capital; y otro derecho que nace del pueblo[61] –como pluralismo jurídico y epistemológico contrahegemónico– que

57 Cfr. Ibid, pp. 307 y 308.
58 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Porrúa, México, 2006.
59 Sierra, María Teresa, "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", [en línea], Formato html, Disponible en Internet: http://www.policiacomunitaria.org/, [citado el 4 de junio e 2012].
60 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "La larga marcha jurídica de los pueblos y comunidades indígenas por la dignidad y la autonomía", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, nº 34 México, 2010 y De la Torre Rangel, Jesús Antonio, y Rosillo Martínez, Alejandro, *Acuerdos de san Andrés. Texto, estudio introductorio, comentarios y referencias*, CENEJUS, San Luis Potosí, 2009
61 Cfr., El derecho que nace… op. cit.

surge a partir de sus necesidades y vivencias comunitarias. Se trata de una disputa por el poder simbólico, una "disputa por el derecho de decir el derecho".[62]

Esta disputa –entre visiones conflictivas de la historia– inscrita en nuestra realidad nacional revela la distancia entre las estructuras –sociales, políticas, económicas y culturales– que se han impuesto a contrapelo de nuestra condición cultural y las que se han mantenido vivas, contra todo y contra todos, como expresión de formas propias de pensamiento y comportamiento. Este conflicto tiene sus bases en una contienda histórica, producto del orden colonial que aún subsiste, pero que a pesar del despojo y la desigualdad [histórica] imperante, el descontento y la acción popular son capaces de crear prácticas colectivas, para la reapropiación de su contexto y sus modos de vida. Esta juridicidad alternativa, forjada por los pueblos indios, desde la tradición en la que se enmarcan y en sus luchas reivindicatorias se expresa en su lengua vernácula,[63] la cual tiene los conceptos, las categorías, en definitiva los elementos a través de los cuales estos pueblos enraizados en un lugar, con un pasado un presente y un futuro, definen, se apropian y transforman la realidad. De este modo, en base a esta juridicidad alternativa, los pueblos indios mexicanos ejercen en los hechos el derecho a la autonomía, como derecho madre[64] que constituye un contrapoder que articula saberes, prácticas y organización política orientados a abrir espacios de dignidad humana, arrebatándole al

62 "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, nº 30, México, 2006.

63 "El término "vernáculo" Es un término técnico tomado del derecho romano, donde se encuentra desde las primeras estipulaciones hasta su codificación por Teodosio (Código Teodosiano) […] Era vernáculo todo aquello que se confeccionaba, tejía y criaba en casa, no destinado a la venta sino al uso doméstico El habla vernácula está hecha de palabras y giros cultivados en el dominio propio del que se expresa, en oposición de lo que se cultiva y se trae de otra parte." Ivan Illich busca en el término vernáculo una palabra que "califique las acciones autónomas, fuera del mercado, por medio de las cuales la gente satisface sus necesidades diarias –acciones que escapan por su misma naturaleza al control burocrático, satisfaciendo necesidades, que por ese mismo proceso, obtienen su forma especifica […] Al hablar de la lengua vernácula y de la posibilidad de su recuperación, trato de que se tome conciencia y se discuta la presencia de una manera de existir, de actuar, de fabricar que, en una deseable sociedad futura, podría extenderse de nuevo a todos los aspectos de la vida". De este modo Illich opone el término lengua vernácula al de lengua materna, es decir una lengua que nace como instrumento al servicio de una causa institucional. La lengua que el Estado decidió que debería ser la primera lengua del ciudadano, considerando a la gente una criatura que tiene necesidad de que se le enseñe a hablar correctamente para "comunicarse" con el mundo moderno. Cfr. Illich, Ivan, *Obras reunidas II*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 92-98. A partir de las reflexiones de Illich respecto a la lengua vernácula creo encontrar una conexión con respecto al Derecho, es decir la diferencia entre un Derecho nacido de estructuras de reciprocidad inscritas en cada aspecto de la existencia de un pueblo y otro Derecho que nace como instrumento al servicio de una causa institucional desvinculado de la realidad sociocultural de los pueblos indios.

64 La autonomía entendida como derecho madre, expresa la concepción de la autonomía como el principal objetivo jurídico-político de las luchas campesino-indígenas en México, pues la autonomía constituye "el derecho del cual nacen todos los demás derechos de los pueblos indios". Esta idea fue expresada por el padre Anastacio Hidalgo Miramón ("padre Tacho"), durante la XXI Encuentro de "Enlace de Pastoral Indígena" (EAPI), Tema: "Proyecto Indígena: Memoria, Resistencia, Compromiso y Esperanza" celebrado en Tlahuelipan, Hidalgo, territorio hñahñu, del 7 al 10 de febrero de 2011.

Estado el monopolio de la violencia simbólica, ejercida desde el Derecho Positivo como objetivación de la visión dominante impuesta como única visión legítima.[65]

El Derecho que nace del pueblo al que nos referimos constituye el producto de un conflicto, una disputa inmemorial inscrita en nuestro devenir histórico. Pero a su vez también es tradición, memoria antigua y saber histórico mediante el cual se recupera la dimensión sapiencial del Derecho,[66] que es ante todo lectura e interpretación de la realidad, frente al carácter volitivo como forma y mandato emanado del Estado, propio del imaginario jurídico de la modernidad.[67] La concepción del Derecho en la modernidad es unívoca, es decir que el Derecho da cuenta de una sola realidad: el Derecho es la Ley o Derecho Positivo. Esta concepción del Derecho corresponde a un paradigma estatista y monopolista de la producción del Derecho, y sirve como instrumento para un Estado monoclasista que se expresa en un lengua nacional, culta, letrada y voluntariamente ajena a las lenguas e imaginarios locales de los pueblos indios, propio de un colonialismo interno.

Bajo la concepción positivista del Derecho, este queda reducido a la ley, y por tanto a la voluntad del legislador, como único productor válido de Derecho. Esta concepción se adapta como instrumento de un sistema político-social que sobrevalora al individuo, y cuyo contenido favorece el desarrollo del capitalismo, con todas sus consecuencias alienantes. De este modo, el fenómeno de lo jurídico queda atrapado en la ideología dominante y en la totalidad del modo de producción imperante, estrechamente vinculado con una tradición cultural monista, liberal-individualista y autoritario-positivista.[68] Sin embargo, como afirma Grossi:

> hoy se impone la recuperación de toda la complejidad de la experiencia jurídica, de todos los estratos de lo jurídico. No nos podemos rendir a la superficie plana de la validez a la cual el formalismo legalístico moderno nos ha vinculado y condenado, y se debe recuperar el estrato hasta ahora subterráneo de la efectividad. La consecuencia será la recuperación de un sustancial pluralismo jurídico, será el descubrimiento de una riqueza perdida o por lo menos olvidada.[69]

La forzosa colocación del Derecho a la sombra del Estado provoca una simplificación y reducción del universo jurídico, pasando por encima de la riqueza y complejidad de las relaciones sociales y culturales de los pueblos indios y su realidad histórica.

> Las luchas reivindicatorias de los indios anteponen para defensa de sus derechos su ser distinto, su ser otro, frente al dominador y su juridicidad. El apelar a un derecho ancestral y a un derecho que rompa con la lógica de la juridicidad de la modernidad, no es por considerar esos derechos

65 Cfr. Bourdieu, op. cit., p. 245.
66 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Sistema comunitario de justicia de la Montaña de Guerrero: una historia actual de derecho antiguo" [en línea], Formato html, Disponible en Internet: http://wwwpoliciacomunitaria.org/ [citado el 4 de junio e 2012]
67 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003. p. 16
68 Wolkmer, op. cit. p. 119
69 Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, El Colegio de Michoacán y Escuela Libre de Derecho, México, 2004. pp. 69-70.

> con un valor intrínseco inmanente, sino solo en cuanto representan un inicio de distinción a favor de ellos como otro […] El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia.[70]

El reconocimiento de la autonomía de los pueblos indios implica el reconocimiento del pluralismo jurídico, que:

> nace de un rompimiento epistemológico, que implica una filosofía del conocimiento desde otros fundamentos. Y se comienza por negar que el Estado sea, a través de su normatividad y complejidad institucional, el centro único del poder político y la fuente de origen y exclusiva de la producción del Derecho. Se afirma que la radicación de la juridicidad está en otra parte […] y es que, precisamente, desde aquellos grupos que reclamen la vigencia real de sus derechos, como nuevos sujetos sociales, es el lugar donde nace la juridicidad alternativa, como pluralismo jurídico.[71]

Esta ruptura epistemológica da cuenta de que el Estado no es el único productor y aplicador del Derecho, sino que los pueblos indios mexicanos, en su caminar –como sujetos sociales diversos– producen y aplican Derecho.

Es a través de este Derecho que nace del pueblo, de esta juridicidad alternativa que, distintos grupos sociales, pero fundamentalmente los pueblos indios de México, apelan a una juridicidad que cuestiona y pone en crisis las bases de un orden social basado en la explotación y el despojo, utilizando normas y principios jurídicos diferentes a la lógica jurídica e ideológica del Derecho de la modernidad capitalista occidental. Esta producción jurídica no atiende a la voz del poder político y económico, este Derecho no nace del Estado, sino que se trata de una juridicidad "desde abajo, desde los pliegues mismos de la experiencia cotidiana, [donde se] establece y forja relaciones e instituciones jurídicas y donde los mismos sujetos privados constituyen la primera fuente de producción".[72] Está claro cómo el Derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico surge de la negación de derechos por parte del Estado y su ausencia en la satisfacción de necesidades humanas básicas, pero a su vez tiene también sus fundamentos epistemológicos en el ser otro de estos sujetos sociales históricamente subalternizados.

6. Autonomía(s) indígenas, modernidad y tradición entreverada

Dentro del contexto de la globalización existen y circulan diferentes sistemas legales, es decir que coexisten una pluralidad de centros legales o fuentes de ordenes normativos. Por esto se hace preciso reflexionar la problemática antes expuesta dentro del escenario del pluralismo jurídico de globalización, donde coexisten formas de derecho u órdenes normativos de geometría variable y con distintos niveles de eficacia, objetivos, velocidades y racionalidades.

70 De la Torre. *El derecho a*… op. cit. p. 47
71 Ibíd., p. 72.
72 Grossi, Derecho, Sociedad… op. cit. pp. 22 y 23.

La idea que encierra el concepto pluralismo jurídico, es el hecho de que en un mismo espacio geopolítico (Estado-Nación) existen y circulan eficazmente diferentes sistemas legales, es decir una pluralidad de centros legales o fuentes de órdenes normativos.[73] El Estado es uno de estos centros, no obstante no es el único, sino que hay que captar estos centros legales como espacios que operan simultáneamente, que no sólo interactúan sino que se intersectan, se interpenetran y no pocas veces entran en conflicto. Como afirma Boaventura de Sousa Santos la pluralidad de órdenes legales, que se han hecho visibles, con la crisis del Estado-Nación, conlleva explícita o implícitamente, la idea de ciudadanías múltiples que conviven en el mismo espacio geopolítico y, por tanto, la idea de la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera clase. No obstante, los órdenes legales no estatales pueden ser embrión de esferas públicas no estatales y la base institucional de la autodeterminación como es el caso de la justicia entre los indígenas.[74]

Sin embargo, desde la experiencia de los diversos procesos autonómicos de los pueblos indios mexicanos, el concepto pluralismo jurídico implica más que la simple confluencia de normatividades o sistemas legales dentro de un mismo territorio, o espacio geopolítico (Estado-Nación). Estas experiencias encierran profundos procesos de lucha por el reconocimiento y efectivización de derechos, así como de resistencia propositiva. Es decir que se trata de una larga lucha de liberación, cuyo nacimiento lo encontramos en la reacción ante la imposición del orden colonial que aún subsiste. En este largo caminar los pueblos indios mexicanos han exigido su reconocimiento como pueblos y como sujetos político-epistemológicos portadores de identidades, racionalidades y cosmovisiones otras, y la base material (tierra-territorio) que permita su permanencia como pueblos.

Por lo anterior, el pleno ejercicio de la(s) autonomía(s) de los pueblos indios lleva implícito forzosamente el ejercicio del pluralismo jurídico. Así se comienza por negar que el Estado sea, a través de su normatividad y complejidad institucional, el centro único del poder político y la fuente de origen y exclusiva de la creación del Derecho. Desde aquellos grupos que reclaman la vigencia real de sus derechos –como sujetos sociales diversos– está el lugar donde nace la juridicidad alternativa, como pluralismo jurídico.

Los rasgos específicos de la(s) autonomía(s) están determinados, por un lado, por la naturaleza socio-histórica de la colectividad que la ejerce, en tanto que es el sujeto social que, con su acción produce esa particular realidad histórica y le da vida cotidiana; y por otro lado, por el carácter sociopolítico del régimen estatal-nacional donde cobra vida. En este sentido la reflexión en torno a la territorialidad y las autonomías indígenas en México debe hacerse desde realidades concretas en las que se matizan ciertas prácticas autonómicas y de dominio territorial, conservadas a pesar, y aun en contra del Estado-Nación dominante, o algunas otras veces sustentadas en un Derecho avalado por el Estado.

73 Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002, pp. 111-112.

74 Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del Sur*, Siglo XXI, México, 2009, p. 261.

