

Doctrina



Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación

Por Alejandro Rosillo Martínez¹

1. Introducción

En otros lugares hemos insistido en que el sujeto de derechos humanos es un sujeto vivo, práxico e intersubjetivo (Rosillo, 2012; 2013a), e igualmente hemos afirmado que la praxis de liberación, aunque es una praxis dentro de la totalidad de la realidad histórica, está compuesta por una pluralidad de praxis concretas (Rosillo, 2008). De ahí que pretender establecer una única praxis de liberación válida —e igualmente un único sujeto concreto— sería incorrecto, y caeríamos en la misma razón indolente —generadora de una visión simplificadora de derechos humanos— de la Modernidad hegemónica que hemos criticado (Rosillo, 2013b). En este contexto, a través de las siguientes páginas desarrollaremos una sucinta reflexión sobre una praxis concreta que, en América Latina, ha asumido a la Filosofía de la Liberación (FL) como su momento intelectual: el pluralismo jurídico.

El tema del “pluralismo jurídico” es amplio y se puede analizar desde perspectivas históricas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, etc., y ha sido abordado tanto desde la perspectiva de los países centrales como de la de los periféricos. Nuestro interés, como señalamos, es intentar ubicarlo como una praxis que se ha desarrollado en América Latina², y que desde cierta perspectiva la FL le significa un momento filosófico y crítico para que pueda realmente responder a la liberación de los pueblos. Para esto, seguiremos principalmente el pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer (2006), complementándolo con la obra de otros autores que han visto en el pluralismo jurídico una dimensión de la praxis de liberación latinoamericana.

2. Crisis del paradigma moderno

El carácter liberador del pluralismo jurídico parte del hecho de diagnosticar y responder a una crisis en el paradigma moderno de derecho. Una crisis de paradigmas se identifica a partir del momento en que el paradigma dominante ya no logra explicar los fenómenos que debería esclarecer. En cuanto a lo jurídico, la crisis del paradigma moderno se ha dado cuando sus categorías no son suficientes para explicar la dinámica social relacionada con la juridicidad, y en la práctica muestra ineficacia para cumplir con los cometidos que se propone. En otras palabras, y desde la FL, para

1 Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

2 El tema del pluralismo jurídico en América Latina ha cobrado una gran importancia, tanto por la legalidad alternativa desarrollada en sectores populares, como por las luchas de los pueblos indígenas. La bibliografía es variada y abundante, y se aborda el pluralismo jurídico desde diversas perspectivas: jurídica, antropológica, sociológica, filosófica e histórica. Cf., como ejemplos básicos: Santos, 2009: 52-80; 131-453. De la Torre, 2007. Ochoa, 2002. López Fuentes, 2006; Durand, 2000.

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

América Latina la crisis del derecho moderno se da porque como sistema ha generado diversas comunidades de víctimas que muestran su ineficacia y desmienten sus promesas de igualdad, libertad y fraternidad. En efecto, para Carlos Antonio Wolkmer es necesario analizar el grado de eficacia o ineficacia del actual modelo normativo de control y reglamentación social en América Latina. De este análisis, constata que hay una profunda crisis en el paradigma moderno de derecho y de estado.

Dicho paradigma tiene como una de sus notas históricas fundamentales, para nuestro autor, el hecho de que entre los siglos XVII y XVIII europeos, el liberalismo surgió como una nueva visión del mundo contenida de valores, creencias e intereses de la clase burguesa en su lucha histórica contra el dominio del feudalismo aristocrático. Y aunque en un inicio este liberalismo cobró un matiz revolucionario, sin embargo, más tarde, “cuando el capitalismo comienza a pasar a la fase industrial, la burguesía (la elite burguesa), asumiendo el poder político y consolidando su control económico, comienza a ‘aplicar en la práctica sólo los aspectos de la teoría liberal’ que más le interesan, negando la distribución social de la riqueza y excluyendo al pueblo del acceso del gobierno” (Wolkmer, 2006). En esta lógica, el liberalismo es, para nuestro autor, ambiguo en casi todos sus aspectos, pues por un lado predica la libertad, pero por otro limita la acción de quienes no tienen potencial económico. En efecto, si es revolucionario ante el antiguo régimen, es bastante conservador en relación con las reivindicaciones populares.

Dichos principios de la sociedad moderna europea dentro del contexto capitalista, tienen a su vez una estructura político-institucional que reproduce y asegura los intereses específicos de esa nueva clase social dominante, la burguesa. Esta estructura es la moderna organización estatal de poder, revestida por el monopolio de la fuerza y la violencia, de la centralización, de la secularización y de la burocracia administrativa. Así, el paradigma moderno de ordenamiento de la sociedad tiene los siguientes rasgos esenciales: “[E]l ‘núcleo económico’ (libre iniciativa empresarial, propiedad privada, economía de mercado); el ‘núcleo político-jurídico’ (Estado de Derecho, soberanía popular, supremacía constitucional, separación de poderes, representación política, derechos civiles y políticos); el ‘núcleo ético-filosófico’ (libertad personal, tolerancia, libertad de creencias y optimismo en la vida, individualismo)” (Wolkmer, 2006).

Este paradigma moderno es monista, es decir, que sólo reconoce la existencia de un solo sistema jurídico en un territorio y en un tiempo determinado. El estado es quien tiene el monopolio de la producción jurídica y el ejercicio de la violencia legítima. Esta característica es expresión de la “simetría liberal moderna”, es decir, que todo el estado es de derecho y todo el derecho es del estado, lo que según Boaventura de Sousa Santos es una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental pero también una cuestión muy problemática “no solamente porque desconoce toda la diversidad de derecho no estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho con relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado” (Santos, 2010: 106).

