



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Pluralismo jurídico en Hispanoamérica

Presentado por:

Javier Martínez Gómez

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, 30 de abril de 2021

RESUMEN

El pluralismo jurídico como nueva cultura del Derecho se encuentra en continua redefinición y en continuo estudio por los autores versados en esta materia. La crisis del paradigma monista actual es la que da pie a plantearnos un nuevo paradigma que sustituya al que hasta ahora rige en los países latinoamericanos. El contexto en el que se plantea este sistema pluralista es en el de los países hispanoamericanos, que se caracterizan por un pasado común en el que imperaba la dominación, antiguamente por las colonias, para, posteriormente, dar paso al control ejercido por las grandes potencias occidentales. La base de este pluralismo jurídico la encontramos en la concientización social, en la acción movilizadora de los sujetos sociales, en la insurrección por parte de la población dominada. Este cambio de paradigma supondrá el reconocimiento, por parte del poder estatal, de la diversidad cultural de su población, de la legitimación de nuevas fuentes productoras de derecho, de nuevas prácticas judiciales y de un nuevo pensamiento de corte pluralista, que supondrá la conciencia social de clase, la movilización y la participación de la ciudadanía en aquellas decisiones que les competan.

Palabras clave:

Pluralismo jurídico - monismo jurídico - movimientos sociales - derecho indígena - derecho alternativo.

ABSTRACT

Legal pluralism as a new culture of law is constantly being redefined and studied by authors versed in this subject. The crisis of the current monist paradigm is the reason for considering a new paradigm to replace the one that has prevailed until now in Latin American countries. The context in which this pluralist system is proposed is that of the Latin American countries, which are characterised by a common past in which domination prevailed, formerly by the colonies, and later gave way to the control exercised by the great Western powers. The basis of this legal pluralism is to be found in social awareness, in the mobilising action of social subjects, in the insurrection on the part of the dominated population. This paradigm shift will entail the recognition by the state power of the cultural diversity of its population, the legitimisation of new law-producing sources, new judicial practices

and a new pluralist way of thinking, which will entail social class consciousness, mobilisation and the participation of citizens in the decisions that concern them.

Key words:

Legal pluralism - legal monism - social movements - indigenous law - alternative law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. ETAPAS DE LA CULTURA JURÍDICA ESTATAL	7
2.1. SOCIEDAD MODERNA EUROPEA EN EL CONTEXTO ECONÓMICO CAPITALISTA.....	7
2.2. DERECHO ESTATAL Y EL MONISMO JURÍDICO	10
2.3. DECLIVE Y CRISIS.....	15
3. ECONOMÍAS DE DEPENDENCIA DEL CAPITALISMO PERIFÉRICO	18
3.1. CAPITALISMO PERIFÉRICO	19
3.2. NECESIDADES, DERECHOS Y CONFLICTOS COLECTIVOS	21
4. FUENTES DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO Y LOS NUEVOS SUJETOS SOCIALES	22
4.1. NUEVOS MOVIMIENTOS SOCIALES	22
4.2. CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA	25
4.3. NUEVAS FUENTES DE PRODUCCIÓN JURÍDICAS	27
4.4. “NECESIDADES HUMANAS FUNDAMENTALES” Y “NUEVOS DERECHOS”	28
5. PLURALISMO JURÍDICO: PROYECTO DE UN MODELO DE DERECHO ALTERNATIVO.....	30
5.1. PLURALISMO JURÍDICO.....	30
5.1.1. <i>Concepto</i>	30
5.1.2. <i>Naturaleza</i>	31
5.1.3. <i>Especies</i>	32
5.1.4. <i>Crítica</i>	34
5.2. PLURALISMO JURÍDICO EN HISPANOAMÉRICA.....	34

5.2.1. *Discusión derecho indígena – derecho consuetudinario y el Derecho consuetudinario indígena*34

5.2.2. *Pluralidad legal como justicia comunitaria* 37

5.2.3. *Constitucionalismo andino y constitucionalismo en Hispanoamérica*..... 41

6. PLURALISMO JURÍDICO: PLURALIDAD ALTERNATIVA.....48

7. CONCLUSIONES.....51

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS52

1. INTRODUCCIÓN

La pretensión del presente trabajo será la de realizar un estudio sobre el concepto de pluralismo jurídico en el contexto de los países de Hispanoamérica. Para ello será necesario recorrer la historia de este concepto, que ha ido evolucionando, comprender el concepto de acuerdo con los múltiples desarrollos que ha tenido según el pensamiento de diferentes autores y formular las razones por las cuales encuentro satisfactorio este modelo pluralista frente al modelo jurídico actual.

La crisis del paradigma actual, su incapacidad para dar respuesta a las necesidades de la población, hace necesario la búsqueda de un nuevo paradigma que pueda hacerse cargo de las exigencias de los ciudadanos. Es esta la situación de la que se parte para abordar el conocimiento y la exposición del pluralismo jurídico como modelo alternativo que sustituya al actual modelo monista, que tiene como único poder político al Estado y como única fuente productora de Derecho. En el núcleo del pluralismo jurídico encontraremos la negación de la anterior afirmación, por lo tanto, un reconocimiento a otras formas de poder político y a nuevas fuentes de producción del Derecho, que se verán acompañadas de nuevas formas de legitimidad.

Estructuraré el trabajo partiendo de la evolución que han sufrido las sociedades occidentales, desde su auge hasta su posterior declive, para conectarlo con el contexto latinoamericano. A continuación, siguiendo con la realidad de los países hispanoamericanos expondré las circunstancias y situaciones que presionan y hacen necesaria la búsqueda de un nuevo paradigma pluralista para, posteriormente, desarrollar el concepto de pluralismo jurídico siguiendo los pensamientos de diferentes autores que han dedicado sus obras a este modelo. Recogeré tanto la definición, características y especies de pluralismo jurídico y su presencia, discusión y desarrollo en Latinoamérica, además de un estudio general del Derecho alternativo que acompaña al modelo de pluralismo jurídico que se plantea en el trabajo.

2. ETAPAS DE LA CULTURA JURÍDICA ESTATAL

2.1. SOCIEDAD MODERNA EUROPEA EN EL CONTEXTO ECONÓMICO CAPITALISTA

Comenzaré realizando un estudio del desarrollo de la cultura europea occidental a partir de los siglos XVII y XVIII. Tramo histórico en el cual afloró la

sociedad burguesa y se asentó el modo de producción capitalista apoyado en la ideología liberal-individualista. En el ámbito político nos encontramos con un Estado Soberano que centralizó la política y, por ende, la producción normativa, que se adecuó a la realidad en la que se vivía. El Derecho se presenta como un paradigma normativo basado en los principios del monismo, de la estatalidad, de la racionalidad formal y de la seguridad jurídica. Continuaré el estudio centrándome en el tramo histórico de finales del siglo XX, en los cuales se intuye una crisis de dicha cultura jurídica debido en mayor medida a la incapacidad de adaptación al nuevo presente económico y a las nuevas políticas emanadas para hacer frente a los conflictos colectivos, demandas sociales y necesidades creadas por el desarrollo del modo de producción capitalista implantado en nuevos territorios con sus propias estructuras sociopolíticas¹.

Entre los siglos XI y XV en Europa comienza el declive del feudalismo, sistema económico, social y político que regía en la época. En la obra *Qu'est-ce que la féodalité* de François-Louis Ganshof encontramos una definición del mismo, para Ganshof es: “*un conjunto de instituciones que crea y rige obligaciones de obediencia y de servicio (principalmente militar) de la parte de un hombre libre, llamado vasallo, hacia otro hombre libre, llamado señor, y obligaciones de protección y de mantenimiento de la parte del señor hacia el vasallo. La obligación de mantenimiento tuvo, con frecuencia, por efecto, la concesión por el señor al vasallo de un bien llamado feudo; acepción más bien técnica, mucho menos amplia que la primera, acepción que puede ser calificada de jurídica, mientras que la primera es, sobre todo, social y política*”². El paulatino paso a una economía mercantil asalariada dejando atrás un modelo económico basado en la agricultura que se trabajaba en los señoríos supuso una crisis tanto en el modo de producción de riqueza, en la sociedad y en la estructura política e institucional. Esta economía agrario-señorial estaba asentada en el trabajo del campo bajo el yugo de la nobleza, que era la clase social que controlaba el trabajo, no solo controlaban el trabajo agrario sino que también contaban con la subordinación total o parcial de los pequeños productores autónomos³. Encontramos en el desarrollo del comercio y de las transacciones mercantiles la explicación a la decadencia del feudalismo. La aparición de trabajos asalariados, junto a la creación

¹ Antonio Carlos WOLKMER: *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 39. Para la realización de este Trabajo de Fin de Grado sigo en líneas generales la obra de Antonio Carlos Wolkmer.

² François-Louis GANSHOF: *Qu'est-ce que la féodalité?*, Paris, Tallandier, 2015, p. 2.

³ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 40.

de fábricas y un aumento de los intercambios monetarios supusieron la debilitación y la consiguiente destrucción del feudalismo⁴.

Este declive del feudalismo dará paso al capitalismo, que se irá consolidando en Europa, implantándose prácticamente en todo el territorio del continente tras los siglos XVI y XVII. El capitalismo basará el nuevo modo de producción en la privación de los medios de producción y en relaciones sociales de los hombres generadas en el proceso de producción⁵.

Este nuevo marco económico, social y político propiciará la aparición de una nueva clase social, caracterizada por la propiedad monopolista de los medios de producción, la burguesía. Tanto la nobleza y la aristocracia como los campesinos y artesanos no formaron parte de esta nueva clase social, ya que el pensamiento de ambas clases sociales estaba en clave feudal, no se adaptaron al nuevo modelo de producción capitalista⁶.

La mentalidad de la sociedad también cambió. Junto con la transformación de la sociedad, la aparición de la burguesía, y del modelo de producción, con la aparición del capitalismo, sucedió un proceso de racionalización ético-filosófico que devino en una cultura liberal-individualista. Los autores de la época teorizaron acerca de la libertad de los hombres y los derechos innatos de los mismos por el mero hecho de ser hombres. De acuerdo con estos autores el carácter racional del ser humano le concedía la condición de libres y una serie de derechos que ni otro hombre ni el Estado podían sobrepasar⁷. Esta racionalización del ser humano es el punto de partida del liberalismo. Se superarán las épocas anteriores en las que se tenía la idea del hombre determinada por Dios. Es importante mencionar dos acontecimientos que acompañaron este pensamiento. El primero será el surgimiento del movimiento protestante dentro de la Iglesia Católica, que trajo consigo un ambiente de tolerancia y respeto a los diferentes países que se vieron involucrados, destacando Inglaterra y Países Bajos. El segundo tendrá como protagonista al filósofo, matemático y físico francés René Descartes, que expuso su pensamiento racional cartesiano, que basa sus principios en el escepticismo metodológico, lo cual implica que solo puede existir

⁴ Maurice DOBB: *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, México D.F., Siglo XXI, 2005, p. 467.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶ Milany Andrea GÓMEZ BETANCUR: *El tránsito del Feudalismo al Capitalismo. El nacimiento histórico*, Instituto de Política social, La Razón Histórica, núm. 33, 2016, p. 63.

⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 45 ss.

aquello que puede ser probado⁸. Esto supone una ruptura con el pensamiento medieval, la conciencia humana es elevada por encima del pensamiento religioso y tradicional. Uno de los rasgos esenciales del Liberalismo será el individualismo. El individuo se impone ante el Estado y ante cualquier otra institución, esto supone que al ser la sociedad una suma de individuos, de voluntades individuales, la voluntad colectiva se impondrá en la sociedad.

2.2. DERECHO ESTATAL Y EL MONISMO JURÍDICO

La formación histórica del conocido como Derecho Estatal se produce en el contexto de superación del feudalismo y de la sociedad medieval, en el desarrollo de la clase social burguesa, además, de la aparición y consolidación del Estado moderno⁹.

En un primer momento, fue la propia burguesía la que se aprovechó de su posición en la sociedad, sustituyendo a la nobleza y al clero, para buscar el adecuamiento del orden estatal en pro de sus intereses; mediante la adopción de normativa relativa a cuestiones del comercio, de los contratos, de la propiedad privada, etc. Puesto que los burgueses eran los que controlaban los medios de producción en la época¹⁰.

Posteriormente, la estatalización del derecho se irá haciendo cada vez más marcada, se desarrollará el Derecho moderno junto a la centralización burocrática y junto a la legalidad estatal. Una vez se dejó atrás la concepción medieval del Derecho, éste se convertirá en el producto del interés de la voluntad soberana. El Estado moderno se encargó de atribuir a unos órganos legalmente constituidos el poder legislativo y el poder judicial. Éstos serán los encargados de crear un cuerpo normativo formado por leyes, generales y abstractas, que compondrán el denominado Derecho positivo. Como recoge Juan Luis Herrera García *"el Derecho será lo que resulte de la positividad y la positividad será lo que fundamente el Derecho"*¹¹. Este cuerpo normativo, en concreto estas normas obtendrán su validez por el hecho de haber sido creadas en conformidad con los mecanismos procesales oficiales. No se acudirá a una valoración moral o una aceptación por parte de los individuos sino que

⁸ Milany Andrea GÓMEZ BETANCUR, *op. cit.*, p. 64.

⁹ Juan Luis HERRERA GARCÍA: *Liberalismo y pluralismo jurídico*, Revista de Investigación en Humanidades UFM, vol. 2, pp. 108-109.

¹⁰ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 52.

¹¹ Juan Luis HERRERA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 109-110.

serán la voluntad del soberano, prueba de ello será la protección punitiva que estas recibirán en caso de incumplimiento. El Estado se obliga a salvaguardar y respetar los presupuestos que se recogen en las leyes, lo cual crea un espacio de control limitado por estos presupuestos y controlado por el Estado, se crea así lo que se conoce como el Estado de Derecho¹².