Aquí es donde se hacen visibles los espacios de conflicto, intersección e interpenetración de órdenes normativos y la posibilidad o imposibilidad de diálogo intercultural para la construcción de [la] autonomía. Es preciso superar la noción de autonomía vista como parte del reconocimiento que la cultura hegemónica (Estado) debe 'conceder' a los pueblos indios, para analizarla como un producto cultural propio de un contexto determinado, que genera una práctica y un discurso emancipador contra-hegemónico.[75]

Este concepto de pluralismo jurídico ligado al ejercicio de las autonomías indias es tradición y modernidad entreverada. El Derecho que nace del pueblo al que nos referimos, constituye el producto de un conflicto, una disputa inmemorial inscrita en nuestro devenir histórico. Por un lado, es lucha de liberación, en la búsqueda del reconocimiento y efectivización de derechos; y a su vez también es tradición, memoria antigua y saber histórico mediante el cual se pone en práctica y se recupera la dimensión sapiencial del Derecho frente al imaginario jurídico de la modernidad occidental capitalista.[76]

Sin embargo, es necesario trascender la visión dominante en torno a las experiencias de justicia y derecho indígena, impregnadas de una fuerte dosis de relativismo cultural. Pese a que toda cultura es relativa, el relativismo es incorrecto como punto de partida filosófico, por lo que es fundamental entonces desarrollar criterios para distinguir las formas emancipadoras de multiculturalismo y autodeterminación de las regresivas,[77] en un constante diálogo intercultural que también permita cuestionar la monoculturalidad impuesta por el sistema-mundo, como patrón exclusivo de racionalidad, desconociendo la pluralidad de formas de ver, sentir, interpretar o analizar la vida.

Por lo anterior, es importante resaltar el carácter dinámico del Derecho Indígena –y su capacidad para dialogar, aunque conflictivamente, con el Derecho estatal– y procesos sociales hacia dentro de las comunidades. Fundamentalmente rescatarlo de la visión prejuiciosa y negativa que lo define como un derecho arcaico (junto con su cultura) y violatorio de derechos humanos. Los pueblos crean y recuperan instrumentos jurídicos propios, además de utilizar otros del Derecho estatal para poder defender su territorio frente a las estrategias de despojo dirigidas desde el sector empresarial, los gobiernos federales y el estatal. Esto se hace mediante la práctica de un uso alternativo del derecho, misma que supone superar el rechazo de la juridicidad vigente, que no implica aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural y usarla en beneficio de los pueblos.[78] De este modo, se busca conciliar las tensiones entre el Derecho consuetudinario indígena y el Derecho nacional e internacional. Esto es prueba del dinamismo del derecho indígena frente a las visiones estáticas y retrógradas que han pretendido impedir el respeto y reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas.

---

75 Cubells Aguilar, Lola, "Derechos humanos, territorio y cultura tseltal: tejiendo espacios interculturales desde el centro de derechos indígenas de Chilón, Chiapas", en *Redhes*, año III, nº 6, san Luís Potosí, Julio-diciembre 2011, p. 100.
76 Grossi, Mitología jurídica… op. cit., p. 16.
77 Sousa Santos, op. cit., p. 261.
78 Como el uso de instrumentos del Derecho Agrario estatal en defensa del territorio.

De modo que hay que entender "la tradición", no como algo estático, inamovible y tiránico, sino como un fenómeno histórico de larga duración. "Toda tradición es un proceso, vive sólo si es capaz de cambiar".[79] Como lo expresa Esteva, "los ámbitos de comunidad no son estáticos. […] Una de sus mejores tradiciones es la de cambiar la tradición de manera tradicional. Por eso han podido resistir hasta en las condiciones más adversas, dando continuidad histórica y cultural a su existencia".[80] Toda tradición es un proceso, vive sólo si es capaz de cambiar, en diálogo con otras cosmovisiones y tradiciones históricas. Los pueblos nos muestran cómo la tradición se cambia tradicionalmente en diálogo con el Derecho estatal y la cultura dominante (no siempre posible y conflictivo).[81]

Todo esto da cuenta de la coetaneidad y modernidad de los pueblos indios, que en su *praxis* cotidiana, recuperan sus saberes de subsistencia ligados a la lucha por el territorio y la autonomía, como condiciones para la existencia de la forma de vida campesino/indígena. Sin embargo, la teatralización de la condición "originaria" mediante el reconocimiento sesgado de la autodeterminación indígena le niega coetaneidad a los diversos proyectos indios, excluyéndolos de las lides de la modernidad y encasillándolos en estereotipos indigenistas y del buen salvaje guardián de la naturaleza.[82]

El ejercicio –en los hechos– de las autonomías indígenas es expresión de la modernidad de los diversos proyectos indígenas, expresados en experiencias de autodeterminación política y religiosa. De este modo se retoma la historicidad propia y se practica la descolonización de los imaginarios y las formas de representación. La propia apuesta por la modernidad, cuestiona el reconocimiento estatal condicionado y sesgado de los derechos culturales y territoriales,[83] y pugna por tener acceso a los derechos y servicios del Estado moderno pero desde su propia perspectiva de desarrollo. El reconocimiento de su autodeterminación y el control de su territorio, no constituye una mejora económica

79 García Ochoa, op. cit., p. 5.

80 Esteva, entrevista… op. cit., p. 50.

81 En este sentido, es importante analizar las praxis y narraciones de las mujeres indígenas y sus demandas respecto a sus derechos humanos, que ejemplifican exigencia y cambios al interior de su propia tradición y cosmovisión. Esta práctica intercultural es una necesidad desde la perspectiva tanto inter como intra cultural. Los derechos humanos pueden ser el puente de conexión entre las diferentes culturas, y al mismo tiempo el instrumento para resolver los conflictos intraculturales entre tradición y modernidad, siempre y cuando se escuchen recíprocamente los pluriversos culturales. Tomado de Cubells, op. cit., p. 106.

82 Rivera Cusicanqui, op. cit., p. 59.

83 Mediante hegemonía del neoliberalismo y por tanto su capacidad de imponer, no sólo una lógica de actuación, sino también regulaciones jurídicas hacia dentro de los estados nacionales, se ven desactivados los derechos económicos sociales y culturales reconocidos internacionalmente y por tanto su garantía de efectivización. La autoridad internacional del FMI en materia económica se ejerce por su capacidad material y estructural de inducir comportamientos macroeconómicos a los Estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional (como México), para lo cual se establecen "reglas técnicas" de la buena conducta económica, que implican ajustes estructurales que refuerzan un contexto socioeconómico y geopolítico contrario a la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales. En base a estos ajustes estructurales se crean y modifican leyes que territorializan un nuevo orden colonial, articulando toda una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de dominación, explotación, exclusión y marginación de amplios sectores sociales.

en los términos del "desarrollo" –como se entiende desde la visión hegemónica– sino una restauración social para emprender el desarrollo desde la autonomía. Como afirma Silvia Rivera Cusicanqui "la apuesta india por la modernidad se centra en una noción de ciudadanía que no busca la homogeneidad sino la diferencia. Pero a la vez, al tratarse de un proyecto con vocación hegemónica, capaz de traducirse en términos prácticos en las esferas de la política y el Estado, supone una capacidad de organizar la sociedad a nuestra imagen y semejanza, de armar un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia legítimas".[84]

7. Corolario

Para terminar quisiera establecer una distinción entre la noción de paralegalidad antes expuesta y el Derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico, desde la filosofía del Derecho.

Desde mi concepción, considero que el Derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico surge de la negación de derechos por parte del Estado y su ausencia en la satisfacción de necesidades humanas básicas, pero a su vez tiene también sus fundamentos epistemológicos en el ser otro, de los pueblos indios, como sujetos sociales históricamente subalternizados. Sin duda habrá quien afirme que el fenómeno de la paralegalidad constituye una forma de juridicidad. No obstante desde el posicionamiento del pensamiento de liberación, tradición filosófica desde la cual se plantea el Derecho que nace del pueblo, negamos que el fenómeno de la paralegalidad constituya una forma de juridicidad, en otras palabras, que pueda ser llamado Derecho.

Un aspecto fundamental del fenómeno de la paralegalidad, y con el cual se puede marcar una clara distinción respecto a la idea de Derecho que nace del pueblo, puede sintetizarse en la cita que hace Rossana Reguillo de la obra "Para una crítica de la violencia" de Walter Benjamin, donde el filósofo alemán afirma que "la fascinación que ejerce el «gran criminal» deriva del tipo de amenaza específica que implica: el gran criminal no quebranta la ley del Estado, sino que la confronta con la amenaza de declarar una nueva ley".[85] Esta idea de Benjamin ilustra ejemplarmente el fenómeno al cual intentamos acercarnos en el presente trabajo y distinguirlo del concepto de Derecho que nace del pueblo.

Como hemos visto, el Derecho que nace del pueblo surge al margen e incluso contra la ley y es fruto de estructuras de reciprocidad inscritas en cada aspecto de la existencia de un pueblo. A su vez si bien confronta y cuestiona al Derecho estatal, puede convivir y dialogar con él e incluso buscar su reconocimiento. Busca la satisfacción de necesidades humanas básicas (reproducción de vida) fundamentada en la exigencia de derechos más allá del Derecho positivo y basado en un concepto histórico de justicia alternativo al concepto de justicia conservadora de la legalidad vigente. En cambio, como ya quedo expuesto –siguiendo

84 Ibid, p. 71
85 Walter Benjamin citado por Reguillo, "La mara… op. cit.", p. 77.

a Reguillo– el problema con las violencias producto del conflicto con el crimen organizado, no estriba tanto en su ilegalidad, sino en su enorme poder para reconfigurar el paisaje social y construir formas paralelas de "legalidad" que rigen la vida y la muerte en amplios territorios del país al ejercer un poder disciplinario igual o mayor que la legalidad vigente.

De este modo, el Leviatán paralelo –el orden paralegal abierto por las violencias– se instala justo en el vacío de legitimidad y de sentido del Estado, y desde ahí, desafía la legalidad. Es decir que su poder se funda en la ausencia institucional, y desde ahí despliega su amenaza y radica su gran capacidad para reconfigurar la realidad social.[86] De este modo, la distinción entre paralegalidad y el Derecho que nace del pueblo, radica en que, mientras este último es fruto de un proceso histórico de liberación y exigencia de derechos, el orden paralegal lleva implícita "la amenaza del gran criminal", pues su poder disciplinante se basa en el uso de la violencias, el sometimiento a través del miedo –sustentado en el poder sobre la vida y la muerte de seres humanos concretos– y mina en su expansión el tejido social y las relaciones fundadas en la solidaridad y ayuda mutua, generando códigos, normas y rituales que efectivizan y legitiman el actuar de quien ejerce ese poder en distintos ámbitos y territorios político-sociales.

Sin embargo, su distinción no se agota ahí, sino que usando la categoría de la proximidad de la Filosofía de la Liberación, desarrollada por Enrique Dussel, podemos hacer una distinción entre la paralegalidad y Derecho que nace del pueblo en términos iusfilosóficos. Dussel sostiene que la proximidad –el cara-a-cara– es la raíz de la praxis y desde donde parte toda responsabilidad por el otro, y en concreto con los pobres y oprimidos, como el inequívocamente otro: las víctimas.[87] Asimismo el filósofo e historiador argentino habla de diversas proximidades. No obstante sólo haremos referencia a la proximidad histórica y la proximidad metafísica o escatológica.

Dussel señala que la proximidad histórica se da de tres maneras; la política, hermano-hermano; la erótica, varón-mujer; y la pedagógica, padre-hijos, antigua generación-nueva generación. Esta proximidad histórica es equívoca en sus tres relaciones. Dice Dussel:

> La proximidad erótica del beso y del coito, la proximidad política de la fraternidad, la pedagogía del mamar, la proximidad "feliz" es esencialmente equívoca. El beso de los amados puede ser totalización autoerótica, utilización hedónica del otro. La asamblea de los hermanos puede cerrarse como grupo de sectarios dominadores y asesinos. El mismo mamar puede ser vivido por la madre como compensación de la carencia orgásmica con respecto al varón castrador y machista. La proximidad se torna así equívoca.[88]

86 Cfr. Ibíd. pp. 70-84.
87 Dussel, Enrique, *Etica de la Liberación*, Trotta, UNAM y UAM-I, Madrid, 1998, p. 420.
88 Filosofía... op. cit. pp. 29-30.

De este modo, se puede decir que existe producción normativa en la proximidad equívoca de los "dominadores y asesinos". Es decir que puede existir producción/imposición normativa desde el actuar de las organizaciones criminales [orden paralegal].

Sin embargo, desde el posicionamiento teórico aquí defendido, dicha producción normativa no puede ser llamada Derecho, ya que enmarcados dentro del pensamiento de liberación, la juridicidad alternativa se funda en la dignidad del otro. La justicia viene reclamada por el que no la tiene, por el que padece la injusticia en cada momento histórico concreto: el inequívocamente otro violentado y negado. Sólo así puede romperse con la equivocidad de la postmodernidad, producto de su relativismo y que en términos jurídicos tiende a llamar derecho a toda producción normativa.

