
Pluralismo jurídico: pistas para un uso no colonial

Revista de Pensamiento Crítico
Aymara
2(1): 7–15
© Calderón Astete 2020
ISSN: 2707-6938 / 2707-692X
Recibido: 18/07/2020
Aceptado: 15/12/2020
Publicado: 31/12/2020
DOI: <https://doi.org/10.56736/2020/22>

Rodrigo Ivan Calderón Astete¹

Abstract

Latin American Legal Pluralism emerges as a different production of its own from European debates, discussing the centralizing bases of the modern state, reduced sovereignty, the mediation of institutions between organizations, the solutions available from the law for the solution of conflicts and human needs. To strengthen this proposal, it is indicated as essential to advance in a non-colonized use of the pluralist proposal, that is, breaking the comprehensive binarism of monistic and dogmatic law, fostering a legal political vision of pluralities; the development of research programs that constitute it in a legal space beyond public law, private law and Human Rights law, as well as the idea of treating subordinate rights as a right and not only as a culture; while opening a legal hermeneutic of plurality and complexity. It is suggested that only then will Legal Pluralism be, in addition to the basis of a new legal culture, a way of thinking about another right.

El Pluralismo Jurídico latinoamericano emerge como una producción propia diferente de los debates europeos, discutiendo las bases centralizadoras del estado moderno, la soberanía reducida, la mediación de las instituciones entre las organizaciones, las soluciones disponibles desde el derecho para la solución de los conflictos y las necesidades humanas. Para potenciar esa propuesta se señala como indispensable avanzar en un uso no colonizado de la propuesta pluralista, esto es rompiendo el binarismo comprensivo del derecho monista y dogmático, propiciando una visión política jurídica de las pluralidades; el desarrollo de programas de investigación que lo constituyan en un espacio jurídico más allá del derecho público, el derecho privado y el derecho de los Derechos Humanos, así como la idea de tratar los derechos subalternos como derecho y no solo como cultura; a la vez que abrir una hermenéutica jurídica de la pluralidad y la complejidad. Se plantea que solo entonces el Pluralismo Jurídico será además de la base de una nueva cultura jurídica una forma de pensar otro derecho.

Keywords

Law, Legal Pluralism, monism, custom, hermeneutics
Derecho, Pluralismo Jurídico, monismo, costumbre, hermenéutica.

Introducción

El presente artículo pretende discutir desde el Pluralismo Jurídico la importancia y especificidad de la propuesta latinoamericana y desde allí problematizar nudos claves de su potencia descentralizadora y democratizadora, mostrando el cisma político que excluye la pluralidad, denunciando la ideología monista

y su método que refuerza el carácter concentrador de la soberanía estatal que pretende que las diferencias sociales son reducibles por subsunción o teorización abstracta. Pero también denunciamos como la sola práctica de hablar de pluralismo sin proponer apuestas teóricas y metodológicas diferentes son otra forma de binarización de la reflexión y la acción y por tanto colonizan la mirada pluralista. Descritos brevemente esos tópicos pretendemos plantear pistas para un uso no colonizado del pluralismo jurídico: desde el derecho señalar es necesario debatirlo como un campo de uso del derecho

¹ Abogado. Doctor en Derechos Humanos. Profesor titular, Escuela de Derecho Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile. Email: rcalderon@academia.cl

diferente del derecho público y del derecho privado; y con ello que el derecho consuetudinario, especialmente de los pueblos indígenas, debe ser tratado como derecho y no presentado solo como prácticas culturales diferentes permanentemente subalternas. Se plantea como hipótesis que, trabajando esos sentidos, se abre una potencia renovada del pluralismo jurídico como espacio para pensar y hacer otro derecho.

Pluralismo jurídico, político y social

El Pluralismo Jurídico en clave latinoamericana contiene una potencia capital para repensar el derecho y la cultura jurídica tras la modernidad monista, positivista y exegética. A diferencia de las discusiones europeas, clásicas y actuales, sobre la primacía de un derecho estatal que excluye tradiciones o si la idea pluralista puede ser cubierta por otras vertientes como el realismo jurídico, el pluralismo jurídico latinoamericano ha propuesto hacer el debate desde una perspectiva más amplia del orden social, que se desarrolla en un cierto modelo de estado, de ejercicio del poder político y con ello del derecho; y por otro lado sitúa el asunto en campos de tiempo, espacio y contexto diferentes a la hegemonía occidental capitalista y su juridicidad binaria, planteando la continuidad entre las territorializaciones y desterritorializaciones del fenómeno, entre los tiempos y pausas activas de la acción social, entre vigencias y vivencias de la organización y regulación de entornos y accesos a los lugares y no lugares, abriendo la posibilidad a cuestiones que los silencios institucionales pasan por alto y naturalizan solo para las voces dominantes del derecho, del poder y de la organización permitida y validada desde ellos mismos.