La construcción histórica del paradigma moderno, según Wolkmer, comprende etapas o fases, plasmadas en cuatro grandes ciclos, que corresponden a la formación, la sistematización, el apogeo y la crisis del paradigma (Wolkmer, 2006). El primer ciclo, el de la formación, irrumpe a lo largo de una confluencia histórica asociada al estado absolutista, al capitalismo mercantil, al fortalecimiento del poder aristocrático y al declive de la Iglesia y del pluralismo corporativista medieval; aquí destacan las teorías del soberano como creador de la ley, cuyo ejemplo más claro es el pensamiento de Thomas Hobbes. El segundo ciclo del monismo jurídico comprende desde la Revolución Francesa hasta el final de las principales legislaciones del siglo XIX; es la etapa de la sistematización, y se trata de un momento fundamental para la estructuración de la legalidad estatal burgués-capitalista en Occidente: “Con el objetivo de legitimar el funcionamiento de los nuevos mercados, la realidad emergente proclama que es la nación soberana y ya no más el príncipe el verdadero sujeto de Derecho” (Wolkmer, 2006). El derecho racional de la Revolución Francesa es el derecho del hombre egoísta, que olvida a los seres humanos concretos y se dedica a proclamar un sujeto abstracto con principios que sólo la burguesía tiene. Pensadores como John Austin y Rodolf Von Jhering dieron sustento teórico a este ciclo y a la idea del derecho como mandado del estado.

El tercer ciclo del monismo se identifica con una legalidad dogmática con pretensiones científicas rígidas, alcanzando su apogeo entre los años veinte y treinta y los años cincuenta y sesenta del siglo XX. Logra su cumbre con el formalismo dogmático de la Escuela de Viena, representada por la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen. En él, la identificación del estado y del derecho permite considerar a aquél esencialmente como el orden jurídico políticamente centralizado. La propuesta científico-positivista del estado descarta el dualismo estado-derecho, fundiéndolos de tal forma que el derecho es el estado y el estado es el derecho positivo (Kelsen, 1997).

Al iniciar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y encajonado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, a su objetivo y a sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar, como hemos insistido, desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado no en un idealismo formalistas ni en una rigidez técnica legalista, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales. Esto es lo que marca el cuarto ciclo, que Wolkmer identifica con la crisis del paradigma.

Por otro lado, estando muy cercano al análisis de Wolkmer, José Carlos Moreira da Silva Filho considera que el paradigma dominante jurídico es el dogmático, el que tuvo una compleja génesis. Considera que se compone a partir de la convergencia de procesos básicos que se encuentran en la base de la Modernidad hegemónica, a través de una matriz epistemológica y una matriz política. En primero

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

lugar, si bien la dogmática jurídica llega a una expresión acabada en el siglo XIX, subsume tres herencias básicas (Moreira, 2007):

- a) La jurisprudencial, que proviene del Derecho Romano, referida a la técnica de la prudentia, que busca pensar los problemas como conflictos que deben ser resueltos por una autoridad.
- b) La exegética, que se origina de la tradición de los glosadores de la Edad Media europea, donde esta tarea era hecha sobre los textos jurídicos romanos, revistiéndoselos de un carácter dogmático, sagrado y trascendente.
- c) La sistemática, generada por el iusnaturalismo racionalista moderno, que rompe con los procedimientos de glosadores y con el saber prudencial, y pasa a centrarse en el uso de la razón cuyos principios tenían que ser investigados para su aplicación.

En el siglo XIX, la dogmática jurídica se constituye como el paradigma jurídico; en general, significa la sistematización del derecho a través de un proceso de conceptualización e integración de las normas jurídicas. Con el avance de la construcción jurídica se desplaza el problema del contenido del derecho a la discusión sobre las formas en que se realiza, influido por el conocimiento científico moderno: “El principio de cientificismo, que vino, posteriormente, a informar el núcleo de la idea positivista, entendía ser la Ciencia la única forma de conocimiento aceptable. Esta, por su parte, partía de una perspectiva eminentemente empirista. El mundo no es un conjunto de leyes y principios, sino un conjunto de hechos, tras los cuales se esconden causas o leyes que cabe a la Ciencia descubrir, lo que hará mediante el método de verificación empírica, compuesto de observación, recolección y experimentación. Un conocimiento será científico cuando se articule de modo sistemático y coherente, y resista a la verificación empírica de las hipótesis en que se apoya” (Moreira, 2007). Este cientificismo tiene su mayor expresión en el positivismo jurídico, que es el momento donde el paradigma dogmático alcanza su maduración.

Por otro lado, la matriz política de este paradigma es el liberalismo que, como hemos dicho, otorga especial énfasis al individualismo como fundamento del orden político-jurídico. Las relaciones sociales son vistas en su aspecto consensual como fruto de un contrato social realizado entre individuos libres e iguales. El conflicto se considera, entonces, como una anomalía que amenaza la armonía social prevista en el contrato, percibiéndose sólo en su dimensión individual, desvinculándose de las relaciones de clase o de grupos sociales. Esto lleva a que, según Moreira, el positivismo y el liberalismo tengan algo en común, que los hace matrices del discurso jurídico dominante (Moreira, 2007). Entonces, por supuesto, se concentra la generación del derecho por un solo ente, el estado, quien tiene a su cargo la administración de los conflictos. De ahí que el liberalismo y el positivismo como matrices del paradigma jurídico dominante estén estrechamente ligados al monismo jurídico.