Sólo –siguiendo a Dussel– la proximidad metafísica o escatológica se cumple inequívocamente: es inequívoca. Esta proximidad es la que se da ante el rostro del que es violentado, el que es exterior –en términos jurídicos– al sistema jurídico-político de la modernidad capitalista [colonial], y por tanto que exige justicia, al haber sido negado como sujeto y en la eficacia histórica de sus derechos. Así Dussel lleva razón cuando afirma que desde las víctimas todo lo que tiene que ver con la juridicidad –legalidad, legitimidad, coacción– adquiere un significado distinto, y por tanto exige ser desarrollado desde otra perspectiva –desde otro lugar–. Aquí es donde adquiere sentido esta reelaboración del Derecho, desde la exterioridad al sistema, desde el ámbito del otro y, radicalmente, desde el inequívocamente otro, aquel que ha sido históricamente negado jurídica y epistemológicamente. Así los pueblos indios, víctimas históricas de la exclusión y el despojo, luchan contra las causas sociales, políticas y económicas del mismo, reivindicando sus derechos, apelando a la justicia. A pesar de la negativa de los poderes constituidos, los pueblos indios siguen reivindicando sus ámbitos de comunidad y regenerándolos, afirmándose con dignidad en su autonomía.[89]

Como señala Bolívar Echeverría, este es el comportamiento típicamente barroco "inventarse una vida dentro de la muerte". Los indios han sido condenados a morir –por sucesivos proyectos económicos/políticos/sociales a lo largo de nuestra historia– y sin embargo, dentro de ese proceso del morir, se inventan una manera de vivir,[90] en la que el Derecho que nace del pueblo, como pluralismo jurídico hace un cuestionamiento profundo de la legalidad vigente e impuesta y de nuestra juridicidad toda, y propone y actúa al margen de esta, para crear las bases jurídicas, políticas y epistemológicas que nos revelan una trama alternativa y subversiva de saberes y de prácticas capaces de restaurar el mundo y devolverlo a su propio cauce.[91] Historia viva que pugna constantemente por irrumpir.

89 Esteva, entrevista… op. cit., p. 51.
90 Echeverría, Bolivar, "La múltiple modernidad de América Latina", en *Contrahistorias*, nº 4, marzo-agosto, México, 2005, p. 68.
91 Rivera Cusicanqui, op. cit., p. 33.

8. Bibliografía

Agamben, Giorgio, Homo Sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 2010.

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo Sacer II*, 1, Pre-textos, Valencia, 2010.

Aubry, Andrés, "Tierra, terruño, territorio I", en *La jornada*, México, 1 de junio de 2007.

Bartra, Armando, "Reformas agrarias del nuevo milenio", en *Masiosare*, México, 14 de febrero de 1999.

Bartra, Armando, *El hombre de hierro. Los límites sociales y naturales del capital*, Itaca, México, 2008.

Belausteguigoitia, Marisa, "Descarados y deslenguadas: el cuerpo y la lengua india en los umbrales de la nación", en *Debate Feminista*, año 12, vol. 24, México, 2001.

Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo. Una civilización negada*, Debolsillo, México, 2006.

Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona 1999.

Colussi, Marcelo, "Masacre en Guatemala. Centroamérica en la mira del Imperio", en *Rebelión*, 22 de mayo de 2011[en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://rebelion.org/noticia.php?id=128892 [citado 31 de agosto de 2011].

Contreras Natera, Miguel Ángel, "Imperio y fin de sciécle. El 11 de septiembre: una perspectiva crítica", en *Cuadernos del Cendes*, año 24, nº 64, Tercera Época, Enero-Abril, 2007.

Cubells Aguilar, Lola, "Derechos humanos, territorio y cultura tseltal: tejiendo espacios interculturales desde el centro de derechos indígenas de Chilón, Chiapas", en *Redhes*, año III, nº 6, san Luís Potosí, Julio-diciembre, 2011.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo,* Porrúa, México, 2006.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* Escuela Libre de Derecho, nº 30, México, 2006.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, y Rosillo Martínez, Alejandro, *Acuerdos de san Andrés. Texto, estudio introductorio, comentarios y referencias*, CENEJUS, San Luís Potosí, 2009.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "La larga marcha jurídica de los pueblos y comunidades indígenas por la dignidad y la autonomía", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* Escuela Libre de Derecho, nº 34 México, 2010.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Sistema comunitario de justicia de la Montaña de Guerrero: una historia actual de derecho antiguo" [en línea], Formato html, Disponible en Internet: http://wwwpoliciacomunitaria.org/ [citado el 4 de junio e 2012].

Díaz Gómez, Floriberto "Pueblo, territorio y libre determinación indígena"
, en *La jornada* semanal, México, 11 de marzo del 2001.

Díaz Gómez, Floriberto, "Comunidad y comunalidad", en *La jornada* semanal, México, 11 de marzo de 2001.

Dussel, Enrique, 1492. *El encubrimiento del otro. El origen del mito de la Modernidad*, Antropos, Santa Fé de Bogotá, 1992.

Dussel, Enrique, *Ética de la Liberación,* Trotta, Madrid-México, UNAM y UAM-I, 1998.

Echeverría, Bolívar, "La múltiple modernidad de América Latina", en *Contrahistorias*, nº 4, marzo-agosto, México, 2005.

Esteva, Gustavo, entrevista con Patricia Gutierrez-Otero y Javier Sicilia, "La fuerza de la localidad", en *Ixtus. Espíritu y cultura*. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad», año XI, nº 42, México, 2003.

Esteva, Gustavo, "La lucha por la democracia", en *La jornada*, México, 16 de julio de 2009.

Fazio, Carlos, "Terrorismo estatal e Impunidad IV", en *La jornada*, México, 28 de noviembre de 2011.

Fazio, Carlos, "Paramilitarismo y barbarie", en *Christus* «Defensa de los derechos humanos en un Estado autoritario», año LXXIV, nº 778, mayo-junio, México, 2010.

Fazio, Carlos, "Sobre los matazetas", en *La jornada*, México, 3 de octubre de 2011, y Proceso <<Los paramilitares si existen>>, nº 1822, México, 02 de Octubre de 2011.

Fernández Christlieb, Federico y García Zambrano, Ángel Julián [Coor.], *Territorialidad y paisaje en el Altepetl del siglo XVI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

González Casanova, Pablo, "Colonialismo Interno. Una redefinición". *Rebeldía* nº 12. México, octubre de 2003.

Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad,* Trotta, Madrid, 2003.

Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho,* El Colegio de Michoacán y Escuela Libre de Derecho, México, 2004.

Illich, Ivan, *Obras reunidas II,* México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

Leff, Enrique, *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Siglo XXI, México, 2004.

Maldonado Aranda, Salvador, *Los márgenes del Estado mexicano. Territorios ilegales, desarrollo y violencia en Michoacán*, El Colegio de Michoacán, México, 2011.

Maldonado Aranda, Salvador, "Drogas, violencia y militarización en el México rural. El caso de Michoacán", en *Revista Mexicana de Sociología*, IIS-UNAM, nº 74, enero-marzo, México, 2012.

Martínez de Bringas, Asier, "La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas", en *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 2007.

Medici, Alejando, *Políticas de la vida. Biopolítica y teoría crítica de los derechos humanos* (mimeo).

Mohanty, Chandra Talpade, "Bajo los ojos de occidente. Saber académico y discursos coloniales", en *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*,Traficantes de Sueños, Madrid, 2008.

Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Ed. Cholsamaj, Guatemala, 2002.

Reguillo, Rossana, "La mara: contingencia y afiliación con el exceso", en América Latina Hoy, Vol. 40, Agosto, Salamanca, 2005.

Reguillo, Rossana, "La in-visibilidad resguardada: Violencia(s) y gestión de la paralegalidad en la era del colapso, en Alambre. Comunicación, información, cultura, nº 1, marzo, 2008, [en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://www.alambre.com.ar/Articulos/Articulomuestra.asp?Id=16 [citado 16 de agosto 2011].

Reguillo, Rossana, Violencias y después. Culturas en reconfiguración. [en línea] Formato html, Disponible en Internet: http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/cpa/spring03/culturaypaz/reguillo.pdf, [citado 14 de agosto 2011].

Reguillo, Rossana,, “Juventud en exequias: violencias, precarización y desencanto”, en Conspiratio. «Violencia de Estado: el fracaso de la transición», año II, nº 12, México, 2011.

Rivera Cusicanqui, Silvia, Ch’ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010.

Robert, Jean, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio* «los motivos de la esperanza», año 1, nº 1, septiembre-octubre, México, 2009.

Robert, Jean, “La cara oscura de la bioética” Conversación con Jean Robert. Javier Sicilia y Pedro Bonnin, en *Conspiratio* «El otro lado de la bioética», Año 1, nº 5, mayo-junio, México, 2010.

Robert, Jean, “La fractalización del mundo global: Estado delictivo, fraude estructural y predación social”, en *Conspiratio*. «Violencia de Estado: el fracaso de la transición», año II, nº 12, México, 2011.

Salgado, Álvaro, “Lectura diacrónica de los mitos fundantes del maíz nativo, elementos para fortalecer la defensa de los pueblos de maíz”, En *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales Padre/madre: nuestro maíz* [en línea], José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (Coord), Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, 2010, p. 125, [citado 13 de junio de 2011], Formato html, Disponible en Internet: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2898/16.pdf

Sánchez Rubio, David, “Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos”, en Sistema Penal & Violência, vol. I, nº 1, julho/dezembro, Porto Alegre, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del Sur,* Siglo XXI, México, 2009.

Sierra, María Teresa, “La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad”, [en línea], Formato html, Disponible en Internet: http://www.policiacomunitaria.org/, [citado el 4 de junio e 2012].

Spivak, Gayatri Chakravorty, “Estudios de la Subalternidad: Deconstruyendo la Historiografía” en *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2008.

Subcomandante Insurgente Marcos, “Apuntes sobre las guerras. (Carta primera a Don Luís Villoro Toranzo)”, en *Rebeldía*, Año 9, número 76, México, 2011.

Subcomandante Insurgente Marcos, Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial. Ediciones del FZLN. México, 2004.

Subcomandante Insurgente Marcos, Ni el centro ni la periferia. El Calendario y la geografía de la teoría. Parte VII (y última) Sentir el Rojo. El calendario y la geografía de la guerra, Texto leído por el Subcomandante Insurgente Marcos, en el marco del Primer Coloquio Internacional in memoriam de Andrés Aubry, realizado en la Universidad de la Tierra, Chiapas. CIDESI en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, del 13 al 17 de diciembre 2007. Formato html, Disponible en Internet:http://enlacezapatista.ezln.org.mx/2007/12/17/parte-vii-y-ultima-sentir-el-rojo-el-calendario-y-la-geografia-de-la-guerra/ [citado 02 de noviembre de 2011].

Vargas, Cecilia, Pérez, Elia, Castañón, Héctor, Pérez, Lorenzo, Villagómez, Lourdes y Lozano, Nidia “Desarrollo rural, una utopía para todos”, en *Cuadernos de la Maestría de Desarrollo Rural*, nº 1 ensayos y notas de los alumnos de la 7ª generación, Ed. UAM-Xochimilco, México, 1999.

Villoro, Luis, “Intercambio Epistolar sobre Ética y Política. Una lección y una esperanza”, en *Rebeldía*, nº 77, México, 2011.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho,* Mad, Sevilla, 2006.

Zamora, Bárbara y Fuentes, Ernesto, “La guerra infinita”, en *Rebeldía*, Año 9, número 77, Entre el Derecho y el No-Derecho, 2011.

Entre el Derecho y el No-Derecho. El otro pluralismo jurídico

Carlos Rivera Lugo[1]

Sumario

1. Introducción – 2. Primera proposición: No hemos arribado al fin de la historia, incluyendo la perpetuación del capitalismo, sino que estamos en medio de un tránsito histórico hacia un nuevo modo de producción social poscapitalista y altermoderno – 3. Segunda proposición: Si bien detrás de cada Estado de Derecho, siempre ha anidado oculto un Estado de hecho del cual es esencialmente reflejo, hoy ese Estado de hecho aparece crecientemente en primera línea de la regulación social – 4. Tercera proposición: El Estado de hecho del neoliberalismo es en el fondo el Estado de la subsunción real – 5. Cuarta proposición: La crisis del capital y su forma-valor es también la crisis del Derecho y su forma-jurídica – 6. Quinta proposición: La forma jurídica existe fundamentalmente en las contradicciones sociales, en la lucha de clases – 7. Sexta proposición: A partir de la crisis de la forma-jurídica, el modo de regulación social se mueve hacia el No-Derecho como eje de un muy otro pluralismo normativo no subordinado al Estado – 8. Séptima proposición: Con la irrupción creciente del No-Derecho y la emergencia de la esfera de lo común, surge la necesidad histórica de la superación del Derecho como modo hegemónico de regulación social – 9. Octava proposición: La ética y dentro de esta la justicia solidaria como nuevo valor de valores, constituye el eje estructurante de la nueva producción normativa societal, sin mayor relación con la forma-jurídica reificadora de la forma-valor- 10. Bibliografía

Resumen

En el presente trabajo se presenta una perspectiva alternativa sobre la realidad plural de los procesos de prescripción normativa y regulación social en las sociedades contemporáneas. Según el autor, emerge una normatividad societal que desborda al Estado y el Derecho, sobre todo a partir de una serie de tendencias económicas, sociales y políticas. Ello nos reta

---

1 Catedrático en Filosofía y Teoría del Estado y del Derecho en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, centro de estudios jurídicos alternativos con sede en Mayagüez, Puerto Rico de la cual fue decano-fundador. Es también profesor del Programa de Doctorado "Sociedad democrática, Derecho y globalización", de la Red Interuniversitaria Latinoamericana de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco.

a superar el fetichismo de lo jurídico para reconocer las novedosas manifestaciones actuales de regulación social según materialmente vividas. Partiendo de una perspectiva estratégica, se afirma que el hecho de fuerza se ha constituido abiertamente en fuente material de esa pluralidad normativa. Se evidencia así, además, la crisis histórica de la forma-jurídica como modo históricamente determinado y hegemónico de regulación en las sociedades de clase, en particular la sociedad capitalista. Ante ello, la normatividad contemporánea cobra, en ciertos contextos, un impulso hacia el No-Derecho como eje de un muy otro pluralismo éticamente edificante. Su forma primaria son los usos y costumbres que se potencian, como hechos normativos, a partir de las luchas y experiencias de las comunidades y los movimientos sociales por articular formas alternativas de autodeterminación y gobernanza inmanentemente democráticas. Aún el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido impactado materialmente por la fuerza de este pluralismo normativo societal.