El sistema positivista adoptado por el Estado moderno como ya ha sido explicado tendrá una concepción monista del Derecho. Esta visión unitaria irá evolucionando con el paso del tiempo en occidente, a continuación observaremos esta evolución del monismo jurídico occidental.

En primer lugar, el monismo jurídico se puede definir como la idea de la existencia de un único sistema jurídico, jerarquizado y centralizado, de carácter estatal¹³. Éste es el encargado de velar por la protección de los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y unidad política, y del mantenimiento del orden social y político. Surge el monismo jurídico en la época de los absolutismos europeos. Los soberanos absolutistas buscan fundamentar el poder ilimitado que ostentan y lo hacen a través de otorgar las fuentes de producción a aquellos que controlan el poder político¹⁴. En este aspecto debemos destacar la figura de Thomas Hobbes, el filósofo británico fue uno de los grandes defensores del absolutismo. Es considerado el fundador del Estado absolutista moderno, además del principal teórico de la formación del monismo jurídico occidental. Defiende la ley civil entendida como orden, escrita o no, del Estado dirigida a sus súbditos, y éstos se encuentran obligados a su observancia por el hecho de formar parte del Estado¹⁵. Las leyes serán normas que distingan lo justo de lo injusto, estableciendo que aquello que no se encuentre estipulado por la ley como injusto no puede considerarse como tal¹⁶. Únicamente el soberano del Estado ostentará el poder legislativo, el Estado será el encargado de velar por el cumplimiento de las leyes, pero el Estado obtiene sus capacidades y su poder del soberano, sin él no sería nada¹⁷. El soberano como legislador único no se

¹² Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 53.

¹³ Daniel BONILLA MALDONADO: *Extralegal Property, Legal Monism and Pluralism*, The University of Miami Inter-American Law Review, vol. 40, núm. 2, 2009, p. 216.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Thomas HOBBS: *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1940, p. 217.

¹⁶ *Ibid.*, p. 217.

¹⁷ *Id.*

encuentra sujeto a la ley, al tener el monopolio de la producción legislativa, podrá revocar cualquier ley en la que encuentre algún impedimento¹⁸.

Superado el Absolutismo en el continente europeo, en los años venideros, tras la Revolución Francesa (1789), se estructura y se establece la legalidad burguesa y capitalista. A diferencia de lo vivido con el Absolutismo, el Derecho estatal deja de ser la voluntad del soberano, ahora la voluntad se crea a raíz de la nueva realidad que brota del capitalismo competitivo, del aumento de la producción industrial y del ascenso de la clase rica burguesa liberal en la sociedad¹⁹. Con la aparición de la separación de poderes y el principio de soberanía nacional se incentiva el valor de la ley escrita como fuente de Derecho como voluntad de la nación soberana que emana del Estado. Se convierte así la Nación soberana como el verdadero sujeto de Derecho, se deja atrás la concepción del soberano absolutista como verdadero y único sujeto de Derecho²⁰. Ahora el encargado de proclamar la voluntad general de la nación será un órgano político legislativo creado por el Estado. Posteriormente, se alcanzará la consolidación de todo el Derecho a la ley estatal, mediante la sistematización racional de las legislaciones modernos y la codificación, la ley escrita es la primordial fuente de Derecho²¹. La dogmática jurídica positiva domina el pensamiento jurídico europeo. Por ello, es perceptible la evolución del Derecho estatal al Derecho positivo, llegando a entenderse por Derecho verdadero a aquel que fuese Derecho positivo²².

Uno de los defensores más reconocidos de la teoría jurídica positivista será el jurista alemán Rudolf von Ihering. Presenta un Derecho determinado por la coacción ejercida por el Estado, al ser éste la única institución que puede hacer uso de la coacción se comprende que solamente aquellas leyes que el Estado entienda merecedoras de la coacción serán las que tengan validez. En su obra *El fin del Derecho* llega a afirmar: *“El Derecho sin la fuerza es un nombre vacío, sin realidad alguna, pues tan sólo es violencia, que realiza las normas del derecho, hace del derecho lo que es y debe ser”*²³. De esta afirmación podemos extraer que el Derecho necesita de la fuerza y ésta como ya he indicado es monopolio del Estado. Ihering entiende que la exclusividad de la

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 55.

²⁰ *Ibid.*, p. 56.

²¹ *Id.*

²² *Ibid.*, p. 58.

²³ Rudolf von IHERING: *El fin en el derecho* (trad. Diego Abad de Santillán; revisión técnica José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2011, p. 126.

coacción es parte de la esencia del Estado²⁴. El Estado será la forma más perfecta que ha encontrado el ser humano para alcanzar sus fines a través del uso de la violencia, “*la organización social de la violencia colectiva*”. Identifica Estado y sociedad, el Estado será la organización escogida por la sociedad para articular la violencia. La teoría de Ihering tendrá un carácter universal en tanto que la sociedad como conjunto lo es, pero el Estado quedará limitado por sus límites geográficos²⁵. Dispone que la falta de poder para un gobierno o soberano es un pecado mortal, es la exigencia mínima para un Estado, el resto quedan un escalón por debajo. Sin el poder de la violencia estatal la sociedad se vería abocada a su fin²⁶.

Consolidado el positivismo jurídico durante el siglo XVIII y la Codificación en el XIX, el monismo jurídico alcanza su apogeo en la primera mitad del siglo XX. Este apogeo se debe a diversos factores como son: el intervencionismo estatal, la transición hacia un capitalismo monopolista que cuenta con oligopolios que lo sustentan, la implementación de políticas sociales públicas basadas en la política económica de Keynes²⁷. Estos factores contribuyeron a la creación de una Ciencia del Derecho. Esta Ciencia del Derecho es representada por el jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen, que desarrolló su Teoría pura del Derecho. Entre sus postulados encontramos el rechazo al dualismo tradicional Estado-Derecho. La doctrina jurídica tradicional entendía al Estado como una entidad jurídica independiente, diferente del Derecho. El Estado era un sujeto con derechos y obligaciones, su característica distintiva era la creación de Derecho, al cual él mismo se sometía, confiriéndose derechos y obligaciones a sí mismo. El Estado se convertía en Estado de Derecho gracias a la legitimidad que le otorgaba la creación de Derecho²⁸. Por su lado Kelsen, defendía la idea del Estado como orden jurídico, diferenciándolo de otros ordenes jurídicos por la centralización, la creación de órganos que se encarguen de la producción normativa; el Estado como único soberano al poder imponer sanciones a los sujetos de derecho que no cumplieren con el derecho²⁹. El Estado se vería limitado por la constitución de un Derecho internacional, un orden jurídico superior jerárquicamente a los órdenes jurídicos

²⁴ Felipe GONZÁLEZ VICEN: *Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico*, Anuario de Filosofía del Derecho, tomo IV, 1987, p. 244.

²⁵ Rudolf von IHERING, *op. cit.*, pp. 151-152.

²⁶ *Ibid.*, pp. 153.

²⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 59-60.

²⁸ Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve; 25ª ed.), EUDEBA, Buenos Aires, p. 187-188.

²⁹ *Ibid.*, p.189.

estatales pero que no llegaría a considerarse Estado por la falta de centralización³⁰. Superada la concepción tradicional del dualismo de Estado y Derecho, Kelsen presenta su propia teoría. Para él, Estado y Derecho son uno sólo, no se desdoblaron en dos realidades, son una misma realidad, un mismo sistema de coacciones; elimina la posibilidad de legitimar al Estado por el Derecho como se hizo anteriormente, el derecho positivo, creado por el Estado, no puede legitimarse por sí mismo³¹.

Una vez contextualizada la evolución sufrida por el monismo jurídico, cabe destacar una serie de principios y presupuestos ideológicos que definen su doctrina. Entre ellos destacaremos el principio de estatalidad, el principio de unidad, la positividad y la racionalidad.

Como ya se ha explicado anteriormente, se impuso la concepción en la cual el Estado a través de un órgano con poder legislativo se convirtió en la única fuente de Derecho, lo que supuso que el Derecho se identificara con el Estado, el Derecho estatal se convirtió en Derecho positivo. El principio de estatalidad lo vemos reflejado en la forma de organización que adoptó el Estado, primando la burocratización, la centralización y la secularización; además, no sólo se refleja en el monopolio de la producción legislativa sino que se instrumentaliza para imponerse ante el resto de producción de normas legales, ya fueran de Derecho canónico, medieval o prácticas pluralistas³².

Por su parte, el principio de unidad lo encontramos en la constitución de un sistema jurídico único, creado para reglar una nación determinada. Pese a la existencia de otras legislaciones se proclama la ley estatal como la voluntad impuesta por el Estado de la nación³³. Se legitima la idea de que sólo el Derecho positivo es Derecho a través de la formación lógica y formal de una estructura social y económica fundamentada principalmente en la burguesía y el capitalismo que no se entendería sin la solidez que le aportan estas normas legales³⁴.

Con relación a la positividad del Derecho, a que todo el Derecho fuese Derecho positivo, primeramente definiremos el concepto de Derecho positivo, que es aquel derecho puesto, aquel conjunto de normas vigentes para un territorio y en

³⁰ *Ibid.*, pp. 190-191.

³¹ *Ibid.*, p.196.

³² Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 62.

³³ *Id.*

³⁴ *Ibid.*, p.63.

un momento concreto, sin importar las fuentes de Derecho de las que procedan³⁵. Lo cual nos indica, que la positividad se refiere a conductas existentes; constituirán la positividad aspectos como la vigencia, la eficacia y la validez³⁶. Por ello decimos que todo el Derecho vigente será Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo estará vigente, se necesita de la concomitancia de todos los factores. Este positivismo, más concretamente la validez y eficacia del orden vigente encuentra su garantía y su “autoridad” en el Estado, que ha dispuesto una serie de agentes y de mecanismos formales para la instrumentación coactiva del Derecho³⁷.

Por último, observamos el fenómeno de la racionalización para la mejor comprensión de la evolución del Derecho durante esta época. Comienza la racionalización en el espíritu que trae consigo el capitalismo y el protestantismo burgués, que permiten dejar atrás la tradicional y sacra visión religiosa, y que plantean unas nuevas necesidades que más tienen que ver con la ciencia y la técnica que con lo espiritual sagrado³⁸. El proceso de racionalización jurídica alcanza su auge, con las codificaciones, proceso que se lleva a cabo en el siglo XIX³⁹. La codificación supone un positivismo jurídico, una racionalización positivista, amparado por el poder que ostenta el Estado.

2.3. DECLIVE Y CRISIS

Como ya se ha explicado la evolución en Occidente de la política, de la sociedad y del Derecho se dirigió a una cultura jurídica unitaria sustentada por el positivismo, por la legalidad estatal y por el dominio de las clases altas burguesas. El racionalismo filosófico fue clave para que prevaleciera esta cultura burgués-capitalista; alcanzó su apogeo con la codificación y el afianzamiento de la burguesía en el ámbito social y político⁴⁰. Este racionalismo formal es la expresión filosófica del positivismo que se instauró en la cultura jurídica occidental.

La primacía del Derecho Estatal, enfocado a los intereses de las élites sociales, conformadas por la burguesía, conllevó que el derecho que se creaba no tenía un fin

³⁵ Luiz Fernando COELHO: *Teoría crítica do direito*, Editora del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 237.

³⁶ *Ibid.*, p. 240.

³⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 63.

³⁸ *Ibid.*, p. 64.

³⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 67.

universalista sino particularizado. El interés general se vio desplazado por el interés de unos pocos. La preponderancia del Derecho escrito y formalizado por el Estado y los órganos y funcionarios estatales creados para su interpretación y aplicación supuso una minimización de las fuentes formales externas de Derecho y, por ende, de los cuerpos sociales autónomos que las representan⁴¹. El Estado impone su poder frente a aquellas manifestaciones que se escapan a su control.

El comienzo de la crisis o declive de este paradigma jurídico lo podemos ubicar en la crisis que sufre el capitalismo monopolista y en el colapso del liberalismo individualista frente a los nuevos sujetos sociales⁴². Las nuevas formas de producción del capital, los nuevos desafíos sociales plantean una crisis en la legitimidad, de producción y de aplicación de la justicia.

Es necesario un concepto de crisis para la comprensión de este declive del paradigma jurídico. El filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas hará distinción de hasta cuatro formas distintas de crisis, todas ellas relacionadas entre sí, en su obra "*Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*".

De acuerdo con Habermas, las crisis surgen cuando la sociedad, su estructura como sistema social, político y económico, posee menos posibilidades de resolver un problema que para conservarlo⁴³. Estas crisis pueden surgir de diferentes maneras y de diversas formas. Habermas distinguirá cuatro tendencias a la crisis: la económica, la de racionalidad, la de legitimación y la de motivación⁴⁴.

- I. La crisis económica será una crisis de sistema. Se requerirá de un sistema de distribución de valores que se vea afectado por una crisis económica. El Estado se encargará mediante el uso de las leyes económicas de tratar de solucionar el problema en la distribución de valores⁴⁵. Suele ser acompañada de una crisis social, producto de la relación del trabajo asalariado y el capital.
- II. La crisis de racionalidad será también una crisis de sistema. Se produce cuando el sistema administrativo no consigue cumplir lo

⁴¹ *Ibid.*, p. 68.

⁴² *Ibid.*, p. 68-69.

⁴³ Jürgen HABERMAS: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (trad. José Luis Etcheberry), Cátedra, Madrid, 1999, p. 21.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 86 ss.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 87-88.

esperado por el sistema económico, en estos casos hablaremos de que existe un déficit de racionalidad. Desplaza a la crisis económica, el problema se traslada del sistema del mercado al sistema administrativo⁴⁶.

