

# Interpretación postmoderna del pluralismo legal como fundamento para una nueva Teoría del Derecho

**Brigitte Bernard**

*Sección de Axiología Jurídica*

*Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando"*

*Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*

*Universidad del Zulia*

*Telefax: +58-261-7596657*

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la nueva realidad mundial, la cual hace surgir un escenario carente de la unidad esencial del Estado central tradicional, y conformado por "minoracionalidades" diseminadas a lo largo de los territorios nacionales en la que un nuevo enfoque horizontal del Derecho, replantea el concepto de "juridicidad" en una definición ajena a la sinonimia positivista y estatal de la concepción kelseniana. De tal forma, se hace necesario, que la absolutidad y vocación totalitaria de los Derechos nacionales sean sustituidas por un pluralismo jurídico en el que al lado de las regulaciones centralistas, convivan en armonía las formas de intersubjetividad y control social propias de grupos humanos históricamente diferenciados del conglomerado estatal, tal como lo son por antonomasia, las poblaciones indígenas.

**Palabras clave:** Pluralismo legal, poblaciones indígenas, teoría del derecho.

## Postmodern Interpretation of Legal Pluralism As a Basis for a New Theory of Legal Rights

### Abstract

The objective of this paper is to reflect on the new world reality, which presents a scenario that lacks the essential unity of traditional central statehood, and is conformed of mini-nationalities disseminated throughout national territories within a new focus as to horizontal rights which supplants the concept of judiciousness for a definition far from the positivist state synonym of the Kelsian conception. For this reason it is necessary that the absoluteness and totalitarian vocation of national rights be substituted for a juridical pluralism in which along with centralist regulations, forms of inter-subjectivity and social control of historically differentiated human groups within the state conglomerate such as autonomous indigenous populations, can co-exist.

**Key words:** Legal pluralism, indigenous populations, legal theory.

### Introducción

El logro de propósitos concretos en relación con la vigencia de los Derechos de los Pueblos Indígenas, mediante la inauguración en 1994, del “Decenio de los Pueblos Indígenas”, no sólo depende de la voluntad de quienes rigen el destino de los Estados-naciones del mundo en cuanto al reconocimiento de dichos derechos, sino de que se constituyan las condiciones materiales, históricas y políticas para la efectividad de los mismos, en un contexto internacional objeto cada día de mayor globalización y menor centralismo y absolutismo estatal. En efecto, como lo afirmara Marx en su prólogo a la *Contribución de la Economía Política*, “la humanidad se propone siempre únicamente los objetivos que puede alcanzar, pues bien miradas las cosas, vemos siempre que esos objetivos sólo brotan cuando ya se dan o, por lo menos, se están gestando las condiciones materiales para su realización” (1973:518).

Con lo afirmado, queremos significar que la apertura del “Decenio” coincide con una fase de la evolución del concepto de “derechos humanos” en el que tras la superación de la visión decimonónica de las Declaraciones de derechos, expresada en particular en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consagratorias de ciertos derechos concebidos como naturales al ser humano y previos al pacto social, como lo son los de “la vida, libertad, propiedad y búsqueda de la felicidad” (1776), y de la libertad, igualdad, propiedad y resistencia a la opresión (1789), surgen dos nuevas y sucesivas ediciones de los derechos humanos de las cuales son igualmente ausentes las preocupaciones por los pueblos indígenas del mundo.

En efecto, sustituyen a dicha etapa clásica en el avance de los “derechos humanos”, dos enfoques occidentalistas en los que a continuación de una primera generación de esos derechos referida estrictamente al ámbito civil y político, se desarrolla una segunda generación de los mismos centrada en los derechos económicos, sociales y culturales, ambas consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948 (Martínez, 1995: 140-142).

En este sentido, mientras la “primera generación” enunciada, pretendía, en una adhesión explícita a las preocupaciones históricas del Primer Mundo -EEUU y Europa Occidental- de tutelar la libertad, la seguridad e integridad física y moral de la persona, así como su derecho a participar en la vida pública (*Ibid*: 140), la “segunda generación” aludida, atendía a una inquietud muy propia del Segundo Mundo, es decir, del bloque socialista, como lo era la creación de “condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana” (*Ibid*: 142), omitiendo totalmente un derecho político por antonomasia como lo sería el derecho colectivo de las minorías a su reconocimiento como tal, y como consecuencia, el ejercicio de cierto grado de autodeterminación cuyo espectro de con-

creción variaría desde el respeto a su identidad cultural hasta la consagración de su autonomía jurídica y política.