Si se revisa la literatura sobre pluralismo jurídico podremos apreciar que la cuestión se expresa como un problema de orden admisible o no, que proyecta la idea hegeliana de la sociedad como un movimiento hacia formas superiores de organización a partir de la idea kelseniana que señala que nadie puede servir a dos señores y por tanto el derecho “presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como derecho” (Sánchez 2006: 475). De esta manera propuestas como las de Ehrlich, Romano, Carbonnier, Arnaud o Bobbio cuestionan, pero también son cuestionadas, el hasta donde puede admitirse que un derecho que no proviene del estado pueda ser llamado así, si el sistema jurídico es uno o puede mantener ese

orden con una pluralidad de sistemas o si las normas que así puedan existir son derecho o un infra derecho. Se trata de una meta discusión sobre la verdad o aceptabilidad de teorías, descripciones y argumentos sobre el fenómeno antes que del fenómeno mismo.

Otras discusiones enfocan el problema desde una concepción metodológica para subsumir en esa manifestación de praxis la inflexión pluralista, como hace Baudouin Dupret desde el realismo jurídico. Señala que

describir algo a partir de una etiqueta como la del pluralismo jurídico en tanto que, presumiblemente, un ejemplo de dicho pluralismo, es inútil y, en el peor de los casos, un error. A mi parecer, el derecho es, ni más ni menos, aquello que la gente considera como tal, de modo que la pluralidad jurídica está limitada a esas situaciones en las que la gente, de manera explícita, se orienta hacia el espectro fragmentado del derecho (Dupret 2007: 1).

De manera que las propuestas que observan el fenómeno como crítica del centralismo productor, la estructura social, la antropología, el culturalismo, las definiciones esencialistas o epistemológicas adolecen de claridad toda vez que debe entenderse por derecho “lo que la gente hace y dice a la hora de poner en práctica lo que éstos llaman derecho” (Dupret 2007: 17) por lo que el pluralismo jurídico no existe, es solo un problema empírico de prácticas situadas, y no de sistemas de derechos que chocan unos con otros, ya que lo que debe entenderse por derecho “no es, sin embargo, el derecho de normas abstractas, ni el derecho de principios independientes del contexto en el que son utilizados, ni el derecho identificado con el control social, ni el derecho de las dicotomías” (Dupret 2007: 28). El problema así planteado solo ha cambiado de escala, de definir el fenómeno a describir los elementos base, sin problematizar la función sociopolítica del derecho que produce, moldea y permite unas realidades de poder y no otras.

El Pluralismo Jurídico Latinoamericano aborda el asunto no desde una metodología de subsunción de hechos normativos en una tipología predefinida ni en perspectiva acerca de que debe entenderse por derecho, sino desde un reconocimiento de praxis y una opción axiológica. Como señala Antonio Carlos Wolkmer el criterio no es abstracto sino de eficacia material y de efectividad formal practico procesal: “el procedimiento teórico está dirigido a construir procesos de racionalidad comprometidos con la autonomía y la emancipación de la existencia humana” (Wolkmer 2006: 207) no con validación de criterios abstractos sino de necesidades de sujetos concretos (fundamento axiológico), de los

mecanismos necesarios para ello (metodológico y comunicativo) y solo una vez determinado esto llegar a establecer la existencia no de la conducta individual sino de cuáles son los instrumentos operacionalizadores, en tanto normas, que permitan el ejercicio de ese procedimiento/fin de autonomía y emancipación por los sujetos involucrados en ese proceso de pluralidad concreta. Se trata de una organización procedimental y no de un orden de control estatal de sentidos, que “se dirige mucho más a definir lo que viene (hacia el futuro) que a determinar lo que ya ocurrió” (Ardila 2000: 51) produciendo no reglas por repetición sino producción de un orden de interpretación y ejecución en sentido evolutivo.

Por otro lado, propone un marco comprensivo de la juridicidad en el contexto histórico y político de las relaciones sociedad-estado.

Contrariamente a la concepción unitaria, homogénea y centralizadora denominada monismo, la formulación teórica y doctrinaria del pluralismo designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de campos sociales con particularidad propia, ósea, incluye el conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reducen entre sí. (Wolkmer 2006: 135).

Lo que el Pluralismo jurídico Latinoamericano plantea es la existencia de un entorno pluralista político, social y jurídico frente a la ideología monista de centralización de la producción del derecho como mecanismo reduccionista de comprensión y producción del derecho en que solo sería derecho lo que emana del aparato estatal fortificado en sí y por sí mismo y la subordinación al poder centralizado de los órdenes jurídicos y sociales no dominantes. En este sentido el debate no puede ser planteado fuera de un marco de discusiones esenciales:

- Uno, lo que el monismo entiende por derecho es una producción asociada al surgimiento del estado moderno. El derecho moderno “se construye en la dinámica de la conjunción histórica entre la legalidad estatal y la centralización burocrática” (Wolkmer 2006: 57) y así, a diferencia de las formaciones políticas pre capitalistas solo sus órganos constituidos y validados por el cuerpo de derecho positivo que emana de él mismo son los capaces y facultados para legislar, juzgar y aplicar coerción. Con ello el monopolio jurídico estatal desplaza a toda otra forma de producir derecho y subordina, como a los derechos consuetudinarios indígenas, a la autorización de sus órganos tanto

para su reconocimiento como para su aplicación. Mientras que en el derecho romano “la costumbre siempre sería reconocida como fuente del Derecho que, a pesar de tener una función supletoria o complementaria de la ley, llegaría a consolidarse como base fundamental de la labor interpretadora del jurista” (Fernández 2003: 29) en el derecho moderno su rol es subordinado salvo en derecho comercial. O bien, a diferencia de la concesión por los monarcas pre estatales de consuetúdiens, en que se trataba de normas de “derecho de origen público pero ejercido a título privado por los señores; (que) se refiere entonces a los deberes que los señores exigen a sus campesinos” (Miceli. 1999. 60) con esta privación de valor a los derechos no estatales se domina a la comunidad que los produce. Como sostuvimos en otro trabajo “Mientras el Estado antiguo era una unidad general que no admitía división, en el Estado constitucional son precisamente esos elementos lo que lo proyectarán y constituirán, reuniendo elementos, funciones y mando en una actividad positiva de poder.” (Calderón 2018: 47). Fue la teoría del estado la que planteó la separación entre política y comunidad, por eso es que esa des relación debe ser denunciada.

- Dos. Lo que el estado nacional hizo fue monopolizar la soberanía y la tarea del pluralismo jurídico es poner en discusión quién es el príncipe, qué el pueblo y qué la soberanía. Mientras en la edad media la doctrina refería que “el carácter jurídico y obligatorio de una costumbre está dado por el permiso (expreso o tácito) del príncipe (consensus principis)” (Guzmán 1995: 625) lo que implicaba que el legislador fuese o bien el pueblo en las democracias, el rey en las monarquías o el senado en las oligarquías según sostenía Suárez, la doctrina monista del estado nacional trocó ese punto restringiendo los conceptos a un estado soberano que coincide con él y su poder legislativo, acercándose al concepto de Maquiavelo en que “El principado es creado o por el pueblo o los nobles, según a cuál de estas partes se le presente la ocasión” (Maquiavelo 2006: 79) y así el príncipe acaba siendo un hombre que centraliza y personifica sobre los otros. La cuestión de la nomenclatura aparece confusa y encubre que por pueblo no se entiende la comunidad de ciudadanos, sino que siempre fue otra entidad ni el consenso del príncipe fue equivalente a voluntad o participación popular. Si bien en Roma *populus* hacía referencia

a los ciudadanos ello significaba un grupo social exclusivo y en su traducción medieval “El *populus* al que hacían referencia los juristas romanos no tenía nada que ver con el pueblo en una sociedad donde la soberanía se había fragmentado y los criterios de validez y legitimidad no eran los mismos” (Miceli 1999: 90) y lo que se propuso en *El Príncipe* fue entenderlo como un grupo que “Cuando no puede hacer frente a los nobles, concentra todo el poder sobre un hombre al que nombra príncipe, para defenderse mediante su autoridad” (Maquiavelo 2006: 80), lo que quiere decir que la soberanía es una cuestión centralizada, condensada y de unos pocos, cuando no de uno. Como nos recuerda Althusser, Maquiavelo previó que “el problema de la constitución y de la definición de las naciones en áreas geográficas, lingüísticas y culturales definidas, al mismo tiempo imponía su solución: una nación solo puede constituirse por medio de un Estado y ese Estado ha de ser nacional” (Althusser 2004: 50) y ello significaba la primacía de un tipo de poder y de ideología del estado y del derecho excluyente de las poblaciones; de manera que “Jurídicamente el Estado Moderno asimiló población, pueblo y nación. De la multitud de personas que componen un Estado se ha desglosado jurídicamente el individuo y la nación olvidando las comunidades reales que existen en los territorios y que estas formas pretenden abarcar” (Calderón 2018: 48).

- Tres, el verdadero punto es que aceptar o no la pluralidad jurídica es una cuestión ideológica y no fáctica. Como lo señala Sarela Paz “Las bases jurídico-políticas con que se conformaron los Estados de los siglos XIX y XX, en buena medida, han implicado el desarrollo de una esfera jurídica caracterizada por una comprensión monista de la vida política institucional de los Estados” (Paz 2014: 251) que por decisión ideológica ha decidido que el derecho existente, válido y vigente debe ser de corte estatal, dicho como dogmática jurídica y bajo metodología de subsunción.