- III. La crisis de legitimidad será una crisis de identidad. Se producirá cuando el Estado pierde la confianza de la población, la lealtad que ésta había depositado en él. No será una crisis del sistema puesto que no existe una amenaza al sistema como tal; lo que se cuestiona aquí es el ejercicio del Estado, el ejercicio de su planificación, por parte de las masas populares. Nos encontraremos con un déficit de legitimación en el momento en que el Estado sea incapaz de producir o mantener, a través de su sistema administrativo, las estructuras necesarias para su legitimación⁴⁷.
- IV. Por último, la crisis de motivación será una crisis también una crisis de identidad. Su origen lo encontramos en las variaciones que sufre el sistema sociocultural. Estas transformaciones pueden darse en los sistemas tradicionales como en la estructura del propio sistema⁴⁸.

Sostiene Habermas que las sociedades del capitalismo adolecen de al menos una tendencia a estas crisis⁴⁹. Debido ello a la propia esencia del capitalismo, que por su propio ciclo de actividad puede verse amenazado por alguna de las situaciones expuestas anteriormente.

Para hallar la solución a la crisis, será necesario un análisis global de ésta, no centrarse únicamente en uno de los tipos, debemos examinar los problemas para identificar si nos encontramos fuera del margen en el que la sociedad como sistema puede funcionar con normalidad⁵⁰.

Ahondando en el concepto más amplio de crisis, nos encontramos la teoría de la crisis de los paradigmas desarrollada por Thomas S. Kuhn. La noción de crisis y de paradigma tomada por Kuhn está enfocada al ámbito de la Ciencia. Partiendo de que todo paradigma científico cuenta con anomalías, ninguno es perfecto, estas

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 88 ss.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 89 ss.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

anomalías son las causantes de las potenciales crisis. Conforme a lo expuesto por Kuhn, es posible resolver la mayoría de las anomalías sin mayor problema, no todas las anomalías pueden entenderse como crisis puesto que tendríamos que cambiar de paradigma con cada una de ellas, desvirtuando el concepto⁵¹. Para superar y sustituir un paradigma debemos contar con otro nuevo que lo sustituya, que pueda resolver alguno de los problemas que el antiguo no pudiera⁵². Esta concepción científica de la noción de crisis es extrapolable a la situación vivida en el Derecho.

Una vez definido la noción de crisis, podemos comenzar a entender el desarrollo de la crisis que sufre nuestro actual paradigma, que podemos reconocer como la dogmática jurídica positivista. En primer lugar, nos encontramos una profunda crisis debido a la preponderancia de la ley escrita, sujeta a un tecnicismo abstracto y estático, junto a un monopolio de la normativa estatal; además, de la reticencia a acoger nuevas prácticas sociales provenientes de nuevos sujetos, manifestaciones extralegislativas que no tienen espacio debido al hermetismo del paradigma existente⁵³. El sistema capitalista globalizado presenta una serie de contradicciones a las que no se es capaz de dar respuesta, no se da solución al problema y tampoco se ofrece orientación o directrices para alcanzarla. Esta falta de soluciones revela al positivismo jurídico como la fuente causante de la crisis y todo lo que ésta trae consigo.

La búsqueda de un nuevo paradigma es una tarea complicada que todavía no se ha llevado a cabo. Se buscará abandonar el hermetismo en pro de la expansión de los límites normativos, de una mayor flexibilidad de los mecanismo jurídicos, legales y extralegales.

3. ECONOMÍAS DE DEPENDENCIA DEL CAPITALISMO PERIFÉRICO

Planteado el panorama de la cultura jurídica occidental pasaré a centrarme en la realidad latinoamericana. Esta realidad está vinculada al contexto occidental a través del concepto de capitalismo periférico. De forma breve, se entiende por

⁵¹ Thomas S. KUHN: *La estructura de las revoluciones científicas* (trad. Agustín Contín; 1ª ed. en español, 20ª reimp.), Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2001, p. 285-286.

⁵² *Ibid.*, p. 128.

⁵³ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 72.

capitalismo periférico al modelo de producción capitalista dependiente y sumiso a una realidad superior transnacional, perteneciente a las economías globalizadoras. Las economías dominantes atañen a lo que llamaremos Norte Global, mientras que las de dependencia corresponderán al conocido como Sur Global. No se trata solamente de un problema de política exterior, de las relaciones de los grupos transnacionales con las economías nacionales sino que también observaremos problemas a nivel nacional, en las relaciones de clases y de las políticas adoptadas por los Estados. Trataré de exponer los intereses y necesidades de los países del capitalismo periférico, que se ubican en el espacio de los derechos civiles, políticos y socioeconómicos, en formas de mejorar su calidad de vida; en contraposición, los problemas de los países de economías dominantes se centran en temas relativos a los derechos sociales, ecológicos, etc., cuestiones que en el Sur global quedan en segundo plano debido a su posición de dependencia y a las carencias económicas que sufren. Por todo ello, nos encontramos con que el capitalismo periférico ha supuesto una fractura en el modelo legal actual, liberal-burgués, ya que no es capaz de responder a las nuevas solicitudes originadas en estos países dependientes, no es capaz de enfrentar la exigencia de nuevos derechos ni de resolver los conflictos colectivos que están apareciendo en las sociedades latinoamericanas⁵⁴.

3.1. CAPITALISMO PERIFÉRICO

A la hora de ahondar en el concepto de capitalismo periférico seguiré las ideas planteadas por el economista argentino Raúl Prebisch, el que fuera Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) entre los años 1950 y 1963. El capitalismo periférico forma parte del sistema capitalista mundial, pero con sus características propias⁵⁵. Al ser un sistema dependiente de los centros capitalistas, su desarrollo va ligado a los avances que éstos sufren. Los avances en técnica suponen cambios en el ámbito económico, como aumento de la productividad, como en la estructura social de los países. Estas mutaciones afectarán a la periferia pero no del todo, puesto que el capitalismo al ser un sistema que se preocupa más de sí mismo que del resto, es en esencia un sistema centrípeto,

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 77 y ss.

⁵⁵ Raúl PREBISCH *Capitalismo periférico: crisis y transformación*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 37.

desarrollará la periferia en propio beneficio⁵⁶. La posición de dependencia de la periferia frente al centro proviene del aprovechamiento de los grupos dominantes de los centros junto a intereses políticos y estratégicos de los países del Norte Global, representantes de los denominados centros; su superioridad es patente en la técnica, que no permiten que se desarrolle en la periferia, haciendo que estos países basen su economía en importaciones de consumo y en exportaciones de manufacturas⁵⁷.

El capitalismo imitativo ha sido un modelo adoptado por los países capitalistas periféricos que adecuaban su desarrollo siguiendo las ideas, las formas de consumo, etc., en resumen, trataban de copiar a los países de los centros capitalistas⁵⁸. Esta influencia impregnó también a los estratos superiores de la periferia. El desaprovechamiento de la acumulación de capitales supuso que no se invirtiese en aumentar la productividad y el empleo, sino en el incremento de capitales no reproductivos, dejando de lado la posibilidad de incentivar el desarrollo⁵⁹.

Las alteraciones en la estructura social se hacen patentes con la aparición en el sistema de democratización de los poderes sindicales, políticos y sociales, este último cuenta con la fuerza de trabajo. Esta aparición de nuevos sujetos implica una nueva distribución del capital que se fundamentará en las relaciones de poder entre estos sujetos⁶⁰. El excedente, el capital que a distribuir, verá sujeto su crecimiento a la productividad y a las relaciones mercado-Estado, que deben compartir el excedente para alcanzar cada uno sus intereses⁶¹. El problema del sistema capitalista periférico aparece cuando la productividad se ve superada por la presión de compartimento del Estado y la órbita del mercado, nos conducirá a una espiral inflacionaria de cualquier manera; el capitalismo periférico encuentra aquí un problema dentro de su sistema al que no puede dar solución⁶².

Para corregir estas disfunciones en la distribución desigual del capital, Raúl Prebisch aboga por que sea el Estado el que regule el uso social del excedente⁶³. Debe darse una planificación democrática que parta de la racionalidad colectiva para que el excedente se distribuya de la mejor forma posible, propiciando la acumulación y

⁵⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 42.

⁶¹ *Ibid.*, p. 44.

⁶² *Ibid.*, p. 45.

⁶³ *Ibid.*, p. 46.

redistribución del capital⁶⁴. Se busca una transformación del sistema, basada en la igualdad distributiva y en el desarrollo propio sin imitar el modelo de los centros periféricos.

3.2. NECESIDADES, DERECHOS Y CONFLICTOS COLECTIVOS

La sociedad de los países latinoamericanos se desarrolla en el contexto del capitalismo periférico. De este desarrollo que, como hemos indicado previamente, tiene sus fallas, nacen en la conciencia de la población una serie de necesidades que tienen su origen en la carencia o escasez, ya sea de oportunidades, de derechos, de empleo, etc. De estas necesidades surgirán dos reivindicaciones claras y precisas: la eficacia de derechos que ya reconocidos en la legislación vigente y la exigencia del reconocimiento de nuevos derechos para solventar esas necesidades que la población se ha otorgado a sí misma. Serán estas reivindicaciones las que originarán la aparición de conflictos colectivos que defenderán la voluntad colectiva⁶⁵.

Los conflictos colectivos brotan de grupos sociales con una identidad común y con unas reivindicaciones sociales específicas dentro de un marco social propio⁶⁶. Son acciones sociales perpetradas por estos grupos sociales, de los que pueden formar parte colectividades u organizaciones, ante situaciones que se entienden contrarias a sus intereses colectivos⁶⁷.

Para comprender mejor este fenómeno de los conflictos colectivos seguiremos la tesis descrita por el sociólogo Ralf Dahrendorf en su obra *Sociedad y libertad*. Los conflictos tendrán el cometido de continuar el desarrollo de las sociedades⁶⁸, en una realidad utópica en la que no existan conflictos no existiría evolución, la justificación de los conflictos la podemos encontrar en la naturaleza humana, en la incertidumbre que acompaña al ser humano que, como sabemos, no es perfecto⁶⁹. Una vez conocida la finalidad del conflicto podremos definir el concepto como una relación de elementos que se oponen entre sí, pudiendo ser esta

⁶⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁵ Antonio Carlos WOLKMER: *op. cit.*, pp. 86 y ss.

⁶⁶ José SEOANE, Emilio TADDEI, Clara ALGRANATI: *El concepto "movimiento social" a la luz de los debates y la experiencia latinoamericana reciente*, Controversias y concurrencias Latinoamericanas, núm. 3, 2011, p. 173.

⁶⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁸ Ralf DAHRENDORF: *Sociedad y libertad: hacia un análisis sociológico de la actualidad* (trad. José Jiménez Blanco), Madrid, Tecnos, 1971, p. 118.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 122-123.

oposición de múltiples tipos: latente, manifiesta, impuesta, etc.; obtendrá el carácter de social cuando lleve consigo problemas supraindividuales, propios de la estructura social⁷⁰.

Realizará Dahrendorf una clasificación de los conflictos categorizándolos en relación con los grupos que forman parte de ellos y las relaciones conflictivas que pueden vivirse en el seno de estos grupos, pudiéndonos encontrar desde roles (el más bajo de los grupos), hasta relaciones supra sociales (el mayor de los grupos) pasando por sociedades, grupo en el que hará hincapié⁷¹. Planteará una sociedad conflictiva, que asume la efectividad de los conflictos como factor inevitable para el cambio⁷². Dentro de esta sociedad, centrará su estudio en los conflictos de clases, que, de acuerdo, a su anterior clasificación, serán conflictos nacidos en el interior de una sociedad entre una parte dominada y una parte dominante.

4. FUENTES DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO Y LOS NUEVOS SUJETOS SOCIALES

Aparecerán nuevos agentes sociales que impulsarán y liderarán las luchas para conseguir cambios en la normativa de acuerdo con sus intereses, logrando crear un espacio en los que asumirán la tarea de nuevos factores de producción normativa. Las fuentes clásicas de producción del Derecho ven “invadido” su espacio por un nuevo fenómeno legal basado en las acciones de los nuevos sujetos colectivos, que se mueven en el ámbito de la cotidianidad y que cuentan con el apoyo de la comunidad y que reivindican sus mismos intereses.

4.1. NUEVOS MOVIMIENTOS SOCIALES

En primer lugar acotaremos el concepto de nuevos movimientos sociales para dejar claro lo que comprendemos por ellos, puesto que al ser un concepto amplio puede abordarse desde muy distintos ángulos. Antonio Carlos Wolkmer nos expone una definición clara y precisa de la cual podemos extraer: qué son, quiénes los forman, cómo se organizan, qué valores o principios defienden y cuál es su

⁷⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁷¹ *Ibid.*, p. 186.

⁷² *Ibid.*, p. 191.

objetivo. Por tanto, son sujetos históricos transformadores, formados por personas y grupos de diferentes clases sociales participantes de la vida política cotidiana, que no cuentan con una organización marcada, no están excesivamente institucionalizados, sus principios y valores son comunes al grupo que los forma y son contrarios a los intereses de las estructuras oficiales de poder y tienen como objetivo la realización de necesidades humanas fundamentales⁷³.

Conocido ya el concepto de movimiento social del que partiremos, se hará una breve referencia al viejo paradigma, predominante hasta finales de la década de los sesenta, y a cómo se comprendía en ellos a los movimientos sociales. Toda sociedad se configura en base a unos temas centrales, los cuales adquieren el mayor grado de importancia y dejando el éxito y progreso de la sociedad a su desarrollo y evolución; los temas centrales del viejo paradigma se entraron en el crecimiento económico mayormente⁷⁴. Tratándose de sociedades capitalistas la población adquirió hábitos de vida de trabajo y consumo, cimentados en el sector privado, lo que les abstraigo de los conflictos políticos y sociales. Esta conciencia social se tradujo en actores colectivos formados por grupos institucionalizados con intereses particulares y por partidos políticos, los cuáles resolvían los conflictos a través de dos mecanismo: la negociación colectiva y la competencia entre partidos políticos y el gobierno representativo de partido⁷⁵.