No constituye en realidad una casualidad el que “curiosamente, se pued(a) observar que en ninguna de (las) declaraciones internacionales de derechos humanos se (haga) mención específica a los derechos de los pueblos indígenas” (Colmenares, 1995:41). Es más, la “tercera generación” de derechos humanos reconocida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 y en Decisión de la Asamblea General de la Naciones Unidas, si bien incluye en sus aspectos fundamentales, “derechos colectivos o de solidaridad que conciernen a la humanidad entera, como el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, y a la paz” (Martínez:151) y enfatiza en el “nuevo concepto de Desarrollo Humano” entendido como un “proceso en el cual se amplían las opciones del ser humano, con el fin de lograr una vida prolongada y saludable..., creándose el Índice de Desarrollo Humano (IDH) para la evaluación del progreso de la humanidad”, al margen del estricto crecimiento económico (*Ibid*: 151-152), dicho concepto ampliado de derechos humanos tampoco alude directamente a la problemática de las poblaciones indígenas.

### **Derechos Humanos y Pueblos Indígenas**

En el sentido indicado, se considera propicio el momento histórico para que en este “Decenio de los Pueblos Indígenas”, se haga realidad la “Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, constituyéndose ésta en el marco adecuado para el despliegue de una concepción integral fundamentalmente jurídica y política ,de dichos derechos, a partir de la cual instrumentos legales internacionales actualmente aislados como los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que consagran el reconocimiento del derecho consuetudinario de esas poblaciones y su derechos de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan, encuentren su plena justificación en un nuevo enfoque pluralista del Derecho y del Estado.

Dicho enfoque se enmarca en la nueva concepción del mundo que invade nuestro planeta y que se ha dado en denominar post-moderna, la cual extiende sus tentáculos a todos los ámbitos de la vida universal, trátase de las artes, la política, el Derecho, etc..., y no constituye sino el epifenómeno de una realidad histórica globalizante de las relaciones económicas y políticas internacionales, en las que la división en Estados es objeto de un progresivo debilitamiento que revaloriza las posibilidades de autonomía de los grupos humanos minoritarios.

Es el tiempo en el que fenece la Edad moderna, la cual se había iniciado con el Renacimiento y caracterizado en lo político, por el final de la disgregación feudal y el surgimiento de las monarquías absolutas cuyo autoritarismo se ejercía sobre territorios claramente delimitados y respecto de ciudadanos perfectamente identificados.

Como paralelo a esta concepción del Estado cuyo paradigma fueron las grandes potencias europeas enfrentadas en una rivalidad secular, también se fue estableciendo una concepción del Derecho estatal omnipresente en todos los ámbitos de la vida social y humana de los nuevos Estados-Naciones.

Es así como “desde el Siglo XIX hasta el presente Estado moderno, el derecho ha sido un derecho máximo. La construcción política del reformismo legal como el modo hegemónico de la transformación social dotó a la ley del Estado de poderes imperiales que eran usados para declarar la guerra a un doble enemigo: la revolución social por una parte, y por la otra, todo tipo de derecho popular, no oficial, no estatal. La ley del Estado surgió como una ley única, autónoma y aurática” (De Sousa Santos, 1995: 170). Se trataba de una apetencia centralizadora total donde no existía resquicio para el disenso, la diferenciación ni la heterodoxia. El símbolo de este sistema jurídico totalitario lo constituye por excelencia la pirámide kelseniana en la que toda la normativa estatal se encuentra edificada en forma escalonada de tal manera que

cualquier regulación encuentre en última instancia, su fundamento en la norma fundamental o Constitución política del mismo Estado absoluto en el que dicho orden jurídico pretende regir unilateralmente.

En lo económico, el mundo de los Estados-naciones, conformaba una red de relaciones interestatales fundadas en la producción interna y el intercambio comercial regido por un sistema monetario que funcionaba bajo la égida del patrón oro, y posteriormente dolarizado, pero en el que cobraban pleno significado nociones como la balanza de pagos, la balanza comercial, así como el concepto de reserva de divisas.