Los autores que en plena modernidad desarrollaron pensamiento jurídico buscando entenderlo no solo como producto del estado chocaron primero contra “los intentos de universalizar el Derecho Civil abstracto del Código Napoleónico que colisionaba con el derecho que practicaban los pueblos colonizados” (Castro 2014: 22) y segundo contra una tradición intelectual de método de estudio sobre el derecho como ciencia en tanto disciplina. La doctrina jurídica hegemónica hizo una

lectura restringida del positivismo jurídico, que buscaba acentuar una noción de derecho asentada en actos humanos positivamente reconocidos (derecho positivo) en que lo importante no era tanto el origen como la validación de autoridad sobre esos actos. Así lo demuestra que el propio Kelsen haya escrito “El derecho legislado sólo puede darse en el seno de una colectividad que posee órganos activos, por lo menos, una autoridad suprema o un jefe” (Kelsen 1966: 134) y que ese acto de atribución de validez a una autoridad formalmente establecida mira más a la eficacia por coercibilidad legítima que a la existencia de las normas. Esa visión del sistema jurídico esconde y reduce importantes dimensiones de las formaciones sociales. De hecho puede verse como al interior del derecho estatal se admite pluralidad de sujetos siempre y cuando estén legislados, pluralidad de sistemas normativos internos o externos que deben conjugarse y que hacen que el policentrismo normativo en espacios ampliados de juridicidad, como es el caso de la comunidad europea o los países andinos donde se reconocen justicias estatales y comunitarias, sean formas de pluralidad jurídica aceptadas como pluralidad legal; otra cosa es la primacía de tal o cual norma en un caso o un espacio geopolítico determinado, lo que es una cuestión de método.

Podemos apreciar cómo es una opción ideológica más que doctrinaria: que el único derecho es el que proviene del estado, que la única interpretación válida sea la que se obtiene de la dogmática jurídica y una verdad canónica de los textos legales y con ello el mecanismo de subsunción como mecanismo epistemológico de la ideología de la neutralidad interpretativa en que conocido un acontecimiento “La tarea se reduciría a constatar el texto aplicable y eliminar eventuales dudas” (Saavedra 1978: 45) es un conjunto orgánico que lee las cosas bajo ese prisma de la superioridad de lo escrito a lo oral/práctico, de lo formal a lo informal, de lo estatal a lo comunitario. El que finalmente se atribuya al derecho estatal la calidad de único derecho existente y válido es una decisión ideológica acerca de cómo se propone la organización política y jurídica de una sociedad. “Ahora bien, desde una perspectiva empírica esto no es más que un mito, un ideal, una ilusión ilustrada o una ficción jurídica (un “como si”) que sirve para ordenar o legitimar la realidad, pero nunca puede servir para describirla” (Fariñas 2019: 57).

Así las cosas el Pluralismo jurídico es una forma de plantear no la veracidad o el origen de los textos, si gozan de autoridad atribuida por una institucionalidad o de las fuentes admitidas por ella para que algo pueda

ser considerado derecho; sino de plantear el problema de los derechos y de las formas de existencias que los permiten o niegan para desde allí reconstruir el tercer vértice comunitario de la modernidad. Esto es hoy más importante que nunca dado que “la ecuación entre nación, Estado y derecho- y elaborada sobre las bases del positivismo jurídico de los siglos XIX y XX, es demasiado estrecho para estos propósitos porque reconoce solo uno de los espacios y tiempos: el nacional” (Santos 1998: 20).

Para un uso no colonizado del Pluralismo jurídico

Pero hablar de pluralismo jurídico no es sinónimo ni garantía de diferenciación. Advertía Wolkmer que “la introducción del pluralismo jurídico implica, hoy, 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” (Wolkmer 2003: 8) y por tanto es necesario discernir que pluralismo no es igual a fragmentación y relativismo, que urge “desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, la capacitación del desarme, la emancipación de la regulación” (Santos 1999: 111) para evitar confundir la existencia de órdenes que pareciendo diversos son en verdad modos corporativistas de control social y la fragmentación en polinormativismos jerarquizados nos mantiene bajo una lógica edulcorada de monismo jurídico. Las epistemologías del sur o las indagaciones sobre justicia comunitaria y pluralismo étnico intentan encontrar esas especificidades teóricas o metodológicas. En paralelo queremos plantear qué un uso no colonial del pluralismo jurídico requiere además programas de investigación que lo coloquen más allá de las discusiones teóricas que enunciamos en la primera parte y que lo encierran como una cuestión más dentro de los debates jurídicos. A nuestro parecer, si el pluralismo jurídico quiere establecer diferencias metodológicas y hacer un quiebre epistemológico con la tradición centralizadora, monista y dogmática del derecho debe plantear cuestiones de fondo que cuestionen esa tradición y lleven a reconfigurar los debates pluralistas. Desde el espacio restringido de este trabajo intentaremos enunciar los siguientes campos de investigación:

a) *Una visión político jurídica de las pluralidades en perspectiva finalista del derecho*