Este viejo paradigma es sustituido por un nuevo paradigma en el que se encuentran estos nuevos movimientos sociales de los que hablaba al comienzo. Estos movimientos sociales se mueven en un campo de acción de políticas no institucionalizadas, buscando que sus métodos de actuación se vean reconocidos como legítimos por las instituciones oficiales y que la comunidad les reconozca como actores políticos, además, de que los fines que persiguen deben ser asumibles por la comunidad y tener calado en la sociedad y no solamente en el grupo que los impulsa⁷⁶.

De acuerdo con lo planteado por Claus Offe estos nuevos movimientos sociales cuentan con unos requisitos comunes, serán cuatro: contenido, valores, formas de acción y actores.

⁷³ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁴ Claus OFFE: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales* (trad. Juan Gutiérrez), Madrid, Sistema, 1988, p. 169.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 172-173.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 174 y ss.

En primer lugar, el contenido hará referencia a los objetivos de estos movimientos, a los intereses de los mismos que versarán generalmente acerca de preocupaciones materialistas, culturales y existenciales, acerca de la satisfacción de necesidades humanas fundamentales⁷⁷.

La segunda característica serán los valores o principios defendidos por éstos serán primordialmente los de la identidad y la autonomía, estos valores ya se encontraban adscritos al viejo paradigma pero cobran ahora mayor importancia⁷⁸; se entiende por identidad el reconocimiento de estas comunidades reivindicadoras, mientras que por autonomía se entiende la responsabilidad propia de los colectivos por sus actos⁷⁹.

El tercer requisito serán las formas de acción que adoptan estos movimientos sociales, podemos dividirlos en dos modos diferenciados: el modo interno de acción y el modo externo de acción. Que vendrían a explicar cómo se crean las colectividades y como se organizan internamente (modo interno de acción) y los métodos de acción de estas colectividades frente a las instituciones políticas o frente a otros poderes externos a ellas (modo externo de acción)⁸⁰. Estos modos de acción romperán con las formas de organización y representación establecidas anteriormente, pero adolecen de una falta de organización interna y de jerarquía en la toma de decisiones que les hacen ser objeto de la crítica de las instituciones típicas del viejo paradigma⁸¹.

Por último, los actores sociales de los movimientos se encontrarán enmarcados dentro de la base social en una nueva clase media que, según Offe, estará compuesta por tres segmentos de la estructura social: la propia nueva clase media, parte de la antigua clase media y los grupos periféricos, que estarán formados por la población al margen del mercado de trabajo (estudiantes, amas de casa, jubilados, parados...)⁸².

Centrando el análisis de estos nuevos movimientos en el contexto latinoamericano podemos asociar todo lo explicado hasta ahora en el proceso de sustitución del viejo al nuevo paradigma. Reunirán los movimientos sociales de los

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 177

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Antonio Calor WOLKMER, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁸⁰ Claus OFFE, *op. cit.*, p. 178.

⁸¹ *Ibid.*, p. 179.

⁸² *Ibid.*, p. 181.

países del Sur periférico éstas mismas características comunes, surgirán fuera de los cauces políticos institucionales. Estos conflictos colectivos estarán fundados en una idea comunitaria de fortaleza frente al poder político e institucional, se impondrán a las formas tradicionales de acción y crearán un marco alternativo de prácticas democráticas participativas⁸³.

4.2. CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Antes de centrarme en el panorama político actual de América Latina dedicaré un breve espacio para contextualizar la situación política latinoamericana a finales del siglo XX, más concretamente en la década de los noventa, y su evolución.

La característica principal de la política latinoamericana de los años noventa fue el surgimiento de líderes autoritarios, los cuáles personificaban el poder en su figura; esto supuso, entre otras cosas, una crisis en la forma de hacer política, un deterioro en la relación entre los agentes políticos y los ciudadanos que derivó en el desentendimiento político de parte de la población⁸⁴. A este florecimiento del populismo se le denomina neopopulismo.

Pasada la década de los noventa, con la entrada del nuevo siglo, fueron apareciendo, como ya hemos explicado con anterioridad en este trabajo, movimientos sociales reivindicadores juntamente con las necesidades que surgían en la sociedad. La desvinculación de estos movimientos con los partidos políticos es una de las primeras muestras de la crisis de la representación política que se vive en Latinoamérica, una crisis que afecta a los órganos políticos tradicionales⁸⁵.

Surge una tendencia en los Partidos políticos por la cual éstos tienden al acercamiento al poder, al gobierno, mientras se alejan gradualmente de la sociedad civil a la que representan; los motivos que justifican esta tendencia serán el mantenimiento en el poder⁸⁶. Otra tendencia observable en Latinoamérica será la decreciente identificación de la ciudadanía con los representantes políticos, con sus ideologías y programas electorales; los ciudadanos buscarán con sus actuaciones que

⁸³ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁴ José Antonio RIVAS LEONE, José ARAQUE CALDERÓN: *Aventuras y desventuras del populismo latinoamericano*, Revista de Estudios Políticos, núm. 124, 2004, pp. 229-230.

⁸⁵ Adrián ALBALÁ, Soraria MARCELINO RIVAS: *¿Crisis de los partidos en América Latina? El papel de los partidos políticos latinoamericanos en el escenario reciente*, Revista Política, vol. 52, núm. 1, 2014, p.146.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 150-151.

sus demandas lleguen al poder⁸⁷. Ello supondrá una transformación de los partidos que dejarán de lado su agenda programática, para tomar decisiones estratégicas para reflejar su interés en las demandas de los ciudadanos⁸⁸.

Los cambios dentro del orden político pueden clasificarse atendiendo al grado de intensidad de estos y al origen de los mismo. El origen puede ser interno, dentro del propio sistema o externo, que nace fuera de éste, Se conoce como realineamiento al cambio que se produce dentro de un sistema de tipo democrático cuando los actores del cambio son agentes del propio orden, pero no nos centraremos en este tipo de ruptura. La ruptura que nos interesa será conocida como “reordenamiento”. En estos casos el origen el cambio se encuentra en el exterior del sistema democrático, se produce por la reivindicación de actores externos al orden político, que mostrarán a los agentes tradicionales como al “enemigo” frente a los nuevos agentes que aparecen con un nuevo sistema con el que reemplazar al antiguo⁸⁹.

A estos nuevos agentes que confeccionarán una nueva identidad colectiva caracterizada por su desapego a los cauces y formas de participación tradicionales, por su impulso de formas sustitutivas y nuevas de participación política y por contar con una voluntad comunitaria, en un espacio alternativo, de base participativa y autónoma capaz de responder a las necesidades básicas de la población⁹⁰.

La crisis de representación que sufren los partidos se evidencia en la incapacidad de los órganos tradicionales de representación, los partidos políticos, de atender a los intereses de la sociedad. Esta insuficiencia mostrada por los partidos políticos debe ser aprovechada por los nuevos movimientos sociales, impulsores de la nueva identidad colectiva, para superar el cuadro institucional vigente, para responder a esos intereses de la sociedad a los que no son capaces de responder las instituciones tradicionales y a los que es posible responder en un espacio alternativo y de mayor pluralidad⁹¹.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 166-167.

⁸⁸ Carlos CANTILLANA PEÑA, Gonzalo CONTRERAS AGUIRRE, Mauricio MORALES QUIROGA, Daniela OLIVA, Lucas PERELLÓ: *Malestar con la representación democrática en América Latina*, Política y Gobierno, vol. 24, núm. 2, 2017, p. 251.

⁸⁹ Adrián ALBALÁ, Soraria MARCELINO RIVAS, *op. cit.*, pp. 153-154.

⁹⁰ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 124-125.

4.3. NUEVAS FUENTES DE PRODUCCIÓN JURÍDICAS

En este punto plantearemos la aparición de lo que podemos considerar una nueva fuente del Derecho consecuencia de la muestra de insuficiencia por parte de las fuentes clásicas para atender las nuevas demandas de los movimientos sociales. Esta nueva fuente estará sustentada por la nueva identidad colectiva que accionará prácticas colectivas en pro del reconocimientos y de la creación de derechos de acuerdo con sus intereses.

De acuerdo con los postulados de la Sociología jurídica acerca de las fuentes del Derecho, las fuentes tradicionales establecidas históricamente por los juristas, aceptadas hoy día como tales, serán derivadas de una fuente común, entendida como a originaria del Derecho. Esta fuente es la voluntad del grupo social⁹².

Podemos convenir que el Derecho no emana única y exclusivamente de los órganos e instituciones del Estado, existen derechos supranacionales e infranacionales que no emanan de éstos⁹³; me centraré en los segundos que son los que nos atañen, los sujetos de derechos serán organizaciones comunitarias, asociaciones, etc.

Uno de los problemas que se plantean para que un nuevo Derecho insurgente irrumpa en el panorama actual será la necesidad superar el rígido sistema de fuentes formales establecido, en el que el derecho positivo escrito se encuentra en una posición de supremacía frente al resto de derechos, excluyendo así las prácticas informales propias de una justicia comunitaria autónoma. El modelo actual se presenta ineficaz ante la labor de materialización de la normatividad relativa a las reivindicaciones de la nueva identidad colectiva⁹⁴. Para superar este problema se plantea la teoría que defiende que la juridicidad no encuentra en la legalidad su límite, el Derecho, como fenómeno jurídico, englobaría no solamente el derecho positivo sino también por los derechos subjetivos de las personas y grupos sociales⁹⁵; por lo tanto, se podría dar un uso alternativo del Derecho que encuadrase este derecho

⁹² Henri LEVY – BRHUL: *Sociología del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1971, p. 20.

⁹³ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁴ Antonio Carlos WOLKMER, op. cit., p. 128.

⁹⁵ Antonio de la TORRE RANGEL: *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, San Luis de Potosí, UASLP, 2006, p. 106.

insurgente impulsado por conflictos colectivos protagonizados por los nuevos sujetos sociales⁹⁶.

Son necesarios nuevos procedimientos y formas de actuar para enfrentar las cuestiones y problemáticas que presentan las reivindicaciones procedentes de los movimientos sociales, que exigen soluciones ante necesidades y conflictos enmarcados en la vida cotidiana de la población. La idea de los movimientos sociales como fuentes no estatales pero generadoras de derechos se irá abriendo paso; siguiendo esta línea de pensamiento, las identidades colectivas se erigirán como poder constituyente de derechos que evadirán los cauces convencionales del derecho positivo; este derecho comunitario procedente de los movimientos sociales obtendrá su legitimidad y validez de valores, objetivos e intereses comunitarios, de los múltiples cuerpos intermedios de la sociedad que los secundan y no de las instituciones del Estado⁹⁷.

4.4. “NECESIDADES HUMANAS FUNDAMENTALES” Y “NUEVOS DERECHOS”

Como ya he dicho anteriormente el objetivo de los nuevos movimientos sociales será la realización de necesidades humanas fundamentales. Un primer acercamiento a este concepto de necesidades humanas fundamentales lo realizó Karl Marx en su teoría del valor. De acuerdo con el contexto planteado, la necesidad será innata del individuo, un anhelo del mismo. Las necesidades del individuo precisarán de un objeto para su consecución, ya que solamente podrán alcanzarse aquellas necesidades que sea factible lograr en la sociedad en la que se vive, no se podrá encontrar solución a necesidades que no tienen los “objetos” precisos para cumplir con sus exigencias, la sociedad no es objetivamente capaz de satisfacer esa necesidad⁹⁸.

Podemos encontrar el origen y surgimiento de estas necesidades fundamentales del hombre en la situación de carencia y de insatisfacción que se evidencian en el sistema de la realidad latinoamericana. Las necesidades pueden ser

⁹⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁹⁸ Karl MARX, Friedrich ENGELS: *Die deutsche Ideologie*, Marx-Engels Werke, vol. 3, Berlín, 1962, p. 28. Citado por Agnes HELLER: *Hipótesis para una teoría marxista de los valores* (trad. Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1974, p. 25.

entendidas como un sistema, en el cual se encuadran diferentes categorías de las mismas, referentes a distintos ámbitos tales como la subsistencia, la participación, la identidad... Y son satisfechas a través de bienes o medios a los que se les ha dado el carácter de indispensables, estos medios u objetos guardan estrecha relación con las diversas necesidades, pueden ser la vivienda, la salud, la educación, etc.⁹⁹.

Existen distintos enfoques acerca de las características de las necesidades, Manuel Jacques y Antonio Carlos Wolkmer nos presentan dos puntos de vista diferentes pero relacionados de cómo entenderlas. Por un lado, el autor chileno nos muestra las necesidades como un concepto finito, el matiz se encuentra en que lo cambiante sería la forma de satisfacción que varía con el tiempo¹⁰⁰. Por su parte, Wolkmer plantea el concepto como inagotable en el tiempo y espacio, entiende que sufren las necesidades un proceso de redefinición constante¹⁰¹.

Este contexto de insatisfacciones que han provocado el surgimiento de movimientos sociales reivindicadores no se limita solamente a la exigencia de necesidades sino que también centra su atención en la pretensión de “nuevos” derechos¹⁰², ya sea el reconocimiento de derechos no recogidos en la legislación vigentes como para garantizar la efectividad real de derechos ya proclamados.