La crisis recurrente del capitalismo durante este siglo, ha dado al traste con ese sistema económico internacional que descansaba en la división entre Estados y en el cual, según lo demuestra Gunder Frank en su libro: *El Desafío de la Crisis* (1988), ciertas fuerzas económicas internacionales, fuera de control de las políticas nacionales, han generado una reestructuración del mapa geopolítico en el que los bloques económicos regionales adquieren preeminencia, con el consiguiente aflojamiento de los marcos legales nacionales.

La nueva realidad mundial descrita se traduce en lo interno, en el “debilitamiento relativo de las prácticas de clase... compensado con el surgimiento de nuevos espacios y formas de lucha, los cuales proponen nuevas agendas políticas postmaterialistas (paz, ecología, igualdad sexual y racial) para ser representada por nuestros movimientos sociales” (De Sousa Santos, 1995: 168). Surge entonces un escenario carente de la unidad esencial del Estado central tradicional, y conformado por “miniracionalidades” diseminadas a lo largo de los territorios nacionales en la que un nuevo enfoque horizontal del Derecho, replantea el concepto de “juridicidad” en una definición ajena a la sinonimia positivista y estatal de la concepción kelseniana.

En un trabajo relativo al “Concepto de razón jurídica”, el autor francés André- Jean Arnaud situaba ya en los años sesenta, el origen de esa noción, y en Carbonnier y Amsselek, la paternidad de su uso, el cual pretendía referir esencialmente a la posibilidad de concebir “un orden jurídico más vasto que no es el derecho positivo y que está formado por una multitud de sistemas jurídicos..., no siendo el derecho impuesto sino uno de estos sistemas que ha revestido formas particulares”(Arnaud,1984:26). Se comprobaba entonces que en un mismo espacio geográfico pueden convivir diferentes órdenes jurídicos bien sea los consideremos como parte de una polisistémica simultánea dentro de la cual sólo sería consagrado como Derecho uno de los sistemas posibles, bien sea admitamos la hipótesis de un pluralismo jurídico que eliminaría en el Estado la condición de árbitro de la confrontación.

Frente a esa disgregación del orden legal y a la pérdida de presencia del Estado, se impone un enfoque microfísico del poder en el sentido planteado por Foucault (1979), en el que prácticas emancipatorias ejecutadas en cada ámbito, permita augurar para las minorías objeto de dominación, cambios cualitativos no susceptibles de lograrse a nivel macrosocial.

De Sousa Santos propone para estas luchas, el concepto de microrevoluciones, entendidas éstas como la adhesión a una participación militante en pos de la conquista de derechos concretos situados a nivel local. En este sentido, minimalismo legal y microrevoluciones constituyen las vertientes de un nuevo Derecho despojado de exclusividad, situado en la articulación entre “la ley del Estado y formas no estatales de derecho y de conocimiento legal”, de tal forma que la absolutidad y vocación totalitaria de los Derechos nacionales sean sustituidas por un pluralismo jurídico en el que al lado de las regulaciones centralistas, convivan en armonía las formas de intersubjetividad y control social propias de grupos humanos históricamente diferenciados del conglomerado estatal, tal como lo son por antonomasia, las poblaciones indígenas.

De acuerdo con Sousa, el surgimiento de regulaciones infra y supraestatales que “socavan el pedestal” del Derecho estatal, no constituye en sí una promesa de mayor libertad, por cuanto la tendencia indicada que en gran medida se sitúa a nivel de la “sub-contratación”, es decir de las regulaciones relativas a corporaciones y bloques económicos, “atestigua el surgimiento de una legalidad contextual, finamente ajustada a los intereses momentáneos de las partes involucradas y a las relaciones de poder entre ellas”, el cual en última instancia no expresa sino la presencia abierta de una sociedad civil en la que las contradicciones de intereses afloran en toda su conflictividad (Cf. Delgado Ocando, 1987). Por ello también puede afirmar De Sousa que “tomados separadamente, el fin del monopolio de la legalidad y el nacimiento del minimalismo legal no son progresivos en sí mismos. Por el contrario, pueden contribuir a desarmar, además, los ya dominados e impotentes grupos sociales...

El minimalismo legal significa que las relaciones legales son, cada vez más, la traslación directa de las relaciones de poder” (*Ibid*: 174).