1. Introducción

Confieso que me siento como aquel viejo hidalgo de La Mancha que muchos tachaban de loco pues donde muchos siguen viendo molinos, yo veo gigantes. Dónde muchos ven el Derecho, yo veo el poder. Dónde unos confían en el mercado, yo pongo mi esperanza en la comunidad. Dónde otros ven relaciones jurídicas, yo veo relaciones sociales de producción e intercambio. Dónde algunos ven procesos espontáneos y fatales de involución, yo intuyo el *movimiento real* de la lucha de clases que niega y potencialmente supera el orden actual de cosas. Dónde hay quienes hablan de la existencia de un pluralismo jurídico, yo prefiero hablar del impulso de otro pluralismo normativo, anclado en ese *movimiento real*. Este constituye, tal vez, la emergencia de una largamente esperada normatividad radical e inmanente, una normatividad fundamentada en relaciones de reciprocidad no adversativas, es decir, afectivas y solidarias. En ese sentido deseo compartir las siguientes proposiciones teóricas en torno al fenómeno conocido como el pluralismo jurídico y normativo,[2] el cual me sospecho ha desbordado y desborda, sin remedio, la forma históricamente determinada de lo jurídico.

Existe una enorme cantidad de normas circulando desde una pluralidad de fuentes materiales –desde el Estado, pasando por el mercado, las comunidades y los movimientos sociales, hasta las clases o grupos sociales y los individuos– y por medio de diversos espacios sociales con grados diversos de autoridad y pertinencia. Esta situación se conoce como pluralismo jurídico, aunque más propiamente, deberíamos referirnos a ella como pluralismo normativo pues incluye desde normas jurídicas (enunciadas por el Estado a través de algunas de las expresiones formales del Derecho, en especial la ley) y normas societales (producidas a partir de procesos prescriptivos protagonizados por los más diversos actores sociales, en particular la comunidad, y las cuales asumen fundamentalmente la forma no-escrita de usos y costumbres).

2 Sobre el tema, véase a Correas, O. (Coord.), *Derecho Indígena Mexicano I*, México, D.F., Coyoacán, 2007, pp. 19-65, y a Wolkmer, A. C., *Pluralismo jurídico*, MAD, Alcalá de Guadaíra (Sevilla), 2006.

Mis reflexiones, algo audaces por lo subversivas, parten de mis observaciones críticas sobre la realidad de la regulación social en estos tiempos, es decir, el fenómeno de la normatividad de las sociedades contemporáneas. No arranco de la construcción ideológica del Derecho sino de cómo este es materialmente vivido. Como tal, este contrasta marcadamente con el fetichismo de lo jurídico que aún nos arropa, tanto a los de derecha como a los de izquierda. Es como si nos negásemos a ver lo obvio por sentirnos entonces obligados a traspasar lo conocido. Y cuando siento que he logrado dar con algunos de los sentidos elusivos e inéditos de estos tiempos, aunque tentativos o hipotéticos, me doy a la tarea de articular las ideas que me brotan, aunque sigan sonando a locuras totalmente divorciadas de las comprensiones prevalecientes.

Si tan siquiera consigo poner a mis lectores a pensar y a problematizar sobre estos temas nada simples, en el contexto del cambio epocal en el que andamos lidiando hace un rato, para que lo repensemos todo críticamente, es decir, desde su raíz. Pensar es traspasar lo pensado hasta ahora, sobre todo en esta era marcada por una tensión monstruosa entre tendencias reaccionarias y tendencias revolucionarias; una era llena de peligros, pero también de oportunidades.

2. Primera proposición: No hemos arribado al fin de la historia, incluyendo la perpetuación del capitalismo, sino que estamos en medio de un tránsito histórico hacia un nuevo modo de producción social poscapitalista y altermoderno

Afirmar que estamos ante un recomienzo más que ante un final de la historia, podrá parecerle a algunos algo atrevido ante la creencia generalizada de que habitamos en un tiempo desesperanzado en que el poder del capital y del sistema que asegura su reproducción ampliada, el capitalista, estos se han potenciado exponencialmente hasta el punto de no aparecer alternativa alguna en el horizonte. Sin embargo, la realidad actual es mucho más contradictoria: por debajo de la reafirmación y expansión actual del poder del capital sobre la totalidad de la vida yace el impulso de una ruptura que se abre paso. En ese sentido, posee dos caras: por un lado, una profundización del control capitalista; y, por otro lado, el surgimiento de nuevas oportunidades para potenciar la cooperación y la solidaridad a partir de las acciones contestatarias.

Más que habitar un punto muerto en el tiempo histórico, anidamos en una era de transición que encierra, en potencia, la emergencia de un nuevo modo de producción de lo común.[3] Frente a la contrarrevolución neoliberal que para todos los fines ha desmantelado el Estado Social, hace su aparición una revolución, radical en sus sentidos e imperativos,

3 Véase al respecto Rivera Lugo, Carlos, "El Derecho de lo común", en *Crítica Jurídica,* no. 29, enero-junio 2010, pp. 129-140.

que lleva rato incubándose dentro del actual orden y que está en trance de ser. Se trata de un modo de producción poscapitalista, democrático y *altermoderno*, bajo el cual el conocimiento y la producción inmaterial, en general, sirven como principal fuerza productiva.

Estoy convencido de que se ha arribado a una determinada fase de desarrollo en que la forma como producimos y repartimos los frutos de dicha producción bajo nuestro modo de vida actual, choca ineludiblemente con las relaciones sociales existentes, sobre todo a partir de sus expresiones políticas y jurídicas que privilegian crecientemente a una exigua minoría de la humanidad. Las formas actuales de la propiedad privada de los medios de producción, incluyendo los financieros, se han convertido en trabas para seguir potenciando el propio desarrollo de las fuerzas productivas y, lo que es peor, para atender el interés común de que el progreso resultante abone a avances concretos para todos. No tiene ya sentido –si acaso alguna vez realmente lo tuvo– que un modo de producción como el actual, cuya naturaleza es crecientemente social, incluyente y común, resulte en una repartición privada y excluyente de sus beneficios. Este acto de despojo y violencia estructural ya no consigue cómo seguirse legitimando.

Según Immanuel Wallerstein el futuro de la civilización capitalista está ya seriamente comprometido. En primer lugar, está el problema del proceso de acumulación capitalista y las tensiones insuperables que le acompañan, sobre todo la creciente segmentación social entre, por ejemplo, ricos y pobres. En segundo lugar, está el problema de la legitimación política ante el hecho de que el capitalismo parece haber llegado a los límites de su capacidad de redistribución de la riqueza, tanto a nivel nacional como mundial, sin tener que reducir significativamente la tajada de plusvalía que se llevan los dueños del capital, así como los cuadros gerenciales a cargo de la reproducción del sistema. En tercer lugar, está el hecho de que si bien, por un lado, el capitalismo universalizó formalmente la aspiración del progreso humano por medio del trabajo productivo, por otro lado, dicha promesa se ha hecho agua para una parte significativa de la humanidad para la cual se le ha achicado en la práctica las posibilidades de materializarla. Es por ello que Wallerstein entiende que el capitalismo está históricamente en un callejón sin salida.[4]

Existen dos maneras de concebir la crisis actual: (1) como oportunidad para la reformar el mercado, aunque aún dentro del marco de intereses estrechos y excluyentes de la clase capitalista; o (2) como oportunidad para una reestructuración antisistémica de las relaciones sociales existentes, que represente una toma de conciencia definitiva de que el bien común ya no tiene salida bajo el orden civilizatorio capitalista. Es por ello que está a la orden del día la construcción de una respuesta alternativa, de índole poscapitalista o, para ser más preciso, anticapitalista. Hay quienes pensamos, a modo de apuesta filosófica y política vital y conforme a la lectura que hacemos del *movimiento real* que niega y supera el estado de cosas actual, que el horizonte general de la época es comunista.[5]

---

4 Wallerstein, Immanuel, *El futuro de la civilización capitalista*, Icaria, Barcelona, 1997, pp. 69-93.

5 "Para nosotros, el comunismo no es un *estado* que debe implantarse, un *ideal* al que haya que sujetarse la realidad. Nosotros llamamos comunismo al movimiento *real* que anula y supera al estado de cosas actual." Carlos Marx y Federico Engels, *La Ideología Alemana*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1971, p. 37.

El capitalismo ha probado nuevamente su carácter autodestructivo. Sólo concibe en la actualidad su reproducción ampliada a partir de la subordinación real de la vida toda a sus lógicas económicas que requieren el enriquecimiento cada vez mayor de una minoría cada vez más exigua y la desposesión y empobrecimiento de los más. Se ha producido así una escandalosa redistribución del ingreso desde el trabajo hacia el capital, desde los salarios y los beneficios sociales hacia las ganancias y beneficios privados de las grandes corporaciones. El capitalismo ha optado finalmente por la barbarie.

Por otro lado, el capitalismo también se ha caracterizado por una potenciación de nuevas formas de producción e intercambio social. Dentro de estas, se destacan la internacionalización de los procesos de producción e intercambio, dependientes cada vez más de un saber social libremente compartido, así como el carácter social y cooperativo mismo del trabajo, tanto material como inmaterial. Ahora bien, las nuevas formas y fuerzas de producción ya no pueden ser contenidas en y menos aún potenciadas por el modo capitalista de producción, sobre todo sus relaciones sociales y de poder altamente jerarquizadas, controladas y adversativas. Se va evidenciando dramáticamente la contradicción histórica insalvable entre la creciente naturaleza social e incluyente de la producción y el carácter privado y excluyente de la distribución y acumulación.

Bajo la subsunción real a que ha sometido el capital todos los ámbitos de la vida actual, se ha transformado la sociedad toda en taller ampliado de producción social. Cada espacio de nuestra vida cotidiana, cada quehacer, desde el trabajo hasta el estudio, pretende ser colonizado por los cálculos económicos del capital. Siendo ahora el conocimiento la fuerza productiva de mayor valoración, esta fábrica social ampliada también constituye un taller extendido de producción de conocimiento. Pero la naturaleza misma de esa fuerza productiva es su libre y más amplia circulación y realización, sin las trabas propietarias acostumbradas. De ahí que crecientemente se le escapa del control y resiste a su colonización.

Otra característica singular de la transformación que ha vivido el orden civilizatorio capitalista es que ha potenciado una nueva forma de organización social abierta, plural y acentrada basada en las redes interactivas. La red se ha convertido en la localización espacial en estos tiempos tanto de la explotación como de la contestación a esta. Bajo esta formación rizomática,[6] las contradicciones, así como las acciones y las luchas, se localizan y autonomizan. Bajo esta, el poder anida potencialmente en todas partes. En ese sentido, la sociedad red[7] es hoy también constitutiva, es decir, sirve de marco potenciador a los procesos de cambio que se escenifican por doquier.

La red constituye un espacio de cooperación, pero también escenario de conflictos. Si bien está atravesado por relaciones de poder, estas no son verticales sino que se

6 Sobre el concepto de rizoma, véase a Deleuze, Giles y Guattari, Felix, *Rizoma. Introducción*, Ediciones Coyoacán, México, D. F, 2004.

7 Sobre el concepto de sociedad red, véase el enjundioso trabajo de Castells, Mnuel, *The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. I, Blackwell, Oxford, 2000.

manifiestan dentro de una lógica dialéctica de tipo horizontal e inmanente en la que, por un lado, el capital pretende su colonización a partir de la institución económico-jurídica de la propiedad privada, transformando la cooperación en mercancía y valor de cambio, y, por otro lado, se multiplican las contestaciones que aspiran a bloquear las pretenciones del capital, proponiéndose en la alternativa la afirmación de la cooperación y el intercambio como valor de uso a partir de una normatividad societal de lo común. La contradicción entre el valor de cambio y el valor de uso está en el corazón de la presente crisis del capitalismo. El valor de uso necesita imponerse al valor de cambio.