Para satisfacer tanto las necesidades humanas fundamentales como para conseguir la proclamación de nuevos derechos, es necesario un papel activo de los sectores sociales, es capital la participación del Estado¹⁰³. Es el encargado de favorecer y articular las condiciones necesarias para que puedan cumplirse las reivindicaciones de los actores colectivos; éstos no buscan minimizar el poder estatal sino una reacción del mismo, que lleve a cabo un rol activo para la consecución de las exigencias¹⁰⁴.

⁹⁹ Manuel JACQUES: *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*, El Otro Derecho, núm. 1, 1988, pp. 23-24.

¹⁰⁰ Ibid., p. 24.

¹⁰¹ Antonio Carlos WOLKMER, op. cit., p. 133.

¹⁰² Ibid., pp. 134-135.

¹⁰³ Manuel JACQUES, op. cit., p. 23.

¹⁰⁴ Antonio Carlos WOLKMER, op. cit., pp. 135-136.

5. PLURALISMO JURÍDICO: PROYECTO DE UN MODELO DE DERECHO ALTERNATIVO

5.1. PLURALISMO JURÍDICO

5.1.1. Concepto

A la hora de acometer la tarea de definir el concepto de pluralismo jurídico, primeramente, haré referencia a la teoría de Eugen Ehrlich, uno de los primeros y máximos exponentes de la escuela pluralista. De acuerdo con el estudio realizado por Ariza Higuera y Bonilla Maldonado sobre el pensamiento de Ehrlich, se puede concluir que éste defendió que el derecho estatal no era el único existente dentro de una sociedad, lo hizo ayudándose de la noción por él denominada “derecho vivo” con la cual designaba a los sistemas jurídicos que surgían de forma espontánea de los ciudadanos durante el desarrollo normal de su vida cotidiana con el fin de regular las situaciones diarias a las que se enfrentan¹⁰⁵.

Partiendo de este concepto primigenio el concepto de pluralismo jurídico ha sufrido una evolución hasta llegar a lo que conocemos hoy día. El pluralismo jurídico actual entiende los diversos ordenamientos como entidades conjuntas, lo que supone la posibilidad de una interrelación entre ellos dentro de un determinado espacio social¹⁰⁶.

Esta intersección de sistemas jurídicos en un determinado espacio social es defendida también por la autora Sally Falk Moore con su concepto de los campos sociales semiautónomos, definidos éstos como esferas sociales en las cuales pueden generarse reglas propias; estos campos sociales semiautónomos podrán interactuar con otros campos diferentes, será esta articulación de diferentes campos sociales una de las características primordiales de las sociedades complejas modernas¹⁰⁷.

Continuará John Griffiths con la idea de Moore, entiendo al pluralismo jurídico como un “*atributo del campo social*”¹⁰⁸. Al enmarcarse el Derecho dentro de un campo social determinado, la sociedad se compondrá de múltiples campos sociales,

¹⁰⁵ Sally Engle MERRY, John GRIFFITHS, Brian Z. TAMANAHA, Libardo ARIZA HIGUERA, Daniel BONILLA MALDONADO: *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre, 2007, p. 35.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁷ Sally Falk MOORE: Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study, *Law & Social Review*, vol. 7, núm. 4, 1973, p. 720.

¹⁰⁸ John GRIFFITHS: *What is legal pluralism?* *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 24, 1986, p. 38.

lo que llevará a Griffiths a la conclusión de que el pluralismo jurídico es uno de los rasgos generales de la organización social¹⁰⁹.

Estas concepciones y otras las recoge Wolkmer en su obra para dar una definición precisa y clara del concepto de pluralismo jurídico y será la que usaré como válida para este trabajo. Para el autor brasileño pluralismo jurídico será “*la multiplicidad de manifestaciones y de prácticas normativas en un mismo espacio sociopolítico, intervenidas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales y que tienen su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales*”¹¹⁰. De ella podemos extraer diferentes conclusiones, como puede ser su referencia a “*un mismo espacio sociopolítico*” lo cual nos retrotrae a los campos sociales semiautónomos en un determinado espacio social planteados por Moore, o la referencia a las “*necesidades existenciales, materiales y culturales*” a las cuales dedicamos un apartado previamente (2.2. Necesidades, derechos y conflictos colectivos).

5.1.2. Naturaleza

El pluralismo jurídico cuenta con una serie de principios que conforman la naturaleza del concepto. Estos principios que recogeré y presentaré a continuación nos los presenta Wolkmer en su obra¹¹¹. Estos principios valorativos que estructuran al pluralismo jurídico serán: la autonomía, la descentralización, la participación, el localismo, la diversidad y la tolerancia.

La autonomía viene referida al propio poder de los movimientos sociales, independiente del poder de los gobiernos. Se plasma frente dentro de los propios grupos y asociaciones y también frente al poder ante el cual se reivindican los intereses y exigencias de éstos mismos colectivos¹¹².

Descentralización, participación y localismo son valores que se entrelazan, puesto que la descentralización se manifiesta en la traslación del poder desde los centros administrativos a los centros de poder locales, que se encargarán con mayor facilidad de los intereses de espacios locales de menos dimensión. Este proceso de descentralización supone la necesidad de un aumento en la participación de los colectivos sociales. Todo ello, este aumento en la descentralización y en la

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Antonio Carlos Wolkmer, op. cit., p. 192.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 145 y ss.

¹¹² *Ibid.*, pp. 145.

participación, en conjunto, nos dirige a un acrecentamiento del localismo, el poder local ganará importancia frente al poder estatal¹¹³.

Por su parte, la diversidad es intrínseca al pluralismo jurídico. Existen en la naturaleza diferentes realidades que se desarrollan en el mundo tal y como lo conocemos, en la idea de pluralismo encontramos un espacio en el que dichas realidades puedan difundirse, desarrollarse, en resumen, puedan proliferar, a través de su relación con el resto de las ideas con las que pueden entrar en conflicto. El valor de la tolerancia se encuentra fuertemente vinculado a la diversidad, puesto que sin ella no podría existir una estructura en la que diferentes ideas sean respetadas, en la que diferentes ideas convivan¹¹⁴.

5.1.3. Especies

La amplitud del concepto de pluralismo jurídico permite a los diferentes autores que a lo largo de la historia han tratado la materia presentar diversas clasificaciones del concepto. A continuación presentaré algunas de estas visiones del pluralismo jurídico.

En primer lugar, haré mención del pluralismo jurídico estatal y del pluralismo jurídico popular. En un contexto de redefinición de las formas tradicionales de hacer política, nos encontramos con el pluralismo jurídico estatal, que supondrá el proceso de adopción de nuevos derechos sociales, económicos y culturales por parte del Estado, nuevas formas de participación y de gestión; el Estado accede a acoger en su estructura formas comunitarias informales que defienden los intereses de la sociedad civil¹¹⁵. Por su parte, el pluralismo jurídico popular representará aquel modelo de sociedad en el que el derecho propio de las comunidades es reconocido por el derecho estatal; se trata de una lucha por parte de las comunidades por el reconocimientos del mismo, puede suceder que no se consiga el reconocimiento total del derecho comunitario pero sí que sea el comienzo para una futura reestructuración, tanto de las fuentes del derecho, como del sistema representativo, etc.¹¹⁶.

113 Ibid., pp. 145-146.

114 Ibid., pp. 146-147.

115 Eduardo RODRÍGUEZ: *Pluralismo jurídico ¿El derecho del capitalismo actual?*, Nueva Sociedad, núm. 112, 1991, p. 99.

116 *Ibid.*, p. 100.

Otra de las posibles clasificaciones del pluralismo jurídico es la propuesta por el autor holandés André Hoekema, que partiendo de una definición en sentido social del derecho diferencia el pluralismo jurídico social del formal. Comprende el derecho como aquellas normas establecidas por el poder ejecutivo, que rigen la vida de una determinada comunidad¹¹⁷. La diferencia entre el pluralismo jurídico social y formal se encontrará en el reconocimiento por parte del derecho oficial de otros sistemas normativos, en el pluralismo jurídico social no se reconocerá la coexistencia de otros sistemas de derecho mientras que en el pluralismo jurídico formal sí¹¹⁸. Ahondando más en el pluralismo jurídico formal este se subdivide a su vez en dos tipos: unitario e igualitario. El modelo de pluralismo jurídico formal unitario se fundamenta en el reconocimiento de sistemas de derechos alternativos por el derecho oficial pero con la salvedad de que el derecho estatal se guarda la facultad de fijar los límites de estos nuevos sistemas de derecho, su legitimación y su ámbito de aplicación¹¹⁹. En cambio, el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario se alejará de estas políticas de compensación propias del tipo unitario. Se reconocerán los nuevos sistemas de derechos sin limitaciones, será de aplicación el sistema normativo alternativo en aquellos ámbitos donde se establezca que tiene una posición preferente al sistema de derecho oficial¹²⁰.

Por último, mencionaré el concepto de pluralismo normativo, planteado por Óscar Correas. Este pluralismo normativo parte de la premisa del pluralismo jurídico como coexistencia de diversos sistemas jurídicos y de la premisa de que el Estado es únicamente quien ostenta el poder. La concurrencia de estas dos premisas da como resultado la aparición de un problema: el pluralismo. El problema que plantea el pluralismo será el fin de la visión del Estado como ente único predominante. El progresivo aumento de la importancia y de la presencia de sistemas normativos coexistentes supondrá la decadencia del monopolio jurídico del Estado para dar cabida al pluralismo normativo¹²¹.

¹¹⁷ André J. HOEKEMA *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, El otro derecho, núm. 26-27, 2002, p. 69.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 70.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 70-71.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹²¹ Óscar CORREAS: *El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo*, Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, vol. 41, núm. 168, pp. 93 y ss.

5.1.4. Crítica

En este punto recogeré diferentes visiones de distintos autores sobre el pluralismo jurídico, acerca de las limitaciones de la teoría y las objeciones que estos autores encuentran al mismo.

Uno de los autores que ha planteado una crítica al modelo del pluralismo jurídico será Carlos María Cárcova, que entiende el Derecho como un universo de acciones diferenciadas, lo que supone un impedimento a la concepción fragmentada de ordenamientos que plantea el pluralismo jurídico.. En este contexto que nos presenta el autor argentino se comprende con mayor facilidad la multiplicidad de intereses y de conflictos que trae consigo el pluralismo¹²².

Otra crítica que nos encontramos será la realizada por Norberto Bobbio. El autor italiano nos presenta una definición sociológica del Derecho, en el que éste sería una producción de la sociedad. De acuerdo con ello, el problema de las fuentes del derecho, vinculado con el pluralismo, pierde importancia, al ser la sociedad la fuente del mismo. Por otro lado, entiende Bobbio que con el aumento de las funciones del Estado, transformado en Estado social, el pluralismo jurídico ha perdido calado, puesto que al ser el derecho un fenómeno social, quedaría encuadrado dentro de las funciones de este Estado social¹²³.

5.2. PLURALISMO JURÍDICO EN HISPANOAMÉRICA

5.2.1. Discusión derecho indígena – derecho consuetudinario y el Derecho consuetudinario indígena

A la hora de hablar del pluralismo jurídico en Hispanoamérica debemos pararnos en la problemática que supone definir y concretar el derecho indígena, puesto que nos encontramos con una gran variedad de concepciones y definiciones del mismo. Es un problema que ha sido abordado desde diferentes posturas y desde diferentes ramas científicas como lo son la Antropología y la Ciencia jurídicas.

El término derecho indígena ha sido asociado por diversos autores con el derecho consuetudinario, éste ha sido asociado, e incluso usado de indistinta manera,

¹²² Carlos María CÁRCOVA: *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 117-118.

¹²³ Norberto BOBBIO: *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 264-265.

por términos como usos y costumbres y costumbre jurídica¹²⁴. En primer lugar, debemos alejarnos de la idea de que derecho indígena y derecho consuetudinario son el mismo concepto. Para ello nos valdremos de la definición que nos ofrece Rodolfo Stavenhagen de derecho consuetudinario: “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado”¹²⁵. De esta definición podemos extraer que las normas derivadas del derecho consuetudinario tendrán un carácter legal o jurídico, y, por otro lado, serán de tipo tradicional o costumbrista, puesto que no se encuentran escritas ni codificadas¹²⁶. Esta cercanía entre ambos términos supone un problema para el derecho indígena que tiene como aspiración ser reconocido como sistema jurídico. La problemática reside en que, de acuerdo con la concepción monista del derecho, solo será derecho el derecho escrito¹²⁷. Óscar Correas expresará en relación con este problema y valiéndose del pensamiento de André Hoekema que este concepto de derecho consuetudinario y de costumbre se ha creado sobre las bases del derecho dominante actual, de un derecho positivista, lo cual supone una minusvaloración de la costumbre jurídica y en la necesidad del beneplácito por parte del Estado para que este derecho logre su validez y eficacia¹²⁸.

Siguiendo con la teoría de Stavenhagen el derecho consuetudinario se crea en Latinoamérica a raíz del colonialismo, surgiendo una relación de subordinación entre el derecho colonial y el derecho propio de los pueblos indígenas¹²⁹. Este derecho típico de los pueblos indígenas irá evolucionando y adaptándose a la realidad del momento a lo largo de la historia, es por ello por lo que podemos aseverar que el derecho indígena cuenta con elementos propios de los tiempos coloniales, neocoloniales y de la época contemporánea¹³⁰. Otros de los caracteres con los que contará el derecho indígena, también llamado por Cabedo Mallol derecho consuetudinario indígena caracterizándolo y circunscribiéndolo al caso que nos

¹²⁴ Óscar CORREAS: *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007, p. 88.

¹²⁵ Rodolfo STAVENHAGEN: *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, 2006, p. 16.

¹²⁶ Vicente CABEDO MALLOL: *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Icaria, Barcelona, 2012, p. 54.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁸ Óscar CORREAS, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹²⁹ Rodolfo STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

ocupa, serán su multiplicidad, puesto que no existe un único derecho indígena, su dinamismo, su complejidad y sus valores de reciprocidad y solidaridad¹³¹.