Ahora bien, los modelos culturales y normativos que justificaron los espacios vitales, la organización social y los criterios científicos de la Modernidad, se han vuelto insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de

referencia y legitimidad. En su obra *Pluralismo jurídico*, Wolkmer realiza un análisis de la crisis contemporánea del modelo moderno en el caso del capitalismo periférico brasileño. Señala la existencia de “la hegemonía de las oligarquías agroexportadoras vinculadas a los intereses externos y adeptas al individualismo liberal, al elitismo colonizador y a la legalidad lógico-formal” (Wolkmer, 2006). Las características de la normatividad moderna (abstracción, igualdad formal, etc.) han servido a las burguesías para imponer sus intereses y satisfacer sus derechos. Lo contrario sucede con otros grupos sociales y la implementación de “nuevos” derechos no contemplados por la legislación y los códigos positivos o que aunque reconocidos no tienen efectividad práctica, y la mayoría de las veces sólo son logrados o asegurados a través de un proceso de luchas comunitarias y de conflictos colectivos. De ahí que nuestro autor afirme que “se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos” (Wolkmer, 2006). La ineficiencia del modelo jurídico dominante, en Brasil y en lo general en los países latinoamericanos, para resolver los conflictos colectivos se da en dos niveles de actuación: a) En el ámbito del poder judicial como órgano interpretativo oficial, y b) en el contexto de la propia legislación positiva estatal.

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel también realiza una crítica a la función del paradigma del derecho moderno en América Latina, y a su carácter monista. Este paradigma penetró en el subcontinente en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, cuyo desarrollo urbano e industrial era casi nulo. De ahí que este paradigma repercutirá directamente sobre la tenencia de la tierra (De la Torre, 2006). Las leyes que regularon la propiedad asumieron las características de igualdad, generalidad y abstracción del derecho moderno, lo que trabajo “la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del derecho moderno y sus postulados” (De la Torre, 2006). El caso de México, según Gutelman, la introducción de la propiedad privada y del proceso de expropiación desequilibró totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Un gran número de superficies fueron declaradas “baldías”, pero en realidad pertenecían a comunidades indígenas. Pero los pueblos indios no podían prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad, y si éste existía no correspondía con las normas legales (Gutelman, 1975). El derecho de los pueblos indígenas no era tal, pues no pertenecía al nuevo estado-nación. Cuestión parecida sucedía con los campesinos pobres que sin título jurídico no podían defenderse, y eran despojados de sus tierras; sólo las grandes haciendas podían hacerse respetar por las compañías deslindadoras.

Uno de los ámbitos donde en América Latina se ha mostrado con mayor claridad la crisis del paradigma moderno de derecho es en su relación con los pueblos indígenas. La emergencia de las jurisdicciones indígenas, sus normatividades y sus sistemas de cargos, que se encontraban invisibilizadas y hasta eran (son) combatidas por el estado moderno, es parte de la lucha que ha emprendido esta subjetividad emergente. Las palabras de Magdalena Gómez reflejan bien esta situación:

“No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han ‘administrado justicia’ y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de sistemas de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública, no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico” (López, 2006).

A partir de las incoherencias entre el sistema jurídico y su aplicabilidad real, Wolkmer afirma que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la conflictividad de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina. Estas sociedades pasan por distintas especies de reproducción del capital, llenas de acentuadas contradicciones sociales y de flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. En otra de sus obras, Wolkmer complementa esta observación con el análisis del sociólogo jurídico José Eduardo Faria, señalando que los nuevos paradigmas están directamente vinculados a la “creciente complejidad de los conflictos, a la heterogeneidad socioeconómica, a la concentración y centralización del capital, a la expansión del intervencionismo estatal, a la hipertrofia del Ejecutivo, etc. En la medida en que la sociedad es vista como un sistema necesariamente en constante conflicto, tenso y en permanente transformación, cualquier análisis pasa a ser considerado válido siempre y cuando sea capaz de identificar los factores de cambio responsables de la continua inadecuación de los modelos culturales tradicionales —entre ellos, el derecho—” (Wolkmer, 2006).

De dicha situación surge la necesidad de proponer e introducir en la teoría del derecho de América Latina la discusión sobre la “crisis de los paradigmas” dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación. En este punto, Wolkmer sigue la pauta señalada por Thomas S. Khun, al sostener que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías (Kuhn, 2007). Esta crisis se percibe, en relación con nuestro tema, de manera más aguda en los países periféricos, pues la inadecuación entre derecho y realidad es evidente y se remonta al propio periodo colonial. De ahí que se proponga un nuevo Derecho, que parta de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y dar legitimidad a normas extra e infraestatales. En este contexto, es importante señalar que, como ampliaremos más adelante, el pluralismo jurídico es diverso, y para ser emancipador debe superar las matrices colonialistas y capitalistas del paradigma moderno; de lo contrario, puede constituir un proyecto conservador. Así, por ejemplo, Santos refiere cómo los países colonialis-

tas utilizaron el pluralismo jurídico como estrategia de colonización, y referido a final de cuentas al derecho del estado moderno respondió más a la regulación y opresión de las poblaciones originales que a su liberación (Santos, 2009).

La construcción de este referencial diferente de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la sociedad civil, representada en los Nuevos Movimientos Sociales, envolviendo la articulación de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. A partir de dicha crisis, Wolkmer afirma la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos (Wolkmer, 2006).