La sociedad es más que grupos sociales y localismos o solo campos culturales próximos, grupos de poder o estilos de vida formados por “principios de división según los cuales se definen objetivamente las grandes clases de condiciones y de condicionamientos homogéneos, por lo tanto de *habitus* y, en consecuencia, de prácticas” (Bourdieu 2002: 255) ordenados desde arriba. No obstante, bajo los límites del mono culturalismo hegemónico que unificó a Europa se desarrollaron en confluencia la idea de un estado centralista que subordina la sociedad y la Idea hegeliana de unificación de los valores de libertad y propiedad. Contra eso es que se requiere una ruptura de la razón binaria uniformidad/diversidad hacia la pluralidad. “A diferencia de Europa, la constitución del Estado moderno capitalista en América Latina halló una sociedad extremadamente diversificada no por clases sociales, sino por pueblos diferenciados, con grados de contacto y de relación muy variados (Marés 2014: 362), en que desarrollaron prácticas colectivo comunitarias anteriores, coetáneas y posteriores a la importación de mutuales, corporaciones o agrupaciones. No hablamos solo de pueblos indígenas sino de una vasta red de intercambios con lógicas propias, como las comunidades llamadas quilombos, “términos que en el África Central designaban a campamentos improvisados, utilizados para la guerra o para el apresamiento de grupos esclavizados” (Moreira, Al Alam, García. 2013. 13) y que se transformaron tanto en refugios de esclavos como de quienes huían del nuevo orden estanciero capitalista; formaciones de organización política popular confrontadas al estado y que han trasladado su saber experiencial hacia los ocupantes de latifundios, comunidades en disputa por su territorio o poblamientos informales y guetos de inmigrantes. Ante esa realidad plural la fuerza centrípeta del estado nación y la lógica acumulativa del capital responden permanentemente con un orden de uniformidad. Para desarrollar sociedades que tengan por objeto la satisfacción de derechos y el desarrollo de autonomía real de los sujetos se requiere buscar cuales son hoy las manifestaciones políticas de la pluralidad y las formas como operan frente al poder centralizador y que tensiones abren. Sin sacar de la opacidad las formas organizativas de la sociedad real no se conseguirá una sociedad de derechos y esa es una tarea emancipadora: buscarlas, distinguirlas y describir su campo de tensión frente a la abstracción ideológica de un solo orden posible.

b) *Más allá del derecho público, el derecho privado y el derecho de los Derechos Humanos*

De la misma manera resulta fundamental discutir la división entre derecho público y derecho privado, no por sus definiciones que adquieren dimensiones y alcances según el contexto histórico sino por el peso que bajo las nociones de un derecho estatal y uno privado de mercado han adquirido, derivado de los vacíos en la capacidad de organización y fines del estado “que adopta actitudes autocontradictorias con respecto a los organismos gubernamentales y cuyos límites son siempre inestables” (Faria 2001: 109), pues sus decisiones dependen de políticas internacionales y de mercado, lo que sumado a la desregulación a los privados ha implicado un desarme del estado nacional tanto desde arriba como por abajo.

Las nociones originales de derecho público y derecho privado eran claras en la idea de Ulpiano el primero “mira al estado de la cosa romana (rei Romanae); privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles publica y otras privadamente” (Guzmán 2015: 3); pero antes y a partir de la formación del estado nación estas ideas se reescribieron sucesivamente. Siguiendo el método per differentium hoy es mucho más claro determinar que se entiende por derecho privado. Resulta hasta evidente señalar que es “un conjunto de reglas en donde la autonomía convive con los valores constitucionales y con las reglas comunitarias, así como con el mercado en competencia” (Alpa 2017: 38), que se define por las instituciones de propiedad, contrato y responsabilidad y puede reconocerse como el derecho de los particulares.

Qué puede entenderse por derecho público se ha vuelto más confuso frente al campo de lo público y lo para estatal. Si “En una determinada fase de su desarrollo, el Derecho Público ha resultado estrechamente conectarlo con la idea de Estado nacional” (Schmidt-Assmann 2017: 3) como forma de enmarcar jurídicamente al poder soberano, labor que Duguit había asociado a la tarea de los gobiernos de realizar la justicia y en base a ello “justifica la intervención más completa, incluido el orden moral, por parte del Estado sobre la vida de las personas, de los ciudadanos” (Rodríguez. 2013. 67-68), el derecho público acabó asociado al derecho administrativo, “aquella parte del Derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración (directa e indirecta) del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado” (Garrido 1952: 1) y producto de ello acabó sustituyendo en este espacio al soberano, entendiéndolo solo como soberanía nacional. Si ello ya era centralista por un lado y excluyente por otro la irrupción del estado paralelo, entendiéndose por tal

“la usurpación, por parte de poderosos actores sociales, de las prerrogativas estatales de la coerción y de la regulación social. Usurpación, a menudo completada con la connivencia del Estado, que o bien neutraliza o bien suplanta el control social producido por el Estado” (Santos 1999: 23), lo que ha acabado por dejar fuera las prácticas de los sujetos, declarando su ilegalización incluso.