Se observa que la negativa por parte de los Estados al reconocimiento del derecho indígena como sistema jurídico se asienta más en razones políticas que en razones científico-jurídicas¹³². Ante esta negativa por parte del derecho estatista se han cuestionado dos posibles soluciones para superar estas razones políticas que niegan el carácter jurídico al derecho indígena. Por un lado, la reformulación de la teoría general del derecho en conjunto con las aportaciones de las costumbres jurídicas de los pueblos indígenas y, por otro lado, la creación de una teoría del derecho indígena propia¹³³.

De acuerdo con todo lo planteado con anterioridad se extrae la necesidad del reconocimiento por parte de los Estados del derecho indígena como sistema jurídico, lo que supondrá la aceptación de un grado de pluralismo jurídico en la sociedad¹³⁴. Este reconocimiento ya fue admitido por la Naciones Unidas en su Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007, en ella se encuentra recogido el artículo 34 establece que “*los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos*”.

Por último, es importante añadir que la preservación y el estudio de este derecho consuetudinario indígena será una tarea de vital importancia, además, no es una tarea fácil ya que, como hemos indicado anteriormente, cuenta con un carácter dinámico, evoluciona y se adapta según el contexto y la realidad que le toca vivir, por ello su codificación no es una opción válida, se apuesta más por su recopilación a medida que va evolucionando¹³⁵.

¹³¹ Vicente CABEDO MALLOL, *op. cit.*, p. 58.

¹³² *Ibid.*, p. 74.

¹³³ Óscar CORREAS, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁴ Raquel YRIGOYEN FAJARDO: *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, El Otro Derecho, núm. 30, 2004, p. 172.

¹³⁵ Vicente CABEDO MALLOL, *op. cit.*, p. 88.

5.2.2. Pluralidad legal como justicia comunitaria

Comenzaré este punto centrándome en el concepto de justicia comunitaria para después exponer una muestra de la situación de la administración de justicia y sus conexiones con la justicia comunitaria en los países de América Latina.

Podemos definir justicia comunitaria como una institución propia del derecho consuetudinario, que regulará acciones individuales enmarcadas en un espacio social específico, la comunidad, sin la intervención del Estado¹³⁶. El profesor Ardila Amaya nos ofrece otra visión con del concepto con su definición enmarcando la justicia comunitaria “*dentro de las dinámicas de administración de justicia que proceden y deciden con referentes principios propios de un entorno cultural específico*”¹³⁷. De estas dos definiciones extraemos aspectos comunes como son: la existencia de reglas propias de la comunidad, su enmarcación en un ámbito social específico y la no intervención del Estado.

Una vez definido el concepto me entretendré en explicar las diferentes tipologías, algunos de los factores que la definen, sus objetivos y las ventajas y desventajas que podría suponer en las sociedades la implantación de esta justicia comunitaria.

De acuerdo con el trabajo de Ardila Amaya, podemos encuadrar la justicia comunitaria en tres grandes modalidades¹³⁸:

- I. Justicia comunitaria como reforma del Estado: se trata de una reorganización de la administración de justicia por la cual las figuras de justicia comunitaria componen parte del sistema de justicia estatal.
- II. Justicia comunitaria propia de la comunidad: se originan dentro de la propia comunidad sin llegar a alcanzar el reconocimiento o la validación por parte del Estado; propia de comunidades tradicionales.
- III. Justicia comunitaria reconocida por el Estado: reconocimiento expreso de ciertas dinámicas de justicia comunitaria, el sistema jurídico estatal las reconoce por expresa prescripción legal.

¹³⁶ Jorge MACHICADO: *Justicia comunitaria*, Asuntos jurídicos, <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>, 2010, p.1.

¹³⁷ Edgar ARDILA AMAYA: *Justicia comunitaria y sociedad nacional*, Cuarto Intermedio, núm. 93, 2010, p. 81.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 83-84.

La justicia comunitaria cuenta con una serie de caracteres que la definen¹³⁹. Es una justicia en la que las reglas son establecidas por los propios miembros de la comunidad que van a someterse a ellas; basada en el consenso, en la decisión consensuada del colectivo; es informal y no profesional, las autoridades judiciales son iguales a las partes del conflicto; tiene carácter colectivo en tanto que no se considera el conflicto de forma individual sino en relación con el contexto social de la comunidad; y, por último, no estatal, las autoridades jurídicas del Estado no deben intervenir en los conflictos.

Con esta justicia propia de la comunidad lo que se busca en último término es la rehabilitación y la reintegración del individuo culpable a la propia comunidad, de lo que se trata es de reconstruir la paz social, esto se logra a través de la reconciliación de las partes, el arrepentimiento y la rehabilitación del autor del daño y, finalmente, la reparación del mismo¹⁴⁰.

Como es comprensible la justicia comunitaria supondrá una serie de ventajas para la sociedad, a la par que una serie de desventajas. Como ventajas encontramos la mayor rapidez del proceso, el menor coste del mismo, la mayor accesibilidad a éste, su publicidad, alto grado de eficacia debido al control social que realizan los miembros a las autoridades escogidas de forma democrática por la base social de la comunidad y, por último, por su carácter didáctico, nos referimos a que la obligación de participar en los procesos supone un aprendizaje del proceso judicial en los más jóvenes¹⁴¹. Por otro lado, las desventajas que trae consigo la justicia comunitaria serán la posible vulneración de los derechos humanos y derechos fundamentales individuales por la falta de garantías de la misma, y las desigualdades que pueden venir aparejadas a la decisión tomada en los conflictos en el que una de las partes sea un miembro de la comunidad de alto prestigio y gran popularidad, la decisión de los mediadores podría verse influenciada por esta situación¹⁴².

Una vez definido el concepto de justicia comunitaria, para la defensa de su aplicación en las sociedades modernas, para su reconocimiento como sistema jurídico válido existen diferentes planteamientos. Uno de ellos, es el de Max Ernst Mayer, que

¹³⁹ Jorge MACHICADO, *op. cit.*, P. 2.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Alexandra TOMASELLI, Silvia ORDÓÑEZ, Claire WRIGHT: *Justicia y formas de participación indígena*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, vol. 74, 2014, p. 29.

¹⁴² Jorge MACHICADO, *op. cit.*, p. 2.

esboza la necesidad de un correlato cultural para las normas jurídicas, esto sustentaría la legitimidad de la administración de justicia en la existencia de una serie de normas culturales conectadas con las normas de las que estaría compuesto el ordenamiento jurídico estatal¹⁴³. Otra de las defensas que se han llevado a cabo para la legitimidad de este cuerpo normativo propio de las comunidades será el hecho de que las poblaciones indígenas son pueblos, ello supone para B. Clavero la identificación de estas poblaciones como sujetos colectivos con derecho a su libre determinación, social, política, económica y cultural¹⁴⁴.

Me centraré ahora en la situación actual de crisis que está viviendo la administración de justicia. Esta crisis es debida a la incapacidad material de la administración de justicia para abarcar toda la conflictividad que se ocasiona en la sociedad. Este fenómeno de crisis también se expande al terreno de la judicatura puesto que nos encontramos ante una insuficiencia estructural. Por último, pero no por ello menos importante, se origina también una crisis en el sistema jurídico estatal ya que en las normas estatales, en ciertas ocasiones, no consiguen resolver todos los conflictos que se les plantean¹⁴⁵. Esta crisis ha supuesto un cambio de estrategia por parte del Estado para con la conflictividad. Ha motivado la incorporación de movimientos ajenos a la influencia del Estado, la multiplicidad de mecanismos jurídicos que tendrán el objetivo la construcción de tejido social, todo ello en un espacio concedido por el Estado en el que poder desarrollarse¹⁴⁶.

Ante esta situación de crisis debe darse un proceso de cambio en la regulación a nivel estatal de la administración de justicia. La potenciación de una serie de elementos, que ahora presentaré, supondrá una mejora a la hora de resolver el complejo problema que es la conflictividad. Para que la administración de justicia sea efectiva se necesita de un espacio favorable en el que convivir de forma pacífica es por ello por lo que se debe hacer uso de los mecanismos jurídicos como instrumentos para alcanzar esta paz social, para construir tejido social afectado por los conflictos¹⁴⁷.

¹⁴³ Max Ernst MAYER: *Normas jurídicas y normas de la cultura* (trad. J.L. Guzmán Dálbora), Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 62. Citado por Edgar ARDILA AMAYA, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁴⁴ Bartolomé CLAVERO: *La consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional y en el estado plurinacional)*, La línea de fuego, <https://lalineadefuego.info/2012/05/31/bolivia-la-consulta-en-serio-por-bartolome-clavero/>, 2012. Citado por Alexandra TOMASELLI, Silvia ORDÓÑEZ, Claire WRIGHT, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁵ Edgar ARDILA AMAYA: *Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria*, El Otro Derecho, núm. 30, 2004, p. 80.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 77.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 85.

Como ya he recogido con anterioridad existe una insuficiencia por parte de los mecanismos de justicia estatales para abarcar toda la conflictividad, por ello se daba lugar a una expansión de los mecanismos jurídicos, el objetivo será dar un tratamiento integral de los conflictos y una descongestión del aparato de justicia¹⁴⁸. Otro problema que se plantaba y que puede verse solucionado será el acceso a la administración de justicia, la puesta en práctica de la justicia comunitaria permitirá un mejor acceso a la administración de justicia, superando los aspectos geográficos, económicos y culturales que no posibilitaban a todo el conjunto de la sociedad ser partícipes de los mecanismos jurídicos estatales¹⁴⁹. Por último, se debe potenciar la creación de sentimientos de identidad y pertenencia a la comunidad, ya que la justicia comunitaria es una herramienta de construcción de la misma, la construcción, consolidación y aceptación de un sistema normativo propio y común por parte de los miembros de la comunidad será el hecho que constituya la producción y reproducción de estos sentimientos de identidad y pertenencia a los que nos hemos referido¹⁵⁰.

A modo de conclusión quiero recoger las ideas principales que pueden extraerse de esta muestra que he presentado de la realidad de la administración de justicia en el contexto latinoamericano. Es totalmente indispensable la existencia de la comunidad para poder implementar en la sociedad la justicia comunitaria, por otro lado, la existencia del Estado también es imprescindible ya que no es posible aislar a la comunidad del entorno que la rodea, por lo cual se necesita de un Estado que permita el desarrollo de la comunidad y que en ésta opere la justicia comunitaria¹⁵¹. Para que estos sistemas normativos propios de los pueblos indígenas puedan consolidarse debe exigirse a los poderes estatales la protección de las comunidades, tanto a nivel territorial como jurisdiccional, debe crearse un ambiente en el que la justicia comunitaria pueda desarrollarse plenamente, permitir procesos de innovación y adaptación al medio cambiante en el que vive¹⁵².

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 86-87.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 88.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 89-90.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁵² Alexandra TOMASELLI, Silvia ORDÓÑEZ, Claire WRIGHT, *op. cit.*, p. 30.

5.2.3. Constitucionalismo andino y constitucionalismo en Hispanoamérica

Para tratar el constitucionalismo en los países latinoamericanos en primer lugar haré una contextualización del proceso constitucional que éstos han vivido, para, a continuación, dedicarme al planteamiento del llamado nuevo constitucionalismo y al estudio de las actuales cartas magnas de los diferentes Estados que conforman Hispanoamérica.

Por constitución entendemos aquel documento jurídico matriz capaz de engendrar procesos políticos, su consolidación viene precedida de conquistas sociales en un determinado momento histórico, es por ello por lo que se legitima en las diferentes concepciones convivientes procedentes de estas luchas sociales¹⁵³. Respecto al tema que tratamos, el pluralismo jurídico, nos fijaremos en aquellas constituciones que congreguen y reflejen las características del mismo, aquellos textos constitucionales que expresen las tradiciones, costumbres y prácticas propias de los diferentes pueblos y de las diferentes culturas que compongan el Estado, las distintas sociedades que forman el país.

El constitucionalismo en Latinoamérica ha sufrido una evolución que expondré de forma más precisa a continuación. Puede dividirse en tres periodos diferenciados que abarcan desde principios del siglo XIX hasta los finales del siglo XX enlazando con los primeros años del siglo en el que vivimos. En primer lugar, se produjo un constitucionalismo colonizador, posteriormente evolucionó a un constitucionalismo social para finalmente dirigirse hacia un constitucionalismo garantista, también llamado neoconstitucionalismo democrático¹⁵⁴.

a) Antecedentes constitucionales

La independencia de las colonias latinoamericanas fue el punto de salida de las constituciones latinoamericanas. Pese al proceso de independencia, que supuso una reestructuración del orden social, económico y político de las mismas, esto no conllevó una ruptura con los países anteriormente dominantes¹⁵⁵. El constitucionalismo colonizador se caracterizó por la imposición del

¹⁵³ Lucas MACHADO FAGUNDES, Antonio Carlos WOLKMER: *Tendencias contemporáneas del constitucionalismo latinoamericano: Estado plurinacional y pluralismo jurídico*, Fortaleza, vol. 16, núm. 2, 2011, p. 373.

¹⁵⁴ Samuel Mânica RADAELLI, Antonio Carlos WOLKMER: *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización*, Derechos y Libertades, núm. 37, 2017, pp. 33-34.

¹⁵⁵ Lucas MACHADO FAGUNDES, Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 375.

pensamiento positivista, y por la más que evidente influencia de las ideas y tradiciones europeas. Constituyó este constitucionalismo en la consolidación de las élites sociales de la población, las élites criollas, que se reflejó en la represión de las minorías y de los movimientos populares¹⁵⁶.