Los forcejeos contestatarios explican, en cierta medida, el impulso global, descentralizado, polivalente, comunicativo, cooperativo y comunizador de los procesos de cambio que se expresan a través de la forma-red. De ahí también su carácter no sólo declarativo sino que esencialmente propositivo de otro mundo posible que anida en el actual. Hay que advertir, sin embargo, que las nuevas formas y fuerzas productivas, por sí solas, no determinarán absolutamente el futuro.[8] Como veremos más adelante, en torno al tránsito histórico actual se ha ido trabando, al igual que en otras coyunturas análogas, un orden social de combate como motor principal. La lucha de clases se expresa hoy por medio de una ilimitada y extensiva red y flujos de intercambios, bajo los cuales se han multiplicado los focos de conflicto y contestación. Veamos ahora cómo se manifiesta en relación al Estado y el Derecho, en particular en cuanto al cambio en la naturaleza de las relaciones de poder y autoridad, el rediseño del proceso de producción de normas, así como de instituciones y prácticas de regulación social.

3. Segunda proposición: Si bien detrás de cada Estado de Derecho, siempre ha anidado oculto un Estado de hecho del cual es esencialmente reflejo, hoy ese Estado de hecho aparece crecientemente en primera línea de la regulación social.

La producción jurídica se abre hoy a unas fuentes fácticas que, al menos formalmente, siempre se pretendieron declarar ajenas a esta. Se ha postulado que el Derecho sólo puede nacer del Derecho, cuando en estos tiempos se hace cada vez más patente que nuestro modo de regulación social nace abiertamente del hecho. Los actos y los hechos, en particular los que tienen implicaciones estratégicas (es decir, de poder), tengan como origen el mercado o la comunidad, las entidades financieras transnacionales o los movimientos sociales, se nos presentan con una fuerza normativa[9] sin igual por su efectividad material,

8 Al respecto, véase de Dyer-Witheford, N., *Cyber-Marx: Cycles and Circuits of Struggle in High Technology Capitalism*, University of Illinois Press, 1999.

9 Por hechos normativos debemos entender hechos con fuerza constitutiva, es decir, legítimos y eficaces en un contexto social determinado. Véase, por ejemplo, Gurvitch, Georges, *La idea del Derecho social*, Comares, Granada, 2005.

no obstante no poseer formalmente valor legal y a pesar de que rebasan muchas veces los parámetros estrictamente jurídicos. Sólo hay que mirar a los procesos de producción normativa y regulación social en países como, por un lado, Grecia y España, y, por otro lado, Bolivia y Ecuador. Prevalece, en última instancia, la constitución material de la sociedad, es decir, el balance real de fuerzas como hecho abiertamente determinante. No se trata, en el caso de las sociedades neoliberales, sólo de una configuración totalitaria del poder de mando de la burguesía sobre todo la sociedad, sino que también en una potenciación exponencial de las contestaciones cargadas de una revaloración radicalmente democrática del protagonismo de las decisiones y las prescripciones con implicaciones estratégicas para la contienda social ineludible.

En el fondo, el hecho siempre fue la fuente material del Derecho, aunque se pretendiera ocultar o minusvalorar.[10] La diferencia hoy es que se ha hecho tan evidente.

La guerra, la política y la economía asumen abiertamente una función constituyente, es decir, ordenadora de la sociedad del presente. Junto a ello se vive la ascendente obsolescencia del Derecho estadocéntrico y legicéntrico y, consecuentemente, su declinante efectividad, como forma predominante y exclusiva de regulación social, sea bajo el Estado neoliberal o bajo los Estados del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Desde la Antigüedad hasta nuestros días, desde el capitalismo hasta el "socialismo real", el Derecho ha constituido un modo de regulación social que se propone gobernar sobre los individuos, mediante la imposición, desde el Estado, de prescripciones legales a las que se le adscribe una validez *erga omnes*. Su función social real no es otra que garantizar la reproducción de las relaciones sociales y de poder. Desde esta perspectiva y a pesar de la ficción jurídica acerca de una alegada subordinación consentida, el sujeto jurídico está desprovisto de su autonomía real para determinar las normas bajo las cuales ha de vivir. Le son impuestas desde afuera y desde arriba, a partir de una valoración negativa acerca de su capacidad para autogobernarse.

El Derecho burgués o cualquier variación de este que siga anidado en su forma clasista y coercitivo, anclado en la aplicación y reproducción de la forma-valor del capitalismo, ha perdido su capacidad para producir la normalización u ordenación de la sociedad, es decir, la sumisión o el consentimiento a las decisiones de sus instituciones y procesos de gobierno. Su autoridad disciplinaria o constitutiva ha sido erosionada ante su pérdida de capacidad para reclamar su existencia y predominio en función de un interés general o bien común cada día más problemático y fluido debido a la multiplicación exponencial de actos constitutivos y prescriptivos que caracterizan a las sociedades contemporáneas.

El mismo salvaje orden civil de batalla entre las clases que precedió la institución del actual modo de regulación social -y que siempre continuó existiendo *sub silentio*- se

10 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007, p. 64.

potencia, desbordando así los límites actuales del Estado y el Derecho, ante el desfase abismal existente entre estos y la realidad social, económica y política actual. Ante ello, cada cual quiere darse su propia normatividad, sea el mercado con sus reclamos dereguladores y privatizadores, o sea la comunidad con sus reivindicaciones a favor de la autodeterminación y autogestión de su gobernanza. El modo de regulación social pretende ser prescrito cada vez más directamente por el mercado o por la comunidad, sin las clásicas mediaciones institucionales del Estado.

Ya el Derecho dejó de servir como cobertura ideológica de las relaciones sociales y de poder. Ha quedado al desnudo. Aún bajo su pretendida igualdad, prevalece la fuerza. De ahí que menos sirve para facilitar hoy, en el contexto del Estado neoliberal, las resistencias y propuestas de aquellos contrapoderes emancipatorios que surgen desde la base misma de la sociedad civil. Aún en el caso de los estados que aspiran a ser reconfigurados en sus formas y fines al calor del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se confrontan con su desbordamiento por el constitucionalismo vivo de un poder constituyente que ha irrumpido, como protagonista activo y permanente, con voluntad propia más allá del poder constituido. En cualquiera de los dos casos, ya no hay decisiones o actos de fuerza que sean incontestados a partir de estructuras verticales de poder. Como ya hemos advertido, el poder se ha transformado irremediablemente. Está, al menos potencialmente, en todas partes.

En el caso del Estado neoliberal, del imperio de la ley se ha pasado al dominio de la necesidad y la fuerza, cuyo criterio validante es el fin utilitario de la eficacia y el adelanto del beneficio privado. En cambio, en el caso de los estados progresistas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se ha potenciado el tránsito del llamado “Estado de Derecho”, bajo el cual se pretende la separación de forma y sustancia, hacia la supremacía de una libertad y un bienestar de carácter pluralista y decolonial, materialmente exigible, cuyo criterio validante es el fin ético de la justicia o el bien común. Desde esta, el acto de gobernar se ha transformado de facto en una gestión abierta, plural y fluida, crecientemente participada. Es el camino hacia una nueva gobernanza de lo común como modo alternativo de gobernabilidad, lo que no está exento de tensiones como lo demuestran los procesos políticos actuales en Ecuador, Bolivia y Venezuela.

En el caso del Estado neoliberal, donde queda magistralmente ejemplificado su nuevo paradigma jurídico es con el caso de Guantánamo. El campo de concentración se constituye en un espacio caracterizado por el más absoluto vacío jurídico o, más bien, en la consumación extrema de la subordinación de la libertad humana a la *razón y al acto de Estado*. En la escandalosa presencia impune del campo de concentración está la matriz oculta del régimen jurídico-político neoliberal como lo demuestra las nuevas tendencias del Derecho Penal propuestas en países como Estados Unidos, España y México. Bajo estas se pretende codificar la prohibición a las protestas y la desobediencia civil, así como la detención y prisión preventiva, sin mediar orden judicial. El ciudadano es así criminalizado en el ejercicio de sus libertades. La sociedad entera es reconstruida a imagen y semejanza del campo de concentración, sobre todo ante la intensificación de los conflictos sociales. El sujeto de derechos es criminalizado bajo este nuevo Derecho Penal del enemigo, como

uno de los dispositivos[11] de control y represión que se han articulado hoy contra una sociedad que en medio de su desposesión mayoritaria, se le torna potencialmente sospechosa y peligrosa a la élite económica y política gobernante.

Es así que, bajo el Estado neoliberal, ante la consolidación y perpetuación del estado de hecho o de excepción, este se hace indiferenciable del Estado de Derecho.[12] El derecho y el hecho se hacen indistinguibles. Y en la medida en que los manifestantes criminalizados de las plazas o calles, así como los confinados del campo o la prisión sean desprovistos de sus libertades y derechos fundamentales, y sus represores o carceleros no sean acusados y castigados por sus crímenes, los ciudadanos son reducidos a la *vita nuda.* El poder desnudo se confronta, sin mediación alguna, a la vida humana pura. La primera baja ha sido precisamente el derecho de *habeas corpus*. Luego ha venido el debido proceso, sin hablar de la libertad de expresión y de asociación. Se le da así fuerza normativa absoluta al hecho desnudo.

En fin, bajo el nuevo paradigma neoliberal de lo jurídico, todo el Derecho y sus conceptos se han tornado indeterminados, relativos sólo a la eficacia de las decisiones políticas. Y es que el capital prefiere, en última instancia, moverse fuera de las abstracciones y formalidades de lo jurídico, prefiriendo la regulación y dominación directa sobre la vida real.

4. Tercera proposición: El Estado de hecho del neoliberalismo es en el fondo el Estado de la subsunción real

Esta desjuridización efectiva de la sociedad actual constituye precisamente una de las consecuencias contradictorias del Estado y la economía neoliberales. Ya no existe para este un afuera del capital como relación social antagónica. La subsunción real de la vida toda bajo los dictados del capital y las múltiples contradicciones sociales desatadas ha debilitado el eje estadocéntrico del modo prevaleciente de regulación social y lo ha impregnado de una socialidad constitutiva. Se va erigiendo en su lugar una nueva realidad plural y compleja de positividad normativa. Y mientras más aumenta la socialización de

11 Por dispositivo entiendo un modo o mecanismo concreto de control y constitución de subjetividad subordinada que le es impuesto desde el exterior a los individuos como parte de una red de saber-poder-derecho históricamente determinada. Los dispositivos inscriben reglas y procedimientos coactivos en las mentes y los cuerpos, para controlar no solo desde afuera sino que sobre todo desde adentro de cada uno y una, disminuyendo la capacidad de agenciamiento o de resistencia contra los poderes dominantes. Véase, por ejemplo, a Agamben, G., *¿Qué es un dispositivo?,* Edizioni Nottetempo, Roma, 2006, versión en castellano disponible en http://caosmosis.acracia.net/?p=700. Sin embargo, no podemos perder de perspectiva que el dispositivo es también una relación estratégica, es decir, permeado de relaciones y forcejeos contradictorios de fuerza. Se produce así una dinámica de lucha bajo la cual el sujeto siempre tiene ante sí la opción de rebelarse y agenciar un cambio en la situación real de fuerzas que sostiene el estado de dominación.

12 Véase sobre el particular de Giorgio Agamben, "The Camp as the *Nomos* of the Modern", en Agamben, G., *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, 1998, pp. 166-180.

facto de lo jurídico, más se aspira a producir una adecuación de la norma a la realidad social, política o económica, o a sentidos alternativos de esta, pero más allá de la forma-jurídica como hasta hoy conocida.

Esta reformulación de lo jurídico o lo normativo más allá de lo jurídico mismo es una de las trincheras más importantes de la conflictividad social característica de esta era. Es más, no exageramos si afirmamos que el Derecho está hoy en la primera línea de fuego y de batalla en la actual crisis capitalista, lo que se ha calificado por Agamben como una verdadera "guerra civil legal".[13] Y en su caso, dicha crisis se refleja no sólo en torno al contenido positivo del Derecho, sino que también en relación a su forma misma.

En el caso de las sociedades neoliberales, el capital se ha hecho directamente Estado. Este ha sido privatizado para todos los fines. Tiene razón Negri cuando dice que estamos ante el *Estado de la subsunción real* y que sus "leyes", particularmente las relativas a la propiedad privada, se han constituido ya abiertamente en eje ordenador del Derecho. Es una expresión de lo que Marx presagió como la subsunción real de la vida toda bajo los dictados del capital.[14]

Por subsunción formal, Marx entendía una sociedad en la que pueden coexistir, aunque de manera difusa, una diversidad de formas o modos de producción social, aunque bajo la hegemonía del modo capitalista. En cambio, por subsunción real entendemos que todos los aspectos de la sociedad contemporánea, sobre todo sus procesos productivos, han sido absorbidos completamente por el modo de producción capitalista. Bajo la subsunción real no hay más valor de uso sino que sólo valor de cambio. Es la sociedad capitalista total o, si se prefiere, totalitaria. El capital adviene a relación social de sometimiento efectivo de todos los ámbitos de la producción social y, en fin, de la vida toda. Constituye la sociedad toda.