Por otro lado, la consolidación del Derecho de los Derechos Humanos basado en “las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, para extender la protección del Derecho a la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias” (Trindade 2001: 15) ha venido a la vez que apoyar a opacar la complejidad y pluralidad política de la sociedad al centrarse en la persona como un particular individual y no una trama en lo colectivo.

Si se distinguen la regulación de los intereses particulares, las relaciones de la administración pública con los ciudadanos, los derechos de las personas frente a la misma administración, se descubre existe a pesar de ellas un amplio campo de relaciones socio jurídicas que no están contempladas ni definidas por las divisiones formales del derecho: toda una serie de usos, reglas, costumbres, prácticas, ejercicios de autorregulación y organización de prácticas populares, soberanas y comunitarias que no están reflejadas en la mesa de tres patas de lo jurídico hoy. Desafío fundamental del Pluralismo Jurídico emancipatorio es indagar, exponer, hacer aparecer, articular y conectar todas aquellas instancias jurídicas que emergen en el polo de la comunidad más allá del estado y el mercado. Esa labor de hacer emerger las juridicidades múltiples no necesariamente legalizadas es la gran tarea conceptual y de campo para el pluralismo jurídico como una propuesta de teoría y práctica de derecho fuerte más allá de los límites formales del derecho de la modernidad. En una comprensión amplia pero rigurosa de lo jurídico existe más derecho de lo que ha querido aceptarse.

c) *Tratar los derechos subalternos como derecho*

La modernidad y el estado nación provocaron como efecto del modelo binario la ocultación entre los pliegues de lo legal y lo ilegal de las trayectorias de bastos grupos sociales, marcando una escisión entre civilización legal y barbarie consuetudinaria, provocando homogenización jurídica bajo la lógica de primacía estatal sobre otros derechos que en tanto son funcionales son catalogados como ordenamientos corporativos dependientes, en

américa latina significó la expulsión de los sistemas jurídicos consuetudinarios.

Parcialmente el common law mantuvo la incorporación de instituciones y regulaciones que resultaban útiles al sistema de manera evolutiva, como fue el caso de “la figura del secreto bancario obligatorio que, como se sabe, tuvo orígenes consuetudinarios” (Guzmán 1995: 627), en el derecho continental monista y dogmático en que las incorporaciones son centralizadas por ley el marcar la diferencia estado y sociedad implicó binarizar las miradas y exclusión de comunidades. En esa diferenciación las “teorías de la modernización, al estar más preocupadas por el debate maniqueo: sociedades “tradicionales” versus sociedades modernas, han restado interés a la complejidad de sus respectivos ordenamientos internos” (Castro 2008: 23).

Por ello el reconocimiento de los derechos indígenas ha sido lento por carecer de interés legal por estas formas y fue emprendido más por la antropología que por el derecho, buscando el rescate de su identidad antes que sus especificidades jurídicas; probablemente porque se trata de un derecho sin especialistas letrados a los ojos del sistema oficial. Esto ha hecho que exista confusión terminológica, pero a la vez conceptual sobre que debe entenderse por derecho consuetudinario, sobre todo a la luz de las luchas actuales de los pueblos indígenas que “apelan al reconocimiento de sus derechos históricos como pueblos originarios, y particularmente su derecho a la libre determinación y la autonomía, apoyándose en una nueva legislación internacional” (Sierra 2014: 190), versus los objetivos de campo de estudio de la antropología jurídica que, centrada en el método etnográfico “aplica un marco general de preguntas, para verificar en la particularidad de esa sociedad las representaciones culturales que guían a sus miembros a regularse” (Sánchez 2014: 169) pero se centra en la cultura y los usos con que se entreteje la cotidianidad antes que en los principios, procedimientos, normas, reglas y sanciones que sobre las conductas fija el derecho en tanto ciencia normativa de lo conductual objetivado.

La correlación entre derecho y costumbre que la antropología jurídica hace es más bien de determinación de autoridades internas legitimadas y mecanismos de resolución de conflictos en tanto formas de vida social que una manera comprensiva de los fines y funciones del derecho como trama de instituciones que definen un perfil político jurídico de una sociedad.

En tanto la antropología fija estructuras de desenvolvimiento se vuelve descriptiva de un telos orgánico de la comunidad más que de una modalidad praxiológica

que predomina en la mirada jurídica. Con esa forma de rescatar y fijar identidad excluida por el sistema dominante al definirla como costumbres y no como derecho se verifican una serie de riesgos que en tanto ciencia descriptiva inmovilizan lo que en derecho es finalidad de ratificación o modificación de situaciones de una manera activa y no conservativa, toda vez que el derecho tiene como objetivo permanente la actualización de su aplicación instrumental y su discurso hacia un sentido político jurídico interventor más que identitario.