A lo largo de la mitad del siglo XX, fue impulsado un nuevo tipo de constitucionalismo de corte social. Se cimentó en las revoluciones mexicanas del año 1910, y trató de ofrecer reconocimiento y concesiones a los menos favorecidos que habían sido reprimidos por las élites sociales, pero no se pudo alcanzar el objetivo que se proponía, el establecimiento de un Estado de bienestar social¹⁵⁷. Podemos convenir en que se dieron los primeros pasos para la evolución hacia un constitucionalismo democrático que respetase a todos los miembros de la sociedad.

b) Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Este nuevo constitucionalismo tuvo como principal objetivo la ruptura con el pensamiento tradicional liberal individualista que se había implantado en Hispanoamérica por influencia europea. Se desarrolló a partir de la última década del siglo XIX, con la proclamación de las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991) y, algo más tardía, la de Venezuela (1999), consolidándose con los textos constitutivos de Ecuador y Bolivia, en 2008 y 2009 respectivamente. Se buscó la refundación de las instituciones políticas y jurídicas, dar prioridad a la diversidad cultural, en particular a las comunidades que tradicionalmente había sido negadas por las élites, y, en relación con el modelo legal, la afirmación de los textos propios de las poblaciones minoritarias y el acceso de todos los miembros de la sociedad al sistema de justicia, puesto que anteriormente muchos quedaban fuera en la práctica pese a estar recogido el derecho en los textos constitucionales¹⁵⁸. Estos textos constitutivos tendrá una serie de particularidades comunes: todas supondrán una innovación a todo

¹⁵⁶ Samuel Mânica RADAELLI, Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 35 y ss.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵⁸ Lucas MACHADO FAGUNDES, Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 378-379..

lo anteriormente conocido ya que propugnan un nuevo pensamiento descolonizador basado en las necesidades de los sujetos oprimidos, éstos son los instigadores del cambio a través de las reivindicaciones y luchas sociales; serán constituciones extensas, de amplio contenido; tendrá un alto grado de complejidad debido a la compleja tarea de articular distintas institucionales jurídicas, pertenecientes a las diversas comunidades reconocidas en el texto; y, por último, será documentos rígidos, el fundamento de esta rigidez será impedir la futura modificación por parte de futuros políticos que alcancen el poder y tengan una corriente de pensamiento más conservadora¹⁵⁹.

Este nuevo constitucionalismo latinoamericano supone una serie de rupturas y cambios en el modelo constitucional implantado hasta el momento. A continuación, señalaré las más importantes, podremos hacernos gracias a ellas una idea del carácter de este nuevo constitucionalismo. Se abandonará el concepto de Estado-nación para dar cabida a un Estado pluricultural; se reconocerá la autonomía de los pueblos indígenas y se les reconocerá como sujetos políticos de derecho; otro de los cambios, quizás uno de los más importantes, será el abandono del modelo democrático excluyente en el cual los protagonistas eran las élites para dar paso a un modelo democrático basado en la diversidad donde los protagonistas serán los movimientos populares, los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales, entre otros; en el ámbito jurídico se produce otra ruptura significativa, se deja atrás el monismo jurídico para adoptar un pluralismo jurídico comunitario y participativo, que reconocerá constitucionalmente el derecho de los pueblos indígenas¹⁶⁰.

Recogiendo la última de las rupturas expuestas en el párrafo anterior, haré hincapié en la presencia del pluralismo político y jurídico en las cartas magnas proclamadas en el llamada nuevo constitucionalismo latinoamericano. El pluralismo sirve como instrumento para la transformación social que se busca a través de las luchas sociales, puesto que muestra de una manera más fiel la realidad

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 386-387.

¹⁶⁰ Raquel YRIGOYEN FAJARDO: *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, Red latinoamericana de antropología jurídica, 2006, pp. 104 y ss.

actual e histórica latinoamericana, permitiendo dejar atrás concepciones exclusivistas que negaban a determinadas comunidades y pueblos indígenas. Se origina del conflicto latente entre los ordenamientos jurídicos indígenas con el ordenamiento jurídico nacional, la resistencia de estos derechos originarios y de los miembros de dichas comunidades han propiciado su reconocimiento por parte del derecho estatal, estableciendo así un sistema pluralista en relación con lo jurídico. Lo que busca el pluralismo es, también, centrar el foco en las necesidades de aquellas poblaciones que no han sido escuchadas históricamente, dejando de lado a las clases sociales privilegiadas que hasta este momento han impuesto políticas de acuerdo con sus intereses¹⁶¹.

Una vez explicado el desarrollo del constitucionalismo en Latinoamérica y las características propias del nuevo constitucionalismo que se vive en los diferentes países hispanoamericanos, me centraré en hacer un estudio de los contenidos de las diferentes constituciones proclamadas en los países sudamericanos correspondientes a este movimiento constitucionalista basado en el pluriculturalismo y en el pluralismo político y jurídico.

Los países influenciados por esta nueva teoría constitucionalista se adhirieron al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado en 1989 pero no entró en vigor hasta el año 1991. Los textos constitucionales, unos más y otros menos, dependiendo de los reconocimientos y aceptación a los que se llegase en relación con los principios del nuevo constitucionalismo latinoamericano, siguieron las líneas plasmadas por este acuerdo. A destacar su artículo 35, dentro de sus Disposiciones Generales que establece *“La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”*¹⁶². Este artículo instaura el criterio interpretativo por el cual se aplicará la norma más favorable para los pueblos indígenas. Este Convenio contendrá las

¹⁶¹ Samuel Mânica RADAELLI, Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶² Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, núm. 169, 1989.

normas y principios primordiales para adoptar el constitucionalismo multicultural, en general, las normas más importantes que recogen serán las relativas a:

- I. Reconocimiento del pluralismo jurídico: en su artículo 8.2 se reconoce a los pueblos indígenas el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, y, en el artículo 9.1, se les reconoce el respeto a sus mecanismos tradicionales de justicia.
- II. Sujetos titulares de derecho: conforme con el Convenio serán los pueblos indígenas considerados sujetos titulares de derecho, en su artículo 3.1 se recoge su derecho a gozar plenamente de derechos y libertades fundamentales.
- III. Autoridades indígenas: de acuerdo con ellas, en todo el Convenio se reconoce el respeto a los instituciones propias de las poblaciones indígenas, no hace referencia específica a otro tipo de autoridades específicas, únicamente se referirá a las instituciones propias, aunque podemos extraer que se remite tanto a unas como a otras, a autoridades específicas como a la organización de las instituciones¹⁶³.
- IV. Competencias: dentro de las competencias que podemos encontrarnos, territoriales, materiales y personales, el Convenio sólo recogerá de forma clara la competencia territorial en sus artículos del 13 al 15. Se concede el derecho a los pueblos indígenas a la gestión y propiedad de las tierras que ocupan y se les concederá competencia sobre los hechos que en ellos acaezcan. En relación a la competencia material y personal no se contempla ninguna referencia directa a ellas en el texto, podemos convenir que en relación con la competencia material serán los propias sistemas jurídicos los que definan los hechos los cuales se consideran relevantes para la intervención de las autoridades indígenas, mientras que, en cuanto a la competencia personal no se encuentran fundamentos que sustenten que no deba juzgarse mediante el sistema jurídico indígena a aquellos no-indígenas que hayan cometido un acto delictivo en los territorios pertenecientes a éstos¹⁶⁴.

¹⁶³ ¹⁶³ Raquel YRIGOYEN FAJARDO, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 112 y ss.

- V. Límites del constitucionalismo: en el mismo artículo 8.2 en el cual se reconocía el pluralismo jurídico, se establecerá el límite de este reconocimiento en la incompatibilidad con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Me centrare ahora en los diferentes textos constitucionales elaborados en Latinoamérica, más concretamente en los de los países andinos pero también mencionando países como Brasil (1988) y México (reforma constitucional 2001). Mostrando las diferentes visiones plasmadas por los Estados, centrando mi atención en aquellas cartas magnas que expresen en mayor medida el pensamiento pluralista, tanto político como jurídico, éstas serán las modernas constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

En primer lugar, es importante destacar las diversas formas en que los textos constitucionales tratan la idea de pluralismo jurídico. Son tres las formas y podremos enmarcar a las constituciones de los diferentes países en cada una de éstas. La primera de las formas será la negación del mismo; la segunda, el reconocimiento difuso de éste, se reconoce la existencia de un sistema jurídico indígena pero su ámbito de aplicación quedará muy restringido por la jurisdicción nacional; en tercer lugar, el reconocimiento institucional, el respeto por la jurisdicción indígena es pleno e incluso se desarrollarán una serie de normas de coordinación con la justicia ordinaria estatal¹⁶⁵.

Los países representantes de la deriva negacionista del pluralismo jurídico en sus textos constitucionales serán Brasil (1988), Argentina (1853) y Guatemala (1985). En la constitución de los tres países se recoge el reconocimiento de los diversos grupos étnicos y pueblos indígenas que los habitan, el respeto y la obligación de promover sus costumbres, sus lenguas, sus formas de organización social, el derecho a la propiedad de sus tierras, etc. Pero en la constitución argentina como en la guatemalteca no existe referencia alguna a la justicia indígena, mientras que en la brasileña, en el capítulo VIII de los indios, se establece en el artículo 232 la capacidad de los pueblos indígenas de ser parte legítima en los juicios en defensa de sus derechos con la intervención necesaria del Ministerio Público.

¹⁶⁵ Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ: *Pluralismo jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *Direito e Práxis*, vol. 08, núm. 4, 2017, p. 3052.

El reconocimiento difuso del pluralismo jurídico es muy visible en las constituciones de Venezuela (1999) y de México (1917, pero reformada en 2001). En el texto constitucional venezolano se reconocen derechos a los pueblos indígenas, se reconoce la pluralidad lingüística y se establece la justicia indígena en su artículo 260. Pero esta justicia indígena se ve delimitada a la competencia territorial y personal, sólo podrá ejercitarse para los hechos que hayan sucedido en sus territorios y en los que los protagonistas sean indígenas. Por su parte, la constitución del país centroamericano, pese a no pertenecer a los países andinos, también contiene los ideales del pluralismo y del respeto por la diversidad étnica y cultural, proveniente de la revolución mexicana y de un proceso de luchas y reivindicaciones producido durante el siglo XX¹⁶⁶. También se encontrarán en su contenido el respeto y reconocimiento de los pueblos indígenas pero en relación con el pluralismo jurídico se ve recortado este reconocimiento, puesto que, de acuerdo con su artículo 2, el derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas dependerá de las constituciones y leyes de las entidades federativas, si no son reconocidas por las entidades federativas como entidades de derecho público no serán sujetos de derecho público y no se les reconocerá personalidad jurídica¹⁶⁷.

Entre los países que han reconocido institucionalmente el pluralismo jurídico, sin restricciones que hagan difusa su ejercicio, hallamos a Nicaragua, Colombia, Ecuador y Bolivia, centraremos nuestra atención en estos dos últimos puesto que representan las constituciones modernas de nuevo tipo, representan un constitucionalismo transformador. La constitución nicaragüense de 1987 hace referencia específica al establecimiento de derechos de las comunidades de la Costa Atlántica en su Capítulo VII, a las cuales reconoce su jurisdicción propia y su capacidad de autodeterminación, en los artículos 160 y 180-181 respectivamente. La constitución colombiana por su parte se identifica como república pluralista y reconoce el derecho a ejercer su jurisdicción propia a los pueblos indígenas en su artículo 246 y regulará la capacidad de autogobierno de los mismos en el artículo 330.

Respecto de Ecuador y Bolivia es importante mencionar que ambos países superaron sendos proyectos constituyentes para alcanzar la proclamación de sus actuales textos constitucionales, en el caso de Bolivia fue más complicado por la

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 3053 y ss.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 3060.

mayor conflictividad social y por el racismo vivido durante el mismo. Ambos procesos constituyentes mostraron la dificultad de llevar a cabo un cambio en el marco democrático, un cambio dirigido a realizar una transformación política profunda con el objetivo de dejar atrás el modelo capitalista, liberal-individualista que regía hasta ese momento¹⁶⁸. Sendas cartas magnas reconocen el carácter plurinacional e intercultural de su Estado, establecen la pluralidad lingüística, reconocen el derecho a los pueblos indígenas al autogobierno, a tener sus propias instituciones, a organizarse de acuerdo a sus ideales sociales, económicos, políticos y culturales, y establecen la justicia indígena con sus características: basada en sus tradiciones y derecho propio, ejercida por sus autoridades propias, aplicando normas, procedimientos y valores propios, no pudiendo ser contraria a las normas constitucionales, ni a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Además, se reconoce valor de cosa juzgada a las decisiones tomadas por la justicia indígena, y, se marca el objetivo de aprobar una ley de coordinación y cooperación entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico nacional.

6. PLURALISMO JURÍDICO: PLURALIDAD ALTERNATIVA

El pluralismo jurídico trae aparejado consigo, como ya he expuesto con anterioridad, nueva racionalidad. Esta racionalidad se debe al agotamiento del actual sistema y se articula a través de un uso alternativo del derecho. Este uso alternativo tratará de accionar un cambio en la realidad que se vive en los países latinoamericanos. Un cambio que traiga consigo una nueva racionalidad emancipadora, otorgar el papel protagónico de las relaciones sociales a los sujetos reales de éstas, a los individuos y el impulso de nuevas prácticas colectivas¹⁶⁹, institucionalizadas o no institucionalizadas, los movimientos sociales tendrán gran importancia.

De la Torre Rangel nos ofrece una definición precisa del uso alternativo del Derecho, la cual seguiré a la hora de hacer referencia al concepto: “*constituye las diversas acciones encaminadas a que toda juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y*

¹⁶⁸ Boaventura DE SOUSA SANTOS: *Refundación del Estado en América Latina*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 79.