Hasta el momento se ha mostrado el punto de partida del pensamiento del profesor brasileño: en países de capitalismo periférico, como son los latinoamericanos, el paradigma moderno de derecho y estado ha servido para los intereses de las clases burguesas, y no logra resolver los conflictos colectivos ni satisfacer las demandas de nuevos derechos o garantizar los derechos ya reconocidos a las clases populares, los cuales en muchas ocasiones tienen que hacerse valer a través de acciones comunitarias y construyendo movimientos sociales. Ante esta situación, se apuesta por una pluralidad en lo jurídico. Sin embargo, el autor es consciente de los diversos tipos y concepciones de pluralismo. En efecto, a continuación se abordará la caracterización que se asume de “pluralismo jurídico”.

3. Caracterización del pluralismo jurídico

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.

Esta realidad tan diversa remite a Antonio Carlos Wolkmer a realizar un recorrido histórico, en su obra *Pluralismo jurídico*, partiendo del mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron, en cada espacio social, un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, fueros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano.³

3 Esta realidad es descrita por Paolo Grossi: “...en la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente radical, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una ci-

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

Efectivamente, fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se generó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. A través de la conocida figura de la “personalidad de las leyes”, la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. En este contexto, nuestro autor detecta cuatro manifestaciones legales: un “derecho señorial” fundado en la función militar; un “derecho canónico” que se basaba en los principios cristianos; un “derecho burgués” apoyado en la actividad económica y por fin, un “derecho real”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política (Wolkmer, 2006).

La estatización del derecho se hará efectiva, en Europa, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana. A través de los siglos XVII y XVIII, el absolutismo monárquico y la burguesía desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como sometería el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del estado-nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela, sostiene Wolkmer, que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad. Grossi narra de manera clara este paso del “viejo pluralismo” al monismo:

“El viejo pluralismo va siendo sustituido por un rígido monismo: el ligamen entre derecho y sociedad, entre derecho y hechos económico-sociales emergentes, es cortado, mientras se opera una suerte de canalización obligada. El canal discurre obviamente entre los hechos, pero discurre en medio de dos diques altos e impenetrables: politización (en sentido estricto) y formalización de la dimensión jurídica son el resultado más impresionante y de mayor entidad.

El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevoluciona-

vilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan. Dimensión histórica auténticamente medieval esta de la relativa indiferencia del Príncipe hacia el derecho pero que, por inercia que es con frecuencia componente primario de los contextos históricos, llega –aunque discutida, contestada, erosionada– hasta los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de finales del siglo XVIII” (Grossi, 2003: 29).

rio y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático, gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidencia entre voluntad legislativa y voluntad general. En pleno secularismo, el resultado paradójico es el perfecto cumplimiento de la mística de la ley (...).

En el laboratorio histórico asumido por nosotros como paradigma, Francia, llegamos ahora al umbral de la codificación general, que comenzará precisamente por la zona tradicionalmente reservada de manera celosa a los particulares, es decir, por las relaciones civiles. El primer Código dispuesto en 1804 por Napoleón I será, en efecto, precisamente el “Código civil” (Grossi, 2003).

Diversas razones favorecieron la reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX: La consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial, el individualismo filosófico, del liberalismo político-económico y el centralismo jurídico estatal. En las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los iusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la vuelta al pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths).

En razón de su significado contemporáneo, Wolkmer busca presentar una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales (Wolkmer, 2006). Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico.

Ahora bien, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, el surgimiento del pluralismo jurídico surge de dos situaciones diferentes, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; y b) “origen no colonial”. En el primer caso, es en países que fueron dominados económica y políticamente donde se desarrolla el pluralismo jurídico, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués, español, etc.). Así se impuso con la fuerza la unificación legal y la administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias” (Santos, 1988).

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etc.). Por otro lado,

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

se trata de la hipótesis de que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía) (Santos, 1988).

Más allá de la caracterización realizada por Santos, Wolkmer hace suya las palabras de Joaquim A. Falcão quien introdujo la afirmación de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en *la propia crisis de la legalidad política*. Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Falcão entiende que, en países del Tercer Mundo como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el derecho oficial, está correlacionada directamente con la variable de legitimidad del régimen político (Wolkmer, 2006). En otras palabras, la pluralidad de los órdenes jurídicos es fruto de la búsqueda de una nueva legitimidad. Sin embargo, a lo anterior habrá que añadir otros factores relevantes; Wolkmer señala lo siguiente:

“Todos estos aspectos apuntados, como la ampliación del pluralismo jurídico para abarcar especificidades materiales de determinadas regiones del capitalismo periférico, fundamentados en luchas sociopolíticas y en contradicciones económico-clasistas (Boaventura de S. Santos), así como la pluralidad normativa como respuesta a la crisis de legitimidad política (Joaquim A. Falcão) son factores relevantes pero no suficientes, si no fueran considerados la ‘ineficacia’ y el carácter ‘injusto’ del paradigma hegemónico de la legalidad dogmática estatal” (Wolkmer, 2006).

Wolkmer señala que ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo *Síntesis sobre el pluralismo jurídico*, apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del derecho. Parte del presupuesto de que la “unicidad” es incapaz de contemplar correctamente la existencia de desventajas propias de grupos sociales particulares y de percibir la relatividad de la idea de justicia. Ante esta situación, el pluralismo jurídico puede demostrar de modo amplio la fuerza y la autenticidad de múltiples manifestaciones normativas no estatales originadas por los más diversos sectores de la estructura social, y revelar toda una rica producción legal informal e insurgente a partir de condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones clasistas o interclasistas.

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas que no pueden soslayarse, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas solo susceptibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Avanzando en esta temática, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad *no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad*. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el estado.