### **Conclusiones**

Acerca de ese pluralismo legal aplicado en particular al Derecho indígena, Oscar Correas de la Universidad Autónoma de México, propone una reelaboración de la Teoría General del Derecho en la que sean replanteados algunos de los temas tradicionales en los órdenes jurídicos estatales, con el objeto de adaptarlos a la nueva visión pluricultural que cada día a modo de un activismo legal, se abre paso, en particular en las sociedades mixtas latino-americanas (1995).

Conceptos como los de “funcionarios públicos”, “Estado”, “soberanía”, “costumbres”, son objeto de traducción cultural, de tal forma que “la actuación del funcionario indígena, que en obediencia de órdenes de sus superiores, aplica una sanción corporal a un individuo de su comunidad”, no pueda ser calificada como “delito

por parte del derecho dominante” (*Ibid*: 18); así mismo que pueda considerarse como actuación estatal, “el conjunto de las acciones de ciertos individuos (de las que se afirma) que no son acciones de ellos, sino de la comunidad o Estado” (*Ibid*); en cuanto a la soberanía, debe ser retrotraída al concepto de hegemonía en cuanto entre diversos sistemas jurídicos, algunos “hegemonizan a otros, descollando uno en particular que por eso, calificamos de dominante frente a los otros, que son subordinados” (*Ibid*: 26)

Finalmente, la costumbre a la cual se atribuye el fundamento del Derecho consuetudinario indígena, no es más que un Derecho no escrito, por lo que concluiríamos adhiriendo a la propuesta del filósofo del Derecho mexicano, Oscar Correas, de que si deseamos delastrarnos de ese prejuicio etnocentrista acerca del estatus del Derecho indígena promoviendo la idea de un pluralismo legal, empecemos a partir de aquí por “dejar de lado ese término confuso (de costumbre) y hablar simplemente de Derecho escrito y no escrito. Con ello se terminaría la lamentable cuán inútil discusión acerca de si las normas de las comunidades son o no son derecho y acerca de la diferencia entre Derecho y Costumbre.

Lo único que habría que hacer es preguntarse, frente a los textos normativos, escritos o no escritos, es si responden o no a las características de la definición de derecho. Y (si) conforme a nuestra definición, lo que los antropólogos observan en las comunidades, son discursos prescriptivos, que amenazan con la violencia, que crean los funcionarios, y que son reconocidos como obligatorios por la comunidad, es decir, si lo observado responde al concepto, entonces es derecho, esté o no escrito, digan lo que digan los funcionarios del Estado dominante, digan lo que digan los textos de los juristas (*Ibid*).

### Lista de Referencias

- ARNAUD, André-Jean. "El concepto de 'razón jurídica' como modo de superación de la oposición entre el ser y el deber ser", en **Algunas Reflexiones sobre las relaciones entre la Filosofía del Derecho y la Crítica Jurídica**, Serie Cuadernos de Trabajo, No.38 , IFD-LUZ, Maracaibo, 1984.
- COLMENARES, Ricardo. "Los derechos humanos y el pluralismo jurídico en Venezuela: una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas". **Revista FRONESIS**, Vol. 2, Diciembre 1995, IFD-LUZ, Maracaibo, Pp.35-50.
- CORREAS, Oscar. "La Teoría General del Derecho frente al Derecho indígena", **Revista CRÍTICA JURÍDICA**, No.14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.
- DELGADO OCANDO, J.M. **Hipótesis para una Filosofía Antihegémica del Derecho y del Estado**, 2da Edición, IFD-LUZ, Maracaibo, 1987.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Hacia un entendimiento postmoderno del Derecho", **Revista FRONESIS**, Vol.1, No.2, Diciembre 1994, IFD-LUZ, Maracaibo, pp 163-177.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica del Poder**, 2da.edición, Editado y traducido por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Las Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1979.
- FRANK, A.G. **El desafío de la Crisis**. Ed.Nueva Sociedad, Caracas, 1988.
- MARTÍNEZ, Agustina Yadira. "*Concepción moderna de los derechos humanos*", **Revista FRONESIS**, Vol. 02, Diciembre 1995. IFD-LUZ, Maracaibo, pp. 133-156.
- MARX, Carlos. Prólogo de la "Contribución a la Crítica de la Economía Política", **Obras escogidas en Tres Tomos**, Ed. Progreso, Moscú, 1973.