¹⁶⁹ Pietro BARCELLONA, Giuseppe COTTURI, Carlos Antonio AGURTO GONZÁLES, Sonia Lidia QUEQUEJANA MAMANI, Benigno CHOQUE CUENCA: *El Estado y los juristas*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 178

concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.¹⁷⁰ Siguiendo el pensamiento de este autor, se debe partir de la comprensión del uso de la juridicidad en su conjunto de forma alternativa para dar cabida a prácticas jurídicas alternativas¹⁷¹. Éstas serán destinadas a la parte más desfavorecida de la población, a la que define como pobres, en referencia a todos aquellos individuos que serán sujetos usuarios de esta nueva alteridad jurídica¹⁷².

No debe entenderse este uso alternativo del derecho como una negación del derecho vigente, sino como una concepción emancipadora e innovadora del derecho, como un accionar diverso del sistema jurídico aprovechándose de las ambigüedades, contradicciones y lagunas de la ley para alcanzar las conquistas sociales demandadas por los movimientos sociales¹⁷³. Se niega el carácter de neutralidad que se ha dado al Derecho, puesto que en la práctica esta neutralidad no es real, los instrumentos normativos acaban viéndose desequilibrados en favor de aquellos sujetos que ostentan el poder en las relaciones sociales¹⁷⁴.

El uso alternativo del derecho tratará de establecer la idea emancipadora que el concepto trae consigo, se trata de alejarse de la cultura y las prácticas jurídicas dominantes y acercarse a una nueva cultura jurídica alternativa que cuenta con sus propias prácticas alternativas, siempre dentro de la legalidad, realizando una interpretación más favorable a los intereses de la población dominada y no en favor de los que amasan el poder, los dominadores¹⁷⁵.

Otro problema que nos encontramos en relación con el uso alternativo del derecho será su legitimación. Debe verse superado la concepción formalista del derecho ya que no da respuesta a la exigencias humanas, a la demanda de necesidades humanas fundamentales. La ley debe acatarse por el hecho de ser ley, se relega la

¹⁷⁰ Jesús Antonio de la TORRE RANGEL, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 106.

¹⁷² *Ibid.*, p. 99.

¹⁷³ Ricardo GUANABARA: *Visões Alternativas do Direito no Brasil*, Estudos Históricos, vol. 9, núm. 18, 1996, pp. 406 y ss.

¹⁷⁴ Pietro BARCELLONA, Giuseppe COTTURI, Carlos Antonio AGURTO GONZÁLES, Sonia Lidia QUEQUEJANA MAMANI, Benigno CHOQUE CUENCA: *El Estado y los juristas...* *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁵ Nicolás LÓPEZ CALERA, Modesto SAAVEDRA LÓPEZ, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978, p. 40.

conciencia a un plano secundario para colocar el cumplimiento de la ley por ser norma legal en un plano principal¹⁷⁶. Será necesario superar este modelo formalista a través del fortalecimiento de una “nueva” legitimidad. Dicha legitimidad será liderada por los nuevos sujetos sociales, sus contenidos versarán sobre la emancipación, justicia y democracia, se buscará a través de las acciones sociales insurgentes alcanzar una nueva cultura y pluralidad legal comunitaria que fundará su legitimidad en el consenso de las identidades colectivas y en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales exigidas por la parte desfavorecida de la población¹⁷⁷.

Abordado el concepto de uso alternativo del derecho, es importante mencionar otro concepto relacionado con éste, que es el de la *interdisciplinariedad*. Fue expuesto y defendido por el jurista francés André-Jean Arnaud, que consideró que el derecho siempre tiene una esencia plural, compleja y contextual, ya que comprendía el derecho como el resultado de la articulación de la política, la filosofía, la economía, lo social, lo histórico con el ámbito jurídico¹⁷⁸ (el propio Arnaud presentó su concepto de la *interdisciplinariedad* gracias a la edición de la obra colectiva *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*). Se busca la interlegalidad en el sistema jurídico, la articulación de varios espacios jurídicos diferentes conviviendo en la misma realidad, lo cual supone que no se reconocen estos ordenamientos jurídicos como autónomos. El objetivo que persigue la interdisciplinariedad quiere lograr será la creación de un sentido común jurídico pluralista y comunitario y para lograrlo será imprescindible el uso de formas alternativas del derecho¹⁷⁹. Este nuevo sentido común jurídico representará los valores del pluralismo y deberá velar por satisfacer las necesidades humanas fundamentales y las desigualdades, como la discriminación, el respeto a la diversidad cultural, la asistencia a los más desfavorecidos, etc.¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Óscar CORREAS: *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria-Gasteiz, 1991, pp. 216-217.

¹⁷⁷ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 270 y ss.

¹⁷⁸ María José FARIÑAS DULCE: *André-Jean Arnaud, In Memoriam*, Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 33, 2017, p. 351.

¹⁷⁹ Boaventura DE SOUSA SANTOS: *Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law*, Journal of law and society, vol. 14, núm. 3, 1987, p. 298.

¹⁸⁰ Vicente CABEDO MALLOL, *op. cit.*, p. 29.

7. CONCLUSIONES

Tras realizar una revisión del panorama jurídico actual en Latinoamérica se observa de forma clara una crisis del paradigma actual, una necesidad de cambio de paradigma. El abandono del sistema actual, centrado en el individualismo, en la figura del Estado, en una racionalidad universal que trata de abarcarlo todo, para dar paso a un nuevo sistema alternativo, que se enfoque en la diversidad cultural, en la conciencia de clase, en lo social.

Para alcanzar este objetivo será necesaria la presencia y el protagonismo de los nuevos movimientos sociales, como instigadores de esta insurgencia ante el sistema establecido. La acción colectiva debe sustentarse en una serie de principios pluralistas, debe manifestar los valores de identidad, autonomía, participación, entre otros. Una conciencia de clase y una acción colectiva acorde a ésta, supondrá la articulación del sistema en pos de la satisfacción de las exigencias y las necesidades fundamentales de la sociedad, concretamente de aquella parte de la población que se encuentra desamparada ante el poder.

El pluralismo jurídico que se ha planteado en este trabajo es el pluralismo transformador que distintos autores han desarrollado en sus trabajos. Es un pluralismo en constante redefinición, no es cerrado, sino que trata de ir adaptándose a los nuevos contextos que se plantean a través del impulso y de promover la participación social de la población, en especial aquella parte dominada como pueden ser los pueblos indígenas, los pueblos originarios, segmentos populares minoritarios, etc¹⁸¹.

En mi humilde opinión, atendiendo al contexto de los países latinoamericanos estudiado en este trabajo, encuentro necesario la transición hacia una sistema pluralista jurídico y político de carácter comunitario participativo, dejando atrás el monismo jurídico imperante y rechazando el desarrollo al amparo de las grandes potencias occidentales, seguir siendo países periféricos. Este modelo trae consigo el reconocimiento de nuevas fuentes de derecho alternativas e innovadoras, y necesita de una nueva legitimación fomentada por la participación social y la conciencia social de la población que tratará de ver cumplidas y satisfechas sus exigencias y necesidades. Este carácter inclusivo, social, permite abandonar la

¹⁸¹ Antonio Carlos WOLKMER, *op. cit.*, pp. 293 y ss.

situación actual que vive una parte de la población de negación o ausencia de algunos derechos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALÁ Adrián , MARCELINO VIEIRA Soraria. (2014). ¿Crisis de los partidos en América Latina? El papel de los partidos políticos latinoamericanos en el escenario reciente. *Revista Política*, 145-170.
- ARDILA AMAYA, E. (2005). Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria. *El Otro Derecho*, 75-101.
- ARDILA AMAYA, E. (2010). Justicia comunitaria y sociedad nacional. *Cuarto intermedio*, 80-104.
- BARCELONA, Pietro; COTTURI, Giuseppe; AGURTO GONZÁLES, Carlos Antonio; QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia; CHOQUE CUENCA, Benigno. (2019). *El Estado y los juristas*. Santiago de Chile: Olejnik.
- BOBBIO, N. (1980). *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres.
- BONILLA MALDONADO, D. (2009). Extralegal Property, Legal Monism, and Pluralism. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 40(2), 213-238.
- CABEDO MALLOL, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Barcelona: Icaria.
- Campilongo, C. F. (1987). Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal. Sao Paulo, Brasil: Doctoral dissertation, Universidade de São Paulo.
- CANTILLANA PEÑA Carlos, CONTRERAS AGUIRRE Gonzalo, MORALES QUIROGA Mauricio, OLIVA Daniela, PERELLÓ Lucas. (2017). Malestar con la representación democrática en América Latina. *Política y Gobierno*, 245-274.
- CÁRCOVA, C. M. (1998). *La opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta.
- CLAVERO, B. (31 de Mayo de 2012). *La línea de fuego*. Obtenido de <https://lalineadefuego.info/2012/05/31/bolivia-la-consulta-en-serio-por-bartolome-clavero/>
- COELHO, L. F. (2003). *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Editora del Rey.

- CORREAS, Ó. (1991). *Sociología jurídica en América Latina*. Vitoria-Gasteiz: Oñati International Institute for the Sociology of Law.
- CORREAS, Ó. (1997). El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 91-98.
- CORREAS, Ó. (2007). *Pluralismo jurídico: otros horizontes*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DAHRENDORF, R. (1971). *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*. Madrid: Tecnos.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del Derecho*. San Luis de Potosí: FLACSO.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1987). Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of law and society*, vol. 14, núm. 3, 279-302.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- DOBB, M. (2005). *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*. México D.F.: Siglo XXI.
- FARIÑAS DULCE, M. J. (2017). André-Jean Arnaud, In Memoriam. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 349-355.
- GANSHOF, F.-L. (2015). *Qu'est-ce que la féodalité?*. Paris: Tallandier.
- GÓMEZ BETANCUR, M. A. (2016). El tránsito del Feudalismo al Capitalismo. El nacimiento histórico. *La Razón Histórica*, (33), 61-80.
- GONZÁLEZ VICEN, F. (1969). La Filosofía del Derecho como concepto histórico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15-66.
- GONZÁLEZ VICEN, F. (1987). Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (4), 223-248.
- GRIFFITHS, J. (1986). What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1-55.
- GUANABARA, R. (1996). Visões Alternativas do Direito no Brasil. *Estudos Históricos*, 403-416.

- HABERMAS, J. (1999). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Madrid: Cátedra.
- HELLER, A. (1974). *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*. Barcelona: Grijalbo.
- HERRERA GARCÍA, J. L. (2017). Liberalismo y pluralismo jurídico. *Revista de Investigación en Humanidades UFM - RIHU*, vol. 2, 108-109.
- HOBBS, T. (1940). *Leviatán : o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. México D. F: Fondo de Cultura Económica.
- HOEKEMA, A. J. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *El otro derecho*, 63-98.
- IRYGOYEN FAJARDO, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, 171-195.
- JACQUES, M. (1988). Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho. *El Otro Derecho*, 19-42.
- JHERING Rudolf von; ABAD DE SANTILLÁN, Diego; MONEREO PÉREZ, José Luis. (2011). *El fin en el derecho*. Granada: Comares.
- KELSEN, H. (1987). *Teoría pura del Derecho : introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- KUHN, T. S. (2019). *La estructura de las revoluciones científicas*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- LEVY - BRUHL, H. (1971). *Sociología del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (1978). *Sobre el uso alternativo del derecho*. Valencia: Fernando Torres.
- MACHADO FAGUNDES, Lucas; WOLKMER, Antonio Carlos. (2011). Tendencias contemporáneas del constitucionalismo latinoamericano: Estado plurinacional y prularismo jurídico. *Fortaleza*, 371-408.
- MACHICADO, J. (11 de Octubre de 2010). *Asuntos Jurídicos*. Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>
- MARX, Karl; ENGELS, Fiedrich. (1962). *Die deutsche Ideologie*. Berlín: Marx-Engels Werke (sigla: MEW), vol. 3.

- MAYER, M. E. (2000). *Normas jurídicas y normas de la cultura*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MERRY, Sally Engle; GRIFFITHS, John; TAMANAHA, Brian Z.; ARIZA HIGUERA Libardo; BONILLA MALDONADO Daniel. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- MOORE, S. F. (1973). Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review*, 719-746.
- OFFE, C. (1988). *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema.
- PREBISCH, R. (1981). *Capitalismo periférico: crisis y transformación*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- RADAELLI, Samuel Mânica; WOLKMER, Antonio Carlos. (2017). Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización. *Derechos y libertades*, 31-50.
- RIVAS LEONE José Antonio , ARAQUE CALDERÓN José . (2004). Aventuras y desventuras del populismo latinoamericano. *Revista de Estudios Políticos*, 229-243.
- RODRÍGUEZ, E. (1991). Pluralismo jurídico ¿El derecho del capitalismo actual? *Nueva Sociedad*, 91-101.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A. (2017). Pluralismo jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Direito e Práxis*, vol. 08, núm. 4, 3037-3068.
- SEOANE, José; TADDEI, Emilio; ALGRANATI Clara . (2011). El concepto “movimiento social” a la luz de los debates y la experiencia latinoamericana reciente. *Controversias y concurrencias Latinoamericanas*, núm 3, 169-198.
- STAVENHAGEN, R. (2006). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. *Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, 15-25.
- TOMASELLI, Alexandra; ORDÓÑEZ, Silvia; WRIGHT, Claire. (2014). Justicia y formas de participación indígena. *Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos*, 17-32.
- TORRE RANGEL, J. A. (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina : sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luís de Potosí: UASLP.

WOLKMER, Antonio Carlos; SÁNCHEZ RUBIO, David. (2018). *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura jurídica*. Madrid: Dykinson, S.L.

YRIGOYEN FAJARDO, R. (2006). Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. *Red latinoamericana de antropología jurídica*, 103-122.