La complejidad y el extenso cuadro de fenómenos legales plurales viabilizan las posibilidades de diversas propuestas de clasificación. A pesar de que no existe un consenso entre los que tratan la cuestión de las modalidades del pluralismo legal, se debe subrayar sólo una distinción y yuxtaposición proyectada para sociedades de capitalismo periférico. Es en este nivel en que se procesa la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario” (Wolkmer, 2006). El primero es aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el estado. Se admite la presencia de numerosos “campos sociales semiautónomos”, con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuida al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al “pluralismo jurídico comunitario”, éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, existiendo independientemente del control estatal.

Finalmente, Wolkmer aborda diversas “objeciones” hechas al pluralismo jurídico, tanto las objeciones apuntadas por los autores de perfil teórico, tanto tradicional, como de los innovadores (Wolkmer, 2006). Parte de su argumento es referido a la fase ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Marx y Hegel. La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio, la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la substitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía” (Bobbio, 1980).

Es importante advertir sobre el posible uso ideológico de las prácticas normativas populares; es decir, se debe asumir el pluralismo jurídico como una realidad histórica y, por tanto, dinámica, y es necesario realizar la historización de su uso como principio de desideologización (Wolkmer, 2006). Santos advierte sobre esta equívocidad del pluralismo jurídico:

“El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una especie de prueba de fuego para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita” (Santos, 2009).

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, en la realidad de América Latina, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites, como sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

4. Pluralismo jurídico como proyecto conservador

El proyecto de derecho propuesto por Wolkmer para el tercer milenio no es el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras. Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional, etc. (Faria, 2001). De ahí que el pluralismo jurídico tradicional sea rechazado desde la perspectiva de la FL, al no responder a la construcción de un derecho desde la perspectiva de las víctimas. Las limitantes e inconvenientes de este pluralismo las describe Wolkmer en el siguiente sentido:

“[E]l pluralismo jurídico tradicional se ve afectado por innumerables ‘limitaciones’ [...] incluso, avanzando un poco más, es hasta inviable o inadecuado para estructuras de privilegios, desigualdades e injusticias como la brasileña, principalmente cuando es asumido por intereses exclusivistas provenientes del saqueo de ciertos segmentos neocorporativistas o de elites con mayor poder de presión económica, representantes permanentes de la forma de dominación oligárquica antipopular” (Wolkmer, 2006).

Como consecuencia, el debate sobre el pluralismo jurídico se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven con el neocolonialismo, la dependencia y el autoritarismo. En efecto, es prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra

práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad” (posmodernidad celebratoria, en término de Boaventura de Sousa Santos), es, para Wolkmer, otro engaño para lograr la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

Es cierto que este tipo de pluralismo expresa determinadas condiciones de posibilidades que están interligadas directamente al proceso de globalización del capitalismo actual. Como: “a) la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neoamericanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latinoamericanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d) la crisis del trabajador de masa y las nuevas luchas sociales” (Wolkmer, 2006).

El pluralismo de corte conservador se contraponen radicalmente al pluralismo progresista y democrático que Wolkmer propone. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador imposibilita la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizadas para alcanzar sus intereses económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes (Wolkmer, 1993).

Se trata de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos”, fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Por tanto, un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, que parte de una propuesta de consolidación democrática coherente para América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continua reacomodación, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de tipo político.

5. Pluralismo jurídico como proyecto emancipador

La propuesta del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades.

Este tipo de pluralismo jurídico es un proyecto que busca hacer realidad los derechos humanos desde la perspectiva que hemos defendido en este capítulo; es decir, se trata de una “legalidad alternativa” construida por el sujeto vivo, práxico e intersubjetivo que es, a su vez, el fundamento de derechos humanos. Como veremos, las características de esta clase de pluralismo jurídico que desarrolla Wolkmer son coincidentes con la manera en que hemos abordado el tema de derechos humanos a través de estas páginas.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios del capitalismo periférico latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar:

- a) Fundamentos de “efectividad material”: Se refieren al surgimiento de nuevos sujetos colectivos, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.
- b) Fundamentos de “efectividad formal”: Son el reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la construcción de procesos para una racionalidad emancipatoria (Wolkmer, 2006).

Es en estos fundamentos donde Wolkmer hace uso de la FL para integrar su propuesta de pluralismo jurídico como proyecto emancipador. En ellos, como veremos, encontraremos diversas coincidencias con lo que hemos expuesto en este capítulo.

5.1. Nuevas subjetividades: Nuevos Movimientos Sociales

En primer lugar, como fundamento de efectividad material, Wolkmer señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Este enfoque de pluralismo jurídico se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social.

La situación de lo “nuevo”, en cuanto portador del futuro, no está referida a una totalidad universalista constituida por sujetos soberanos, centralizados y creados *a priori*, sino en el espacio de subjetividades cotidianas compuestas por una pluralidad de sujetos diferentes y heterogéneos. En efecto, tanto el “nuevo” como el “colectivo” no deben ser pensados, señala Wolkmer, en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidad,

“sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasaran a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia” (Wolkmer, 2006). Se trata del sujeto vivo, intersubjetivo y práxico que se muestra como comunidad de víctimas. De ahí que el sujeto abstracto, individualista y universal de la Modernidad hegemónica que en América Latina era concretizado por oligarquías, burguesías nacionales, elites empresariales y burocracias militares, es sustituido por “un tipo de colectividad política constituida tanto por agentes colectivos organizados como por movimientos sociales de naturaleza rural (campesinos sin tierra), urbana (sin techo), étnica (minorías), religiosa (comunidades eclesiales de base), estudiantil, así como por comunidades de mujeres, de barrios, de fábricas, de corporaciones profesionales y demás cuerpos sociales intermedios semiautónomos clasistas e interclasistas” (Wolkmer, 2006).