Negri lo aborda magistralmente de la siguiente manera en cuanto a su impacto sobre el Estado:

> Vivimos en una sociedad arqueológica: hay en ella patrones capitalistas que, como soberanos absolutos, rigen la vida productiva de millones de hombres a través del planeta; hay otras personas, gestores y propietarios de los media, que, como inquisidores medievales, poseen todos los instrumentos de formación de la opinión pública; hay unos pocos individuos que pueden, al margen de toda responsabilidad personal, elegidos –como en tiempos de los brujos– por cooptación, condenar a los hombres a la prisión de por vida o a diversas penas de cárcel, etc; hay, finalmente, dos o tres poderes en el mundo que, imperialmente, garantizan este modo de producción y de reproducción de la riqueza y de la conciencia, sobreentendiéndolo de modo monstruoso a través de la amenaza de destrucción del ser. Rechazar todo esto, como se refuta

13 Agamben, G., *Estado de excepción*, p. 25.
14 Carlos Marx desarrolló originalmente esta noción acerca de la subsunción formal y la subsunción real bajo el capital en el Tomo I de *El capital*.

> lo que es viejo y marchito, no es un deber sino una necesidad, una preconstitución ontológica. No es creíble que el mercado mundial, y las enormes fuerzas colectivas que en él se mueven, tengan patrones; no es posible, más bien es sencillamente repugnante el derecho a la propiedad y a la explotación. Tanto más, cuanto estas aberraciones son aplicadas a la formación de la opinión pública; así son presionados los ciudadanos, en el momento mismo en que se debería desarrollar democráticamente su derecho de información, comunicación y crítica. Arqueológicas y hediondas, muerte y locura, son las corporaciones jurídicas, administrativas, políticas, el Estado de la subsunción real.[15]

Lo jurídico ha quedado absorbido como nunca antes en lo económico, lo que le facilita al capital funcionar como forma directa de control y regulación social, mediante una serie de dispositivos de poder estatales y extraestatales cuyos actos protagonizan de hecho, aunque finalmente al amparo del Derecho, las peores violencias contra el bienestar general de la sociedad. Al respecto señalan Negri y Hardt:

"El capital también funciona como una forma impersonal de dominación que impone sus propias leyes, leyes económicas que estructuran la vida social y hacen que las jerarquizaciones y las subordinaciones parezcan naturales y necesarias. Los elementos básicos de la sociedad capitalista –el poder de la propiedad concentrado en manos de los pocos, la necesidad que tiene la mayoría de vender su fuerza de trabajo para subsistir, la exclusión de grandes sectores de la población global incluso de estos circuitos de explotación– funcionan como un a priori. Hasta se nos hace difícil reconocer esto como violencia porque está tan normalizado y su fuerza es aplicada tan impersonalmente. El control y la explotación capitalistas dependen primariamente no en un poder soberano externo sino en unas leyes invisibles e internalizadas".[16]

Bajo el Estado de la subsunción real el capital deja atrás la conciliación de clases ensayada bajo el Estado social para reasumir el antagonismo consustancial de la relación social que contiene.

5. Cuarta proposición: La crisis del capital y su forma-valor es también la crisis del Derecho y su forma-jurídica

Hay que superar la forma jurídica como categoría lógica absoluta. La forma jurídica constituye una expresión mistificada de su contenido material, cuya evolución tiene su momento culminante bajo las relaciones sociales históricamente determinadas del capitalismo. En ese sentido, la forma jurídica ha alcanzado una cualidad cuasi-religiosa que más allá de su función ideológica, sirve para apuntalar las relaciones sociales y económicas específicas que caracterizan al capital. En ese sentido, más que un fenómeno normativo, el

15 Toni Negri, *Fin de siglo*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 29.
16 Hardt, M. y Negri, A., *Commonwealth*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, p. 7.

Derecho constituye un fenómeno sociohistóricamente objetivo, atravesado por relaciones de tipo estratégicas.[17] Lo jurídico, sobre todo bajo el Derecho burgués, es en el fondo una forma históricamente determinada de regulación social: la *norma-capital*. Por *norma-capital* entendemos la ley capitalista del valor como condición general de sentido de la producción social y normativa. Es la ley de leyes de la sociedad capitalista. De ahí que la función social primaria del Derecho burgués es la realización del capital, su fuente material.

El Derecho es, en última instancia, un sistema u ordenamiento históricamente determinado de relaciones sociales de producción, intercambio y distribución. Es producto del proceso de auto-ordenación que desde la sociedad misma acontece, una sociedad de clases, preñada de jerarquizaciones sociales, con grados diferenciados y desiguales de autoridad y poder a su disposición. De ahí la socialidad primordial del Derecho.[18] Su esencia está en su materialidad como relación social, a su vez relación de fuerza, y no en su idealidad como fenómeno normativo ahistórico. No son las normas ni las leyes sino estas relaciones estratégicas de producción, mando y distribución, la fuente constitutiva y material del Derecho.

Como tal, el Estado de Derecho burgués, sea en su versión liberal, social o neoliberal, nunca dejó de codificar en última instancia un modo particular de regulación de las relaciones sociales, en que se garantiza jurídicamente la producción de los hechos normativos privados. Aún el Derecho llamado público no deja de inscribirse en este propósito como bien testimonia el escandaloso maridaje público-privado actual.

La razón de ser del Derecho moderno es el capital, una relación social contradictoria enraizada en la ley de valor como su primera ley material. Bajo la sociedad capitalista es que alcanzará su máximo desarrollo en la medida en que también el capital alcanza la realización total del valor de cambio. La forma jurídica está ineludiblemente marcada por

17 La crítica de la forma jurídica tuvo en el jurista bolchevique Eugeny Pashukanis uno de sus expositores más elocuentes. Véase, por ejemplo, su obra *La teoría general del derecho y el marxismo*, Grijalbo, México, 1976; y Beirne, P. & Sharlet, R. (ed.), *Eugeny Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, London & New York, 1980. Ahora bien, Michael Head advierte que hay que contextualizar necesariamente ciertos aspectos de las contribuciones teóricas de Pashukanis. Se refiere, en particular, a las contradicciones desatadas al interior del bolchevismo con la implantación del Nuevo Plan Económico al principio de la Revolución rusa, el que requirió la vuelta a ciertas formas e instituciones jurídicas del capitalismo, especialmente la forma-valor y la forma-jurídica, así como la institución burguesa de la propiedad privada. Su teoría perseguía el propósito de advertir sobre los peligros de cierta ingenuidad intelectual acerca del uso inocente de las formas e instituciones burguesas. De no entender su contenido material, se terminaría reproduciendo el capitalismo en vez de potenciar el tránsito hacia el socialismo. De ahí su insistencia en rearmar la teoría marxista sobre la extinción del Estado y el Derecho bajo el comunismo, como el horizonte que no se podía perder de vista. Head, M., *Eugeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*, Routledge-Cavendish, New York, 2008. En ese sentido, Pashukanis concebía la transición del capitalismo al comunismo como una transformación total que no se limita a las relaciones sociales y económicas, sino que abarca además las relaciones de poder en general. La forma jurídica posee para él unas características y lógicas definitivas de autoridad, control y dominación que la convierten en un instrumento completamente inapropiado para el tipo de relación social y política que debe prevalecer al interior de la sociedad comunista a partir de la efectiva socialización de los medios de producción económica y normativa.

18 Véase al respecto a Grossi, P., *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 21-25.

la forma-valor a partir de la cual se ordenan las relaciones sociales bajo el capital. Como tal es el reflejo de la materialidad de las resultantes relaciones sociales desiguales. La pretensión ideológica y política de la forma jurídica es la mistificación del poder de mando del capitalista sobre la sociedad en general.

Así las cosas, el fetichismo de la mercancía se completa necesariamente con el fetichismo jurídico. Es más, la sociedad capitalista toda, particularmente en esta era de la subsunción real, está constituida por una serie casi infinita de relaciones socioeconómicas imbricadas de relaciones jurídicas, las cuales juntas constituyen formas reales de poder de unos seres humanos sobre otros. Y el Derecho, además de mistificar el carácter desigual de los intercambios al interior de dichas relaciones sociales, pretende igualmente negar la lucha de clases que se escenifica en su seno.

6. Quinta proposición: La forma jurídica existe fundamentalmente en las contradicciones sociales, en la lucha de clases

El Derecho como fenómeno social es clasista. Su historia como relación social real es también la historia de la lucha de clases, pues la relación social real contiene no sólo la posibilidad de su afirmación sino que también la necesidad y potencialidad de su negación, subversión y superación.

En ese sentido, en la medida en que el Estado de Derecho moderno, como modo históricamente determinado de regulación social, resulta cada vez más incapaz de cumplir su función ordenadora a partir de sí mismo, empieza a implosionar, a hacerse pedazos. Su disfuncionalidad operacional y desfase consiguiente de la realidad imperante, lo lleva a ser crecientemente reemplazado por otros modos alternativos de regulación social desde, por ejemplo, el mercado y la comunidad. La transición entre un modo y otro de regulación y gobernanza, habrá de ser un proceso inédito de luchas como las que hoy atestiguamos por todas partes.

La sociedad civil asume así, como ya hemos dicho, el carácter de un orden civil de batalla pues es obligado a admitir de una vez y por todas que mientras rija el capital y los antagonismos sociales que potencian su reproducción ampliada, no habrá en el fondo otra libertad civil que no sea la de la propiedad privada y la del mercado capitalista. La única posibilidad de alcanzar la “democracia real” y la efectiva igualdad material por la que se clama por numerosos puntos del planeta, es reconocer este inescapable hecho.

El Estado Neoliberal ha dejado claro que la democracia, aún la versión liberal de esta, y su Estado de Derecho no le interesa. La gobernabilidad de facto bajo el Estado corporativo o el Estado policial, fuera de todo control democrático, constituye su modelo preferido, como lo demuestra por ejemplo la crisis actual en Europa. Como ya hemos

afirmado: el Estado Neoliberal se ha erigido en un Estado de hecho que toma excepción continuamente del Estado de Derecho.

Por ejemplo, allí están las polarizaciones sociales y políticas crecientes en Estados Unidos y Europa, acompañada de las crecientes embestidas represivas contra la protesta social. Qué mayor evidencia del divorcio absoluto entre el mercado y la democracia que la negativa del gobierno español de someter a referendo popular una enmienda constitucional demandada por las instituciones financieras europeas, así como las políticas gubernamentales de ajuste para auxiliar al capital financiero a costa del bienestar general de la inmensa mayoría de la sociedad. Ahí está la reacción virulenta del mercado contra el natimuerto anuncio de la celebración de un referendo en Grecia por el gobierno –parecido al realizado en Islandia– para someter a la voluntad del soberano popular las condiciones del llamado rescate financiero que se le pretenden imponer al país desde las estructuras de mando políticas y económicas de la Unión Europea.

Son sociedades que están a punto de estallar a partir de sus contradicciones, cada vez más evidentemente insalvables. Me atrevo a afirmar que es un orden civilizatorio todo, el capitalista, que da señales de agotamiento. Las causas están allí para todo el que quiera ver: la crisis financiera, la crisis educativa, la crisis productiva y la crisis política, sobre todo del principio de representación mediante el cual se ha pretendido negar el inalienable derecho a la autodeterminación de cada uno y una, sin el cual no existe una democracia real.

La crisis actual ha ido asumiendo la forma creciente de un estado de sitio de facto sobre la vida toda surgiendo de esta una forma de conflicto que ya no resulta “manejable” por un modo de gobernabilidad que se reduce a la mera gerencia técnica reactiva de las diversas manifestaciones de dicha crisis como si se tratase de una mera sucesión de problemas. La crisis como estado de sitio se ha convertido en el modo prevaleciente de gobernar bajo las llamadas democracias representativas del neoliberalismo.

Aún la intensidad de las resistencias que se articulan en respuesta a dicha crisis se enfrentan a la aniquilación por un Estado que sabe que está ante un orden civil de batalla que se va gestando entre una burguesía cada vez más minúscula y avarienta, y un proletariado ampliado en el que se encarna la casi totalidad de la sociedad, sometida como esta a un proceso de precarización de su vida individual y colectiva como resultado de las lógicas absolutamente excluyentes del actual modelo neoliberal de acumulación adoptado por el capital.

Frente a la visión neoliberal, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha ido emergiendo en la alternativa como una propuesta de reestructuración radical de la gobernanza, en la forma de una ampliación significativa del marco de lo que hasta hoy se ha conocido como democracia. Bajo esta, la gobernanza y sus procesos decisionales y prescriptivos deben refundarse, encarnarse en la gente y hacerse más plurales y fluidos como las nuevas formas ampliadas y desbordantes que asumen en estos tiempos las contestaciones sociales frente a los intentos del capital por subsumirlo todo bajo sus

lógicas trituradoras. Asimismo, se reconstituye al sujeto político, desde su singularidad, lo que no es óbice para que lo común constituya un espacio articulador de nuevas formas de organización de lo cultural, social, económico y político. Conforme a ello, se está viviendo en lo que va del nuevo siglo una nueva vuelta de tuerca histórica que empieza a instituir nuevas realidades que si bien aún contradictorias, no son por ello menos promisorias. Ante ello, nuestra América se ha convertido en un referente obligado para las fuerzas comprometidas con el cambio en otras regiones del mundo.