Al obviar que en nuestros países continúan los colonialismos internos, en esa demostración de la mantención de la tradición ancestral hacen olvidar que los indígenas que estudian son seres contemporáneos y coetáneos al orden que resisten y que “en esa dimensión –el *aka pacha*– se realiza y despliega nuestra propia apuesta por la modernidad. El postmodernismo culturalista que las élites impostan y que el estado reproduce de modo fragmentario y subordinado nos es ajeno como táctica” (Rivera-Cusicanqui 2010: 54) y con ello mantiene la disputa por la alteridad legítima y no por una alteridad a secas. Al mantener la Antropología Jurídica una mirada de identidad conservativa sobre el fenómeno que pretende estudiar con ello permanentemente se pisa la cola al mantener el código binario de disputa entre civilización o salvaje o entre modernidad y colonialidad, y con ello mantiene la subordinación de unas prácticas frente a un orden.

Para romper con ese congelamiento de identidad que la mirada antropológica desarrolla sobre las juridicidades consuetudinarias volviéndolas campos de estudio en vez de campo de tensión jurídico política por sí mismas, cuestión que si hacen las luchas de autodeterminación, para salir de allí hay que volver a tratar lo jurídico como derecho y no como costumbres y formas comunitarias de resolución de conflictos, porque esto último es mantener la colonialidad del saber de los estudiosos y del hacer de los subordinados que resultan además ser los estudiados.

Desde ésta perspectiva al Pluralismo Jurídico corresponde relevar el carácter de derecho de los derechos de los pueblos originarios en toda su fuerza, en todo su juego de sistema con aspiración de completud y lagunas, normas y antinomias internas y externas. Al estudiar dichos sistemas con mirada estructurante de sistemas jurídicos, no como costumbres o familias del derecho comparado sino como derecho vigente con instituciones, estándares normativos, procedimientos, sujetos específicos, fines, funciones y fuentes; principios y mecanismos de organización política jurídica, de producción de propiedades, pactos y contrataciones,

responsabilidades, sanciones, nulidades, castigos y mecanismos de convalidación y saneamiento de situaciones que dotan a un sistema de existencia, vigencia y validez estructural, hacer ese tratamiento jurídico definidor y diferenciador es la forma de manifestar que esas formas corresponden a pueblos en proceso de autodeterminación también jurídica y desde allí su sistema de derecho se relaciona con otros sistemas y ordenes vigentes en un mismo espacio y tiempo. Solo en tantos sistemas vigentes y con organicidad propia podremos además comprender y plantear no su conservación sino su comprensión productiva en el sentido del carácter evolutivo del derecho y sus interpretaciones.

Esta mirada estructurante de lo social como derecho ayudará a entender que el derecho es más que derecho público, privado y protección de personas sino referencia a organizaciones complejas que incluyen formas comunitarias y que requieren una mirada propia; que las sociedades admiten una serie de derechos subordinados en vía de convertirse en instituciones coligadas y eventualmente sistemas dentro de él y que son una parte posible y necesaria de reconocer, pero sobre todo de estructurar para la interacción no solo para el análisis. Con ello no solo las formaciones consuetudinarias étnicas sino toda otra práctica sistematizable y jurídicamente estructurable, tanto de organizaciones legales e ilegales, productivas y delictivas permiten ser comprendidas, tratadas y trabajadas bajo una óptica plural que sobre el principio monista jerárquico y binominal de organización por disposición entre lo público y lo privado. Corresponde, creemos, a las investigaciones, teorizaciones y afirmaciones del pluralismo jurídico el hacer del derecho una ciencia y una forma de organización política, jurídica y social más completa, compleja e integradora de lo que la modernidad positivista y monista le ha permitido.

d) *Una hermenéutica jurídica de la pluralidad y la complejidad*

Hacer retomar al derecho su carácter de ciencia comprensiva y productiva de realidades evolutivas, conectivas y adaptativas y no solo una disciplina de imputación y subsunción a normas fijadas bajo excusa de certeza aparente es una de las consecuencias que parecen emanar de esta vivificación de las formas jurídicas no estatales. Si el derecho deja de entenderse como organización monista de lo social sino como un juego de sistemas que requieren armonizarse, integrarse geográfica y temporalmente y hacer constar en ese ejercicio la pluralidad de marcos comprensivos como de

ejecución esto nos obliga a plantearnos la necesidad de construir a su vez una hermenéutica jurídica de apertura. Las miradas, la comprensión del fenómeno, los discursos y la progresión adaptativa requieren una hermenéutica jurídica de la pluralidad y la complejidad por construir.

Conclusiones

La globalización contiene densidades explicitadas y silenciadas, no todas unificables bajo una lógica de igualdades formales, subordinación a jerarquías piramidales ordenadas por ley para mantener criterios de organización jurídico políticas de una modernidad atrasada. Señalamos que el Pluralismo Jurídico latinoamericano aportaba a la ciencia del derecho una perspectiva propia, por lo que debía plantearse no solo como base de una nueva cultura jurídica, sino que una tarea reconstructora que partiese por subsanar la mirada acotada del monismo, la subordinación de la comunidad al estado y al capital y las exclusiones que eso provoca.