Al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

5.2. El sistema de necesidades

Al abordar al sujeto vivo como fundamento de derechos humanos analizamos la cuestión de la satisfacción de necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En cuanto al pluralismo jurídico, Wolkmer señala que con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, concretizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “sistema de necesidades” es calificado como la segunda suposición o fundamento en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc. Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas. Señala nuestro autor que “[a]unque la dinámica de las necesidades esté vinculada a la formación de identidades individuales y colectivas en cualquier tipo de sociedad, fue con la modernidad burguesa capitalista e industrial que adquirió especificidades no comunes e ilimitadas” (Wolkmer, 2006).

No obstante, el desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente latinoamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva. Siguiendo a Agnes Heller, Wolkmer señala:

“Así, las ‘necesidades radicales’ son las únicas que pueden constituirse en factores de superación de la sociedad capitalista, posibilitando, a través de la conciencia adquirida, la superación de la alienación, la transformación de la vida cotidiana y la emancipación humana” (Wolkmer, 2006).

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda de que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motivadora de la aparición de derechos por las necesidades. Es decir, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la intermediación entre necesidad, conflictos y demandas.

5.3. Reordenamiento del espacio público

La *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija, y al mismo tiempo reproduzca, un *espacio comunitario descentralizado y participativo*. Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como las latinoamericanas, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Debe tomarse en cuenta, además, que las estructuras sociales periféricas están contaminadas hasta las raíces por una tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria. La composición territorial y política se formó en dependencia de un proceso de imposición de la producción del capital internacional y de intereses exclusivistas de una elite burocrática-oligárquica, poseedora de la hegemonía política, económica y cultural.

Al profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina le parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”. Para esto es importante recuperar el concepto de “comunidad”:

“Aunque pueda tener un sentido a veces vago y difuso, la noción de ‘comunidad’ implica cierto aglomerado social con características singulares, intereses comunes e identidad propia, que, aunque insertos en un aspecto de relaciones inundadas por consenso y disensos, se interrelacionan por un lastre geográfico espacial, por coexistencia ideológica y por carencias materiales” (Wolkmer, 2006).

Wolkmer se aleja de nociones liberales-capitalistas de “comunidad”, basadas más en la idea del contractualismo, las cuales le dan un carácter estático a esa noción. Por eso, la forma de pensar la comunidad, en este tipo de concepción pluralista, significa comprenderla como un espacio público constituido en parte por la legitimación de nuevas fuerzas sociales que, en permanente ejercicio de su alteridad, son conscientes de sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de prácticas jurídicas autónomas. En este sentido, “la comunidad a través de los movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermedios está llamada a co-dirigir su destino” (Wolkmer, 2006).

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el respectivo proceso de consolidación de la *democracia participativa de base*⁴, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Pues, en la medida en que la democracia formal y el sistema convencional de representación, es decir, los partidos políticos, se vuelven obsoletos y no logran canalizar las demandas sociales, se dan las condiciones de participación para las nuevas identidades colectivas insurgentes:

“No se trata más de sujetos de una ‘ciudadanía regulada’, presos de la formalidad del voto representativo, sino de ‘sujetos en relación’, en una dinámica de alteridad con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos” ((Wolkmer, 2006).

En síntesis, el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burguesa formal y la regulación estatal de la “ciudadanía”, para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que reflejen los intereses y los conflictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se consolida por el número de votos, sino por la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión pública.

5.4. Ética concreta de la alteridad

Una *cuarta condición o fundamento* para la composición de la legalidad alternativa es la construcción de una *ética de la solidaridad o de la alteridad*. La cuestión de la alteridad, recordémoslo, la hemos abordado tanto en el capítulo primero de esta tesis al hablar de la praxis de los primeros defensores de los pueblos indígenas como al hablar del fundamento de derechos humanos al inicio del presente capítulo. El agotamiento de la cultura burguesa capitalista de cuño individualista nos lleva a la

4 Sobre los mecanismos propuestos para la democracia de base, véase Wolkmer, 2006b: 222-224. Donde, entre otras, propone: la presencia de organizaciones de interés popular en la esfera pública local; la práctica del plebiscito; el ejercicio del referéndum; el “veto popular”; las “audiencias públicas”; proyectos presupuestarios consultados; participación en el poder de control por parte del pueblo; etc.

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética basada en el individualismo, en el poder, en la competencia, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo, etc.

La ética concreta de la alteridad no se prende de ingenierías “ontológicas” y de juicios universales *a priori*, colocados para ser aplicados en situaciones concretas, sino que asume y construye concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación. Wolkmer señala que así, esta ética “posee un cuño liberador, pues, por estar inserta en las prácticas sociales y de ellas ser producto, puede perfectamente materializarse como el instrumento pedagógico que mejor se adapta a los intentos de conscientización y transformación de las naciones dependientes del capitalismo periférico, así como de las luchas de liberación y emancipación nacional de los pueblos oprimidos” (Wolkmer, 2006).