7. Sexta proposición: A partir de la crisis de la forma-jurídica, el modo de regulación social se mueve hacia el No-Derecho como eje de un muy otro pluralismo normativo no subordinado al Estado

En el contexto antes descrito de desbordamiento del Derecho, este se va aniquilando a sí mismo debido a sus contradicciones internas, sobre todo su creciente inefectividad para gobernar sobre lo concreto en nuestras sociedades y el carácter crecientemente alienante y opresivo que asume en detrimento de la autodeterminación ciudadana. Ante ello, los vacíos que va dejando el Derecho contemporáneo están siendo ocupados por un No-Derecho producido por una diversidad de fuentes materiales, sobre todo la comunidad y los movimientos sociales. Al respecto, nos señala Stefano Rodatà:

"El recorrido del Derecho al No-Derecho va revelando progresivamente la disfuncionalidad de la dimensión jurídica, tal como era entendida tradicionalmente, respecto de la vida cotidiana. A medida que se toma conciencia de que la abstracción jurídica hace perder al derecho en muchas ocasiones el contacto con la realidad, o le obliga a encajar forzosamente en moldes inadecuados, con la consiguiente reacción de conflicto o rechazo, aflora también la necesidad de confiar determinados aspectos de la vida cotidiana a reglas en las que queden reflejadas las circunstancias concretas de las personas: no para limitar su autonomía, sino para hacerla efectiva".[19]

Abunda Rodatà que hay que sacar al sujeto de su abstracción perniciosa para devolverlo a la vida real. "Libertad y dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que está fuera del mercado. No puedo disponer de mi libertad y de mi dignidad, poniéndolas en el mercado como si fuera un título jurídico cualquiera", puntualiza.[20]

En lo que constituye un salto cualitativo en la comprensión de lo que se conoce como pluralismo jurídico, Jean Carbonnier nos define el No-Derecho como el sistema normativo que se practica cotidianamente independientemente de que esté formalmente enunciado

19 Rodatà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el No-Derecho*, Trotta, Madrid, p. 42.
20 *Supra*, p. 46.

como parte del Estado de Derecho. Es el orden normativo vivido, sin necesidad de su formalización jurídica.[21]

El No-Derecho no constituye una ausencia de ordenación normativa. Se refiere a los procesos sociales de producción normativa y regulación social, sobre todo en estos tiempos, fundamentados, en última instancia, en hechos sociales con fuerza normativa, apuntalados en la voluntad autónoma e inmanente de sus productores.

En ese sentido, son dos los órdenes normativos que se manifiestan en la sociedad: uno positivo, el Derecho, y el otro vivo, el No-Derecho. Ambos tienen efectos societales. En el caso del No-Derecho, este es parte de un pluralismo normativo que se expresa tanto como fenómeno colectivo y fenómeno individual, de la misma manera en que las decisiones políticas, incluyendo la autodeterminación, se pueden manifestar de ambas maneras.

El No-Derecho societal ha sido siempre el principio ordenador primordial de todo proceso de prescripción normativa y regulación social. Contrario a la creencia general, resultante de la reificación de la forma jurídica, la mayor parte de las relaciones sociales se desarrollan y se conducen en la forma del No-Derecho. Un ejemplo son las relaciones afectivas y solidarias, es decir, las relaciones potenciadoras de lo común.

Incluso, según Carbonnier, la aspiración del No-Derecho "ha podido cumplir la función de un instrumento de liberación".[22] Es dentro de esta comprensión en la que tal vez habría que colocar el sistema normativo desarrollado por los zapatistas en Chiapas, cuya eficacia produce la ineficacia e ilegitimación de facto del sistema jurídico estatal. Por ejemplo, las Juntas de Buen Gobierno constituyen para los zapatistas un acto de afirmación de la soberanía popular y su derecho inalienable a la autodeterminación. En ese sentido, más que el ejercicio de un derecho, se trata de un ejercicio de autodeterminación y de poder popular realizadas en función del bienestar general de las comunidades concernidas. De ahí el desinterés manifiesto de los zapatistas en buscar la validación jurídica del Estado federal mexicano para sus formas autodeterminadas de producción normativa y de gobierno. Pretender el reconocimiento legislativo de sus decisiones y actos sólo serviría para someterlos a la supremacía de la razón de Estado.

Puntualizamos: el principio rector del No-Derecho es el amor comprensivo y la solidaridad; mientras que el principio rector del Derecho es la reciprocidad adversativa, retributiva y excluyente. El afecto y la justicia social incluyente son los principales factores para una ordenación normativa armónica de la sociedad. Y el amor y la cooperación, como fundamentos principales de lo común, se viven, no se pueden decretar jurídicamente.

En ese sentido, la normatividad social debe tender siempre hacia el No-Derecho, en la medida en que sea expresión de la conciencia y voluntad común de los ciudadanos. La

21 Carbonnier desarrolla lo que llama su "hipótesis del No-Derecho" en su obra Carbonnier, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pp. 13-63.

22 Carbonnier, J., *ibid*, p. 58.

autodeterminación, la soberanía y la autonomía de la voluntad tienen que incluir sobre todo la libertad para crear No-Derecho, además de la libertad para crear derecho en aquellas circunstancias que lo ameriten, en función del bien común, aún a sabiendas de sus limitaciones consustanciales como forma jerarquizada y adversativa de regulación social. De eso trata la democracia real: El derecho a darse su propio modo de producción, regulación y gobernanza no es más que la libertad efectiva para determinar su modo común de vida.

De ahí las tendencias actuales marcadas por el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el que más allá de la adopción de nuevos textos constitucionales, hace acto de presencia un constitucionalismo material que resignifica la soberanía nacional a partir de la preeminencia de la soberanía popular como poder constituyente originario, autónomo, incondicionado e indelegable. El soberano popular, en toda su rica y compleja pluralidad, ha salido por fin de la invisibilización obligada que padeció bajo el modelo constitucional liberal o social.

Se trata de la puesta en escena de un nuevo constitucionalismo societal bajo el cual el soberano popular se reapropia de su poder normativo, le imprime su propio sentido a las normas constitucionales formales y desarrolla consecuentemente sus propias prácticas independientemente del llamado poder constituido. Ante ello, el nuevo constitucionalismo latinoamericano va asumiendo un carácter híbrido, tanto estatal como social, bajo el cual ambas esferas se erigen en fuentes contradictorias de hechos y decisiones con fuerza normativa, tanto jurídicas como no-jurídicas.

Un ejemplo de lo anterior, lo tenemos en Bolivia ante los conflictos recientes suscitados ante decisiones de política pública tomadas por el gobierno actual y las posiciones discrepantes expresadas por movimientos sociales que reclaman darle vida material a los nuevos preceptos constitucionales que prescriben la consulta a la comunidad o la promoción del *sumak kawsay*, una cosmovisión de origen indígena que está en abierta contradicción con los parámetros acostumbrados de desarrollo económico, en particular por sus desastrosos efectos ecológicos.

8. Séptima proposición: Con la irrupción creciente del No-Derecho y la emergencia de la esfera de lo común, surge la necesidad histórica de la superación del Derecho como modo hegemónico de regulación social.

El Estado y el Derecho tienden hacia su reestructuración bajo otras formas. Por un lado, está el mercado y sus “leyes” y políticas excluyentes. Por otro lado, se encuentra la comunidad y sus normas y políticas incluyentes basadas en fines éticos alternativos a los del mercado. El actual orden económico-social y político es un orden de batalla entre ambas, un campo de disputa por la reproducción o la superación del actual orden civilizatorio capitalista.

Ahora bien, hay que hacer la siguiente advertencia: del actual Estado de hecho o de excepción, no se puede retornar a la hegemonía pasada del Estado de Derecho. Se ha puesto en entredicho, de manera irreversible, las categorías mismas de "Estado" y "Derecho". Ya no podrán ser destrabadas las articulaciones actuales entre vida y norma, hecho y derecho. Ya no se puede volver a las ficciones o ilusiones jurídicas anteriores.

De ahí la imperiosa necesidad de una resignificación de la regulación social más allá de dichas categorías históricamente determinadas. La política contemporánea, particularmente la representativa de la comunidad y de los movimientos sociales como expresiones del nuevo poder constituyente y el renovado sentido de la soberanía popular, necesita irse desembarazando definitivamente de las ficciones engañosas y castrantes de lo jurídico.

Hay que potenciar el tránsito desde un modo jurídico y estadocéntrico de regulación, cuyo centro de gravedad está en lo privado, hacia un modo fundamentalmente no-jurídico y societal de regulación, cuyo eje está en la autodeterminación colectiva e individual para la promoción de fines comunes.[23] La nueva forma societal de regulación debe estar caracterizado por un proceso participativo, incluyente y educativo de ordenación normativa.

Este fenómeno fue anticipado por el reconocido filósofo cubano del Derecho, Julio Fernández Bulté, en una reflexión suya sobre el estadocentrismo, particularmente en el contexto cubano: "Yo he pensado, y sigo pensando, que se abre paso indefectiblemente una nueva normatividad. En esencia lo he planteado así: por una parte se produce un estrechamiento o reducción del ámbito de creación de derecho por el Estado". Seguidamente advirtió que, de manera concomitante, "la sociedad civil asume, de manera creciente, un papel autorregulador, que, sin embargo, puede devenir en 'disfunción'." Y abundó al respecto: "Esto no es una mera alternación circunstancial o de proporciones en las denominadas fuentes del conocimiento del Derecho. Es la forma misma de gestarse y expresarse el Derecho lo que está mutando. Y ello trasciende de forma necesaria a lo que vamos a reconocer –y aplicar– como tal". Habrá que "abandonar determinadas verdades" y reconocer la centralidad en las nuevas circunstancias de eso que hemos llamado el derecho del pueblo a darse su propio Derecho, en el marco de su derecho a la autodeterminación en una sociedad radical y efectivamente democrática. En ello, como jurista visionario que era, Fernández Bulté no dejó de advertir la huella de la revolución que lleva la sociedad en su seno, la cual permanentemente irrumpe para potenciar lo nuevo.

El filósofo francés Alain Badiou nos señala dos posibles escenarios para la transformación del Derecho: (1) mejorar el Derecho existente sin romper esencialmente con este; y (2) la producción de una normatividad que constituya una destrucción del Derecho actual, lo cual debe ir acompañado de una afirmación de lo nuevo. Para este, sólo puede haber un cambio verdadero desde esta segunda posibilidad, bajo la cual el

23 Véase a Cobo Roura, N. A., "Filosofía y Derecho: Notas de clase", en Matilla Correa, A. (Coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Universidad de La Habana y Lleonard Muntaner Editor, La Habana y Palma de Mallorca, 2009, pp. 206-207.

Derecho como acontecimiento llega a su punto límite, mediante la cual se produce su extinción o desaparición. En ese momento, ante la desilusión con el Estado, se produce un nuevo sujeto y nuevos procesos de subjetivación que potencian el No-Derecho como nueva posibilidad de normatividad.[24]

Por su parte, puntualiza Carbonnier que el No-Derecho no puede reducirse a una mera negación del Derecho existente. Dice al respecto:

> Sobre todo, hay que comprender que una política de No-Derecho no puede mantenerse dentro de simples fórmulas negativas. Sería inútil que se decretara no ya la supresión total, sino una simple disminución, aunque fuera poco sustancial, del volumen del derecho en vigor, si paralelamente no se emprendiera la tarea de desarrollar los sistemas normativos de recambio: costumbres, moral, cortesía o hábitos individuales ¿por qué procedimientos? Habría ante todo, que realizar un esfuerzo educativo. Además, el derecho podría contribuir a su propio desarme si abdicando del orgullo legalista, que le hincha desde hace siglos, aceptara remitirse más ampliamente en sus textos a las normas extrajurídicas, haciendo en ellas una suerte de delegación.[25]

Es lo que en otra parte he calificado como el reto de construir una normatividad *humilde* como modo de regulación social menos arrogante y opresiva.[26] Hay que potenciar el proceso y sistema de reordenación normativa. Ello incluye el manejo efectivo, durante el ineludible periodo de transición, de la inevitable tensión por la coexistencia entre lo nuevo y lo viejo, lo local y lo común, lo jurídico y lo normativo, vida y ley, evitando la tentación continua de volver a las ilusiones propias del fetichismo de la forma jurídica que se ha padecido por tanto tiempo.

9. Octava proposición: La ética y dentro de esta la justicia solidaria como nuevo valor de valores, constituye el eje estructurante de la nueva producción normativa societal, sin mayor relación con la forma-jurídica reificadora de la forma-valor

El proyecto de lo común es la justicia, el reclamo de que el No-Derecho puede convertirse en el último Derecho de la política de ese proletariado socialmente ampliado que ha entrado en escena.[27] La revolución social de lo común es en ese sentido no-jurídico o antijurídico

24 Estas ideas fueron expuestas por Badiou en una conferencia titulada *The possibility of change in the law* ofrecida el 28 de octubre de 2008 en el New School for Social Research, en la Ciudad de Nueva York.

25 Carbonnier, J., *ibid*, pp. 62-63.

26 Rivera Lugo, C., *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas*, San Juan, Ediciones Callejón, 2004, pp. 137-154. Sobre mi propuesta de una normatividad humilde, véase a De la Torre Rangel, J. A., *lusnaturalismo histórico analógico*, Porrúa, México, D.F., 2011, pp. 235-237.