Abocarse a esa tarea supone desarrollar un uso no colonial de las nociones de lo jurídico y en ese sentido debe plantear programas de investigación acción de las pluralidades en una perspectiva finalista materialista del derecho, establecer un espacio jurídico distinto a los del derecho público y privado, tratar los derechos subalternos como derecho y construir una hermenéutica de la pluralidad espacio temporal y con ello de la complejidad. Solo entonces el Pluralismo Jurídico será además de la base de una nueva cultura jurídica una forma de pensar otro derecho.

Referencias

- Alpa, Guido. *¿Qué es el derecho privado?* Zela Ediciones. Puno. 2017.
- Althusser, Louis. *Maquiavelo y nosotros*. Akal Ediciones. Madrid. 2004.
- Ardila Amaya, Edgar. Justicia comunitaria claves para su comprensión. En *Pensamiento Jurídico*, n° 12, 2000. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Bourdieu, Pierre. *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*. Taurus. Mexico. 2002.
- Calderón Astete, Rodrigo. *Estado, sujetos y derechos. Un análisis de Teoría Jurídica Crítica*. Ediciones Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago. 2018.
- Castro Lucic, Milka. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2014.

- La universalización de la condición indígena. ALTERIDADES, N° 18. Departamento de Antropología, UAM Iztapalapa. 2008
- Dupret, Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies* : ISSUE 1. Florencia. 2007.
- Faria, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Editorial Trotta. Madrid. 2001
- Fariñas Dulce, María José. Justicia comunitaria: entre monismo y pluralismo jurídico. Estudios sobre Justicia Comunitaria en América Latina. Carol Proner, Charloth Back, Coordinadoras. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
- Fernández Baquero, M.-E. La costumbre como fuente del Derecho Romano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3(6): 61-80 (2003). [http://hdl.handle.net/10481/24816].
- Garrido Falla, Fernando. Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de administración pública*, N° 7, Universidad Complutense de Madrid. 1952
- Guzmán Brito, Alejandro. El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 1995.
- Guzmán Brito, Alejandro. El Derecho público y el Derecho privado. *Persona y Derecho* / vol. 72. Universidad de Navarra. Navarra. 2015.
- Kelsen, Hans. ¿Qué es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de derecho de México*. UNAM. México. 1966.
- Maquiavelo, Nicolás. El Príncipe. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2006.
- Marés, Carlos Frederico. ¿Antropología o derecho?: crítica a la autosuficiencia del derecho. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho*, Universidad de Chile. Santiago. 2014.
- Miceli, Paola. La consuetudo en los fueros de Castilla y León. La costumbre como construcción del discurso jurídico. Instituto de Historia Antigua y Medieval. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. 1999.
- Moreira Paulo Stuard, Al-Alam Caiuá Cardoso, Pinto García Natalia. Os Calhambolas do general Manoel Padeiro: práticas quilombolas na Serra dos Tapes (RS, Pelotas, 1985). Oikos Editorial. Sao Leopoldo. 2013.
- Paz Sorela. Los diversos caminos Del pluralismo jurídico: hacia una Reflexión del estado plurinacional. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho*. Orientaciones desde la Antropología Jurídica. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.. Santiago. 2014.
- Rivera Cusicanqui, Silvia. Ch'ixinakax utxiwa : una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. Tinta Limón. Buenos Aires. 2010.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. Sobre las transformaciones del derecho público. *Revista de Administración Pública*. Núm. 190. Madrid. 2013.
- Saavedra, Modesto. Interpretación jurídica y usl alternativo del derecho. Sobre el uso alternativo del Derecho. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978.
- Sánchez Botero, Esther. Algunos presupuestos Epistemológicos y metodología de la antropología jurídica. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho*. Orientaciones desde la Antropología Jurídica. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2014.
- Sánchez-Castañeda, Alfredo. Los Orígenes Del Pluralismo Jurídico, en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I. González Martín, Nuria. Coordinadora. UNAM. México, 2006.
- Santos, Boaventura de Sousa. La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA. Bogotá. 1998.
- Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos. Construyendo las Epistemologías del Sur. CLACSO. Buenos Aires. 2018.
- Reinventar la democracia Reinventar el Estado. Ediciones Sequitur, Madrid, 1999.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. *Diritto Amministrativo*, año XXV, Fasc. 4 (Milán, Giuffrè Editore) 2017.
- Sierra, María Teresa. Pueblos indígenas ante el estado en tiempos de multiculturalismo Neoliberal y de seguridad nacional. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho*. Orientaciones desde la Antropología Jurídica. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 2014.
- Trindade Cancado, Antonio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2001.
- Wolkmer, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamento de una nueva cultura del derecho. Editorial MAD. Sevilla. 2006.
- Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>, 2003