El contenido constructivo de la “ética de la alteridad”, como expresión de valores emergentes, tales como justicia, solidaridad, autonomía, emancipación, de los nuevos sujetos individuales y colectivos, ya sea como forma de destrucción del poder dominante, ya como instrumentos pedagógicos de la liberación, envuelve dos condiciones esenciales:

- a) “Se inspira en la ‘praxis concreta’ y en la situación histórica de las estructuras socio-económicas hasta hoy despojadas, dependientes, marginadas y colonizadas.
- b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en la propia cultura teológica, filosófica y socio-política latinoamericana. En este sentido, se debe aprender un pensamiento periférico autóctono de vanguardia, representado tanto por la Filosofía (Enrique Dussel, Juan Carlos Scannone, Raúl F. Betancourt, Augusto Salazar Bondy, Alejandro Serrano Caldera, Leopoldo Zea y otros) como por la Teología (Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Hugo Assmann y otros) y por las Ciencias Sociales (José Carlos Mariátegui, Eduardo Galeano, Darcy Ribeiro, Franz J. Hinkelammert y otros).” (Wolkmer, 2006)

La ética de la alteridad comparte ciertos valores racionales y universales, como la vida, la libertad y el bien común, pero por ser parte de una pluralidad de formas de vida, traduce la singularidad de ciertas metas específicas, representadas por la justicia, la solidaridad, la emancipación y por la satisfacción de las necesidades humanas. Esta ética da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.

Se trata de una ética de solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores de la emancipación de nuevas entidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta, comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus soportes teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino en algunos supues-

tos epistemológicos de la FL (Dussel, 1998; 1996) que hemos desarrollado a través de este capítulo.

A partir de las necesidades de los segmentos excluidos, esta ética se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y explotados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, es fundamental llevar el ejercicio del derecho más allá de los profesionales liberales y realizar todo un esfuerzo pedagógico para que lo jurídico sea un instrumento de los movimientos populares. Para lo cual es indispensable el aporte del pensamiento de Paulo Freire y su pedagogía del oprimido (Freire, 1996). Se trata de una educación como proceso de desmitificación y concientización, apta para llevar y para permitir, por medio de una dinámica de interacción entre conciencia, acción, reflexión y transformación, que las identidades individuales y colectivas asuman el papel de agentes históricos de juridicidad, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida, y ampliando los horizontes del poder de la sociedad.

5.5. Racionalidad de carácter emancipatoria

La *última condición* que es necesario considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. Es lo que hemos llamado como logos histórico con una función liberadora, y la racionalidad del sujeto vivo.

Wolkmer efectúa una revisión de la crítica a la razón instrumental realizada por la Escuela de Frankfurt, desde Adorno hasta Habermas. Reconoce sus aportaciones para superar las formas disgregantes y distorsionadas asumidas por la racionalidad iluminista, pero considera sus límites, pues “[a]unque se puede reconocer la validez de la ‘racionalidad comunicativa’ en el futuro diálogo entre las naciones ricas del Norte y los países pobres del Sur, se deben tener presente ciertas insuficiencias de su ‘discurso emancipador’ con respecto a la ‘praxis’ socio-política de estas últimas sociedades dependientes” (Wolkmer, 2006). Esto en función de que las categorías *a priori* pueden desconocer que toda formulación teórica que implique procesos racionales, debe surgir de las necesidades, reivindicaciones, conflictos y luchas históricas. Es decir,

“...los procesos de racionalización no nacen de los *a priori* fundamentales universales, sino de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación. De este modo, el nuevo concepto de razón implica el abandono de todo tipo de racionalización metafísica y técnico-formalista equidistante de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de las formas de vida cotidiana” (Wolkmer, 2006).

Por tanto, para Wolkmer, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal, debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, dirigida para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas.

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

cas. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación. Se trata de una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad. Y toda esta racionalidad se conecta con lo ya comentado respecto a la necesaria pedagogía del oprimido, y la comprensión del Derecho como instrumento de la vida cotidiana de las comunidades y no como herramienta técnico-formal de los profesionistas liberales.

6. Conclusión

La emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del derecho está comprendida en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo jurídico. Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes de los órganos o agencias del estado. La prueba de esta realidad innovadora, que no se centraliza en los lugares tradicionales del ejercicio jurídico (tribunales, administración, escuelas de derecho) sino en el seno de la propia comunidad, son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Wolkmer propone romper con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. En este sentido, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpen como hendiduras en la fija unidad mono-racionalista de la Modernidad no es de extrañar, afirma nuestro autor, que el derecho oficial deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo.

Diversos hechos confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes; sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, a través de aquéllas se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Los nuevos modelos plurales y democráticos de justicia se dirigen a un desarrollo de ciertas prácticas nombradas como de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad (Palacio, 1993). El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas, que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico, comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas. Un ejemplo de esto puede ser constatado en dos tipologías recientes.

Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente “creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades” (Palacio, 1993; Correas, 2003).

Por otro lado, en la experiencia de los años 90 en Brasil, el magistrado Amilton B. Carvalho, en su obra *Derecho Alternativo en la Jurisprudencia*, propone que el “movimiento del Derecho alternativo” en su sentido general, comprende los siguientes frentes de lucha: 1º) *Uso alternativo del Derecho*: utilización, vía interpretación diferenciada, de las “contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. 2º) *Positivismo de combate*: uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 3º) *Derecho alternativo en sentido estricto*: “derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del estado, es un derecho vivo, actuante, que está en permanente formación/transformación (Wolkmer, 2002).

Por lo tanto, las múltiples y diversas prácticas del llamado Derecho Alternativo, en Brasil, comprenden un proceso mayor que debe ser reconocido como pluralismo jurídico. Visto que la proyección y difusión del “movimiento alternativo” es relativamente nueva, todavía no ha sido posible definir claramente su conceptualización, caracterización, funcionamiento e influencia.

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que se constituyen en el medio más adecuado para hacer operativas las demandas para el acceso a la justicia y operar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados constantemente por inestabilidad y cambios sociales.