27 Badiou, A., *Teoría del sujeto*, Prometeo, Buenos Aires, 2009, p. 184.

por necesidad. Es un afuera del Derecho por cuanto pretende impugnar el hecho o la necesidad social que sirvió, desde el capital, para fundar el modo precedente de regulación social. Tiene razón el ilustre jurista argentino-mexicano Oscar Correas cuando señala que lo que valida en última instancia un hecho o acto es el fin ético que adelanta.[28]

Por ello la justicia se erige hoy en el nuevo valor de valores. En la justicia es que se halla el fundamento *sine qua non* del auténtico acto ético en torno al cual se puede refundar materialmente, en la alternativa, los procesos normativos de la sociedad actual. Frente a los cálculos economicistas de la ética utilitaria del capitalismo actual se coloca hoy una ética viva de lo común, desde las experiencias mismas de lo común en la vida cotidiana.

Según Antonio Carlos Wolkmer, los actuales requerimientos ético-políticos surgidos al calor de la incapacitación creciente del aparato de regulación estatal neoliberal y la nueva producción normativa comunitaria, "colocan la obligación de buscar nuevos padrones normativos que puedan solucionar mejor las demandas específicas surgidas de la producción y la concentración del capital globalizado, de las profundas contradicciones sociales, de las permanentes crisis institucionales y de los ineficaces sistemas de control y aplicación tradicional de la justicia".[29] Wolkmer abunda que:

> Es preciso tener ojos para percibir 'lo nuevo'. Lo 'nuevo' ya está sucediendo, el problema es que los actuales modelos teóricos no logran percibirlo y retratarlo. Hay que crear un modelo que permita reproducir la realidad concreta y, a partir de ahí, articular una propuesta de cambio. En consecuencia, lo 'nuevo' radica en el proceso de captar lo que ya existe de manera subyacente en la realidad…[30]

Ahora bien, entiendo que si algo nos enseña eso "nuevo" que ya acontece es que nos reta a encaminarnos hacia nuevos horizontes de regulación social en el que prevalezcan otras formas no formalmente jurídicas ni dependientes absolutamente en el Estado, elevándose por encima de sus lógicas de pasivización de la voluntad del soberano popular y de su capacidad de producción normativa en el marco de una democracia radical. Un horizonte a explorar en ese sentido es la fuga hacia ética. Michel Foucault insistió con razón que la ética puede ser una sólida estructura de existencia para la ordenación normativa, sin relación con la forma jurídica *per se* y menos aún con estructuras disciplinarias de mando político y económico. Por ello la justicia está obligada a transitar más allá del Derecho y superar su forma específica como relación social y de poder históricamente determinada.

Las leyes jamás pueden lograr lo que sólo se alcanza mediante la constitución de una consciencia ética y los actos propios de los componentes de la sociedad conforme a una ética viva de lo común. La ley no puede remediar mal alguno para el cual no exista una

28 Correas, O., op. cit, p. 56.
29 Wolkmer, A. C., Pluralismo jurídico, op. cit, p. 33.
30 Ibid,p. 301.

subjetividad y voluntad comprometida con unos fines éticos socialmente edificantes entre los ciudadanos.

Por ejemplo, los crímenes consistentes en actos de violencia contra las personas no son, en última instancia, disuadidos por las prohibiciones legales o las amenazas de castigos, como lo demuestra abundantemente la evidencia empírica. Estos sólo se pueden erradicar si se eliminan las causas sociales que están en su origen. No nos llamemos a engaño: el criterio definitorio de lo verdadero no puede ser ajeno a la determinación sobre lo justo.

En fin, no es el Derecho el que genera conductas sociales armoniosas, sino que son los usos y costumbres de la vida social en común, como hechos con fuerza normativa. Luego estos han sido en muchos casos recogidos bajo la forma de lo jurídico, tal y como la realidad aspira a ser aprehendida por la idea. El Derecho, con sus lógicas adversativas y excluyentes, así como su codificación de los fines privatistas contenidos en la forma-valor y sumisión a la trascendente autoridad establecida, sólo sirve para aplastar la posibilidad de la autodeterminación y conculcar la capacidad para gobernar democráticamente sobre lo concreto y lo inmediato.[31] De ahí el imperativo ético de refundar el modo actual de regulación social.

Como ya he expuesto, el reto que tenemos ante nosotros en relación a lo jurídico es deconstruirlo críticamente más allá de su apariencia, para pensarlo y repensarlo a partir de su materialidad. Se trata de desembarazarnos de una vez y por todas de la ilusión de que, desde el Derecho mismo, pueden ser superadas sus lógicas torcidas. Estoy convencido de que lo que en cambio se requiere es la articulación de una fuga estratégica de este como forma históricamente agotada de regulación social.

10. Bibliografía

Agamben, G., *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, 1998.

Agamben, G., *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, 2007.

Agamben, G., ¿Qué es un dispositivo?, Edizioni Nottetempo, Roma, 2006, versión en castellano disponible en http://caosmosis.acracia.net/?p=700.

Badiou, A., *Teoría del sujeto*, Prometeo, Buenos Aires, 2009.

5. Beirne, P. & Sharlet, R. (ed.), Eugeny Pashukanis: *Selected Writins on Marxism and Law*, London & New York, 1980.

31 El pensador comunista libertario Piotr Kropotkin señala, en su ensayo “Derecho y autoridad”, que el Derecho, en su origen, posee un carácter dual: “el deseo de la clase dominante de darle permanencia a las costumbres impuestas por esta para su propio beneficio. Su carácter es la habilidosa mezcla de costumbres útiles a la sociedad, costumbres que no tienen necesidad del Derecho para asegurar ser respetadas, con otras costumbres útiles sólo a los que dominan, injuriosas para la masa del pueblo, y mantenidas sólo mediante el temor al castigo”. Véase: Kropotkin, P., “Law and Authority”, en *Kropotkin’s Revolutionary Pamphlets*, Roger N. Baldwin editors, Vanguard Press, 1927.

Carbonnier, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pp. 13-63.

Castells, M., *The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. I, Blackwell, Oxford,, 2000.

Correas, O. (Coord.), *Derecho Indígena Mexicano I*, Ediciones Coyoacán, México, D.F., 2007.

De la Torre Rangel, J. A., *Iusnaturalismo histórico analógico*, Porrúa, México, D.F., 2011.

Deleuze, G. y Guattari, F., *Rizoma. Introducción*, Ediciones Coyoacán, México, D. F, 2004.

Dyer-Witheford, N., *Cyber-Marx: Cycles and Circuits of Struggle in High Technology Capitalism*, University of Illinois Press, 1999.

García Linera, A., *Forma valor y forma comunidad*, CLACSO-Muela del Diablo-Comuna, La Paz, 2009.

Grossi, P., *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Gurvitch, G., *La idea del Derecho social*, Comares, Granada, 2005.

Hardt, M. y Negri, A., *Commonwealth*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

Head, M., *Eugeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*, Routledge-Cavendish, New York,, 2008.

Baldwin, R. N. (ed.), *Kropotkin's Revolutionary Pamphlets*, Vanguard Press, 1927.

Marx, C. y Engels, F., *La Ideología Alemana*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1971.

Marx, C, *El capital*, Vol. I., FCE, México, D. F, 2006.

Marx, C, *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política (Grundrisse),* 2 vols., Editorial Crítica, Barcelona, 1978.

Matilla Correa, A. (Coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Universidad de La Habana y Lleonard Muntaner Editor, La Habana y Palma de Mallorca, 2009.

Moore, N., *Neo or Retro…?* (Notas sobre conferencia de Alain Badiou "The possibility of change in the law"), New School for Social Research, 28 de octubre de 2008, http://prosthetics.wordpress.com/tag/change/.

Negri, A., *Marx más allá de Marx. Cuaderno de trabajo sobre los Grundrisse*, Akal, Madrid, 2001.

Negri, T., *Fin de siglo*, Paidós, Barcelona, 1992.

Pashukanis, E., *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo, 1976.

Rivera Lugo, C., "El Derecho de lo común", en revista *Crítica Jurídica,* no. 29, México, D. F., CEIICH-UNAM, enero-junio 2010, pp. 129-140.

Rivera Lugo, C., *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas*, Ediciones Callejón, San Juan, 2004.

Rodatà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el No-Derecho*, Trotta, Madrid, 2010.

Wallerstein, I., *El futuro de la civilización capitalista*, Icaria, Barcelona, 1997.

Wolkmer, A. C., *Pluralismo jurídico*, MAD, Alcalá de Guadaíra (Sevilla), 2006.

Colaboradores/as

Colaboradores/as:

E. LILIANA LÓPEZ LÓPEZ, mexicana, Maestra en Derecho por la UNAM. Profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Candidata a Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, con orientación en Sociología, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales en la misma universidad. Miembro del grupo de Trabajo "Anticapitalismos y Sociabilidades Emergentes" de CLACSO. Integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho, RADAR. Correo electrónico: matrioska.liliana@gmail.com.

ALEJANDRO MEDICI, argentino, Docente investigador de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP)/ Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam)/miembro del CEAPEDI (Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad), Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Correo electrónico: ale_medici@yahoo.com.

LUISA FERNANDA GARCÍA LOZANO, colombiana, Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Actualmente se encuentra cursando el doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires, docente e investigadora de varias universidades, entre ellas: Universidad Santo Tomas y Universidad Militar Nueva Granada. correo electrónico: trevannian@gmail.com

DAVID SÁNCHEZ RUBIO, español, Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

ALEIDA HERNÁNDEZ CERVANTES, mexicana, Doctora en derecho por la UNAM. Es investigadora de tiempo completo asociada C en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH) de la UNAM y profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma universidad donde ha impartido las materias de Teoría Jurídica Contemporánea, Historia de la Filosofía del Derecho, Epistemología y Metodología Jurídica, entre otras. Integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho, RADAR. Correo electrónico: aleycristal@hotmail.com.

ANDRÉ J. HOEKEMA, holandés, studied law as well as sociology in The Netherlands (Utrecht) and got his Ph.D. in Amsterdam. From 1978 onwards he had a full professorship in Sociology of Law in the law faculty of the *Universiteit van Amsterdam*, and now holds a chair in Legal Pluralism. The last 15 years or so he is paying special attention to problems of multi-ethnic states, particularly the legal position of indigenous peoples and of minority communities. At home he studies multicultural tendencies in family law and other legal fields, abroad he addresses legal pluralism and its place within development policies and philosophies, concentrating on matters like land and territorial rights, legal reform, and ways

to “pluralize” the state and its legal order, mostly in Latin American and some African countries. Mail: a.j.hoekema@uva.nl

ANTONIO CARLOS WOLKMER, brasileño, Licenciado en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 1977). Especialista en Metodología en Educación Superior por la UNISINOS (1980). Magister en Ciencia Política por la Universidad Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 1983) y Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC, 1992). Profesor titular de los cursos de licenciatura y posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, investigador del CNPq nível 1.

OSCAR ARNULFO DE LA TORRE DE LARA, mexicano, Doctorando en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Se desempeña como investigador invitado y miembro del Comité Técnico del Observatorio Ciudadano en Seguridad Pública del Estado de Aguascalientes. Ha sido asesor en materia civil en el Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes, así como asesor y abogado litigante particular. Participó como investigador en los Diagnósticos Municipales sobre la Construcción Social de las Violencias realizando los capítulos de Cultura de la Legalidad y Órganos de Control Externo de la Sociedad, en los municipios de Valle de Santiago, Salamanca y Salvatierra, en el estado de Guanajuato; Apatzingán y Lázaro Cárdenas, en el estado de Michoacán; y Jesús María en el estado de Aguascalientes.

CARLOS RIVERA LUGO, puertorriqueño, Catedrático en Filosofía y Teoría del Estado y del Derecho en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, centro de estudios jurídicos alternativos con sede en Mayagüez, Puerto Rico de la cual fue decano-fundador. Es también profesor del Programa de Doctorado “Sociedad democrática, Derecho y globalización”, de la Red Interuniversitaria Latinoamericana de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco.

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

CEDEC

umbral

Corte Constitucional del Ecuador

Este número extraordinario de la Revista Umbral Pluralismo Jurídico (Tomos I y II), surge como resultado de la cooperación interinstitucional entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales, mediante la cual ambas instituciones se comprometen a fomentar y promover el debate jurídico, e impulsar publicaciones conjuntas. Es así que Ágora, Revista de Ciencias Sociales, suma sus esfuerzos a la Revista Umbral para dedicar este número extraordinario a profundizar la comprensión del pluralismo jurídico.

El recorrido por los diversos artículos que conforman estos tomos, permite mirar la profundidad y el pulso de los debates que constituyen, hoy por hoy, el mapa del pluralismo jurídico en los estudios sobre América Latina. Muestra también, las líneas de contacto que se detectan y los diálogos abiertos por las reflexiones de autores, que desde diferentes latitudes, están desarrollando investigaciones con los insumos teóricos provistos por esta perspectiva, y aporta con una muestra de su concretización en la práctica jurisdiccional latinoamericana. Además, recoge la presentación de cuatro sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, que se anexan a este número, como evidencia de las prácticas jurisdiccionales más recientes sobre el tratamiento del pluralismo jurídico en el país andino de modelo plurinacional; sentencias en las que se despejan una serie de puntos críticos en cuanto al Derecho sobre la interculturalidad y la aplicación del Derecho Indígena y el estatal, cerrando así una etapa embrionaria en cuanto a la construcción de una línea divisoria respecto a los límites y alcances de su administración.

www.corteconstitucional.gob.ec