Para valorar la propuesta de Wolkmer, en relación con la perspectiva desde la FL de derechos humanos, hay que tomar en cuenta que no se trata de una teoría del derecho dentro del marco de la racionalidad positivista, ni busca darle una categoría de “teoría pura”. Más bien consiste en una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, pues sólo de esta forma puede denunciarse la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y desde ahí construir un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales insurgentes, de las praxis de liberación de los sujetos vivos e intersubjetivos.⁵

5 Para una exposición de luchas y prácticas en América Latina, donde se genera derecho fuera del estado, puede consultarse: el capítulo V de la obra en comento de Wolkmer, 2006b: 247-297. De la Torre, 2005.

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

Es importante aclarar que la FL no idealiza las prácticas populares, sino que reconoce que éstas pueden engendrar también un derecho injusto –al igual que puede hacer el estado–. De ahí la importancia de una ética de la alteridad, que sea capaz de ser crítica de las prácticas de los nuevos movimientos sociales. Tampoco se trata de que el pluralismo jurídico desconozca el valor de lo formal, ni del estado de derecho o la constitucionalidad de los derechos fundamentales, sino que, tratándose de los países con capitalismo periférico, el respeto a este tipo de juridicidad requiere otros mecanismos más allá de la clásica división de poderes y una representatividad que supere la de las democracias burguesas. En este sentido, la dualidad estado–sociedad civil se comprende, en la propuesta de Wolkmer, de una forma diferente a la clásica de la Modernidad. La sociedad civil no debe ser un conjunto atomizado de ciudadanos, sino es el nuevo espacio de participación política de movimientos sociales. Es el espacio donde se construye el sujeto intersubjetivo. Es decir, el pluralismo jurídico no sólo significa una nueva legalidad sino también una nueva concepción del estado, que no conlleva a su debilitamiento sino a su fortalecimiento desde la base.

Otorgar legitimidad a las demandas de los Nuevos Movimientos Sociales permite, entre otras cosas, asumir que los derechos humanos más allá del individualismo ilustrado y de la visión eurocéntrica de la historia. Además, posibilita que la teoría del derecho sea capaz de asumir uno de los cambios más importantes que se han dado en las últimas décadas respecto a los derechos: la llegada de nuevos interlocutores a este campo, de subjetividades emergentes. De ahí que sea importante la recuperación de los sujetos colectivos (sea el “pueblo” o los “nuevos movimientos”), pues en la era de la globalización, los derechos humanos deben comprenderse, para su efectividad, como derechos de los pobres para evitar así la inversión ideológica a favor de los dueños del gran capital (Wilfred, 2004).

Por último, ante la pretensión de los pensamientos abstractos de encontrar respuestas a priori, hay que dejar en claro la apuesta epistemológica de Wolkmer, generada desde las categorías de la FL. Es una epistemología crítica que busca delinear caminos de emancipación a partir de prácticas emancipatorias. De ahí que, la pretendida neutralidad científica y política, queden a un lado. Además, al tratarse más de una *teoría procesual* que de una teoría pura, contiene una importante dimensión pedagógica. Ésta dimensión tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma capaz de reconocer y otorgar legitimidad a normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos sujetos sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de profunda desigualdad.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto (1980). *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres.
- CORREAS, Óscar (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México: Fontamara, México.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2005). *El derecho que nace del pueblo*, México: Porrúa.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina*, San Luis Potosí: UASLP-CENEJUS-CEDH, 2006.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2007). *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, San Luis Potosí-Aguascalientes: UASLP-CENEJUS.
- DURAND, Carlos et al. (2000). *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, México: Plaza y Valdés Editores.
- DUSSEL, Enrique (1996). *Filosofía de la Liberación*, Bogotá: Nueva América.
- DUSSEL, Enrique (1998). *Ética de la Liberación En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid: Trotta.
- FARIA, José Eduardo (2001). *Derecho y globalización económica*, Madrid: Trotta.
- FREIRE, Paulo (1996). *Pedagogía del oprimido*, México: Siglo XXI.
- GROSSI, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid: Trotta.
- GUTELMAN, Michel (1975). *Capitalismo y reforma agraria en México*, México: ERA.
- KELSEN, Hans (1997). *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa.
- KUHN, Thomas S. (2007). *La estructura de las revoluciones científicas*, México: FCE.
- LÓPEZ FUENTES, José Luis (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas*, Málaga: Diputación de Málaga.
- MOREIRA DA SILVA, José Carlos (2007). "Pluralismo jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos" en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, Aguascalientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP.
- OCHOA GARCÍA, Carlos (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala: Cholsamaj.
- PALACIO, Germán (1993). *Pluralismo Jurídico*, Bogotá: IDEA/Universidad Nacional.
- ROSILLO MARTÍNEZ (2008). Alejandro, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2012). "Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 36, México: Escuela Libre de Derecho.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013a). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México: Editorial Ítaca.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013b). "Pensamiento complejo y pensamiento simplificador en la comprensión de derechos humanos" en *Dike. Revista del Centro*

DERECHOS en ACCIÓN • VERANO 2016 / 2017

de Investigaciones Juridicopolíticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, Puebla, no. 12, pp. 49-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1988). *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Porto Alegre: Sergio A Fabria.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México-Bogotá: Siglo XXI-Universidad de los Andes.

WILFRED, Felix (2004). “¿Derechos humanos o los derechos de los pobres? Rescatando los derechos humanos de las inversiones contemporáneas”, en *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*, Sevilla: MAD, pp. 321-336.

WOLKMER, Antonio Carlos (1993). “El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo” en *Crítica jurídica*, n. 13, México: UNAM, pp. 241-242.

WOLKMER, Antonio Carlos (2002). “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: UAA-ITESO-Porrúa.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006a). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, San Luis Potosí: Univesidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006b). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla: MAD, 2006.