

PLURALISMO JURÍDICO: ¿NUEVO PARADIGMA DE JURIDICIDAD?

LEGAL PLURALISM: A NEW PARADIGM OF LEGALITY?

PLURALISMO JURÍDICO: ¿NOVO PARADIGMA JURÍDICO?

*Elena Rojas Estévez**
Centro de Investigaciones Jurídicas - Cuba

Recibido: 11/10/2014

Aceptado: 01/12/2014

Resumen

El objetivo del presente ensayo es el tratamiento de algunas cuestiones que nos parecen centrales en el análisis sobre el pluralismo jurídico como modo de superación de la civilización occidental y su modernidad. Entre estas, las posiciones del Derecho positivo-occidental frente al Derecho indígena (como una de las formas de manifestación del pluralismo jurídico), así como su diversidad, consideradas en la literatura sobre el tema, con trascendencia a la comprensión de su esencia y conceptualización. Todo ello para concluir con la consideración del pluralismo jurídico como nuevo modelo epistemológico, en tanto articule intereses populares legítimos ante Estados de dominación y defienda o sostenga tendencias de emancipación, reivindicando proyectos de autonomía y liberación.

Palabras Clave: pluralismo jurídico; modelo de inclusión del contrario; modelo de multijuridismo; Constitución-custodio; Constitución-simiente.

Summary

The aim of this essay is to study some issues that seem to be central in the analysis of legal pluralism as a way of overcoming western civilization and modernity. Among these issues, we consider the positions of the western-positive law paralleled to the Indigenous law (known as one of the manifestations of legal pluralism) and we take into account its diversity, considered by the literature on the subject as relevant to the understanding of its essence and conceptualization. After all these reflections, we will conclude by considering the legal pluralism as a new epistemological model, if it articulates the legitimate popular interests among States and if it defends or holds emancipation trends or projects claiming autonomy and liberation.

Keywords: legal pluralism; inclusive model; Constitución-custodio; Constitución-simiente.

Resumo

O objetivo deste ensaio é o tratamento de algumas questões que parecem centrais para a análise do pluralismo jurídico como forma de superação da civilização ocidental e sua modernidade. Entre estas, as posições do Direito positivo-occidental frente ao Direito Indígena (como uma das formas de manifestação do pluralismo jurídico) assim como sua diversidade, consideradas na literatura sobre o tema, com transcendência para a compreensão de sua essência e conceituação. Tudo isso para concluir a consideração de pluralismo jurídico como um novo modelo epistemológico, enquanto articule interesses populares legítimos frente a Estados de dominação e defenda ou sustente tendências de emancipação, reivindicando projetos de autonomia e de libertação.

Palavras-chave: pluralismo Jurídico; modelo de “inclusão do contrário”; modelo multijurídico; Constituição-custodio; Constitución-simiente.

* Licenciada en Filosofía, Universidad Estatal de Moscú. Licenciada en Derecho, Universidad de La Habana. PhD (c) en Filosofía, Instituto de Filosofía de la Habana. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. Profesora adjunta de la Universidad de la Habana.

En un sentido complejo pensamos en el pluralismo jurídico como algo más que “la coexistencia de múltiples campos jurídicos en un mismo espacio y tiempo, y en un mismo país”, elemento catalogado como abarcador entre los múltiples acercamientos a su conceptualización, lo que nos ha llevado en un gran número de ocasiones, tanto a reducir su presencia a lo multiétnico, como a extenderlo a otras experiencias llamadas no positivas, determinando, en este último caso, la pertinencia de otra denominación, más amplia, como es la categoría “pluralidad jurídica”.

Aquí lo esencial es mucho más profundo, en tanto expresa, según nuestra consideración, un proceso de emergencia (en términos de nueva cualidad) y avance de un nuevo paradigma, dentro del dominante modelo de legalidad positiva, de carácter participativo y concebido a partir de una nueva racionalidad y una nueva ética, por el reflujo político y jurídico de nuevos sujetos -los colectivos- la descentralización normativa del centro para la periferia; del Estado para la sociedad; de la ley para los acuerdos, los arreglos, la negociación. Es, por lo tanto, la dinámica interactiva y flexible de un espacio público abierto, compartido y democrático (Wolkmer 2006, 154).

De ahí el valor monumental de su consagración constitucional, y lo revelador del hecho de que su profundización ha estado asociada precisamente a la presencia, en el ámbito latinoamericano, de gobiernos con una probada vocación emancipatoria.

Desde Cuba el acercamiento al tema del pluralismo jurídico pudiera parecer alejado del contexto nacional, lo que pudiera guardar relación con la presencia de la temática indígena con que se asocia esta perspectiva (Ardilla 2002, 53-4). Sin embargo, constituye un elemento que puede tributar a una mayor visibilidad epistemológica de esta propuesta como parte de la búsqueda de caminos que trasciendan realmente el modelo liberal de Estado y Derecho y conduzcan a una concepción y práctica emancipatoria de los pueblos como sujetos colectivos, en una apuesta por valores comunitarios y participativos, en tanto ejes articuladores de sociedades más incluyentes como parte de un nuevo y necesario modelo de acumulación política (Valdés 2009, 61) y jurídica, en

que se imponga el ideal de la emancipación frente al de la regulación, en términos de Santos.

Por ello consideramos importante la atención a cosmovisiones y experiencias contrapuestas a los patrones tradicionales hegemónicos de dominación, que aporten visiones alternativas al patrón liberal y del cual nuestro Derecho, heredero de una tradición jurídica occidental monista, no ha logrado desprenderse. En este sentido, vale para el Derecho lo expuesto por Franz J. Hinkelammert cuando sustenta que:

Al inscribirse el socialismo soviético en la tradición de la civilización occidental y su modernidad, no pudo ver lo que era la crisis de capitalismo en su fondo. Por tanto, no pudo ser la alternativa al capitalismo, que pretendía ser, y reproducía en su interior, esta misma crisis del capitalismo, cuya solución había pretendido (...). El colapso de este socialismo soviético demuestra que no era la alternativa necesaria para responder a la crisis del capitalismo. La victoria del capitalismo, en cambio, muestra que la crisis del capitalismo es la crisis de la civilización occidental. Es una victoria de Pyrrhus, una victoria aparente, en el cual el victorioso resulta ser el derrotado. Superar la crisis del capitalismo nos lleva ahora a la necesidad de ir más allá de la civilización occidental y de su modernidad misma (en Valdés 2007, 91).

En el ámbito latinoamericano el pluralismo jurídico es contenido significativo de reflexión, con independencia de la hegemonía que representa el Derecho estatal y la doctrina dogmática positivista que lo reproduce. Pero es ardua la tarea cuando se trata de transformar el llamado “sentido común de los juristas”, configurado a través de disciplinas jurídicas codificadas y expresado en la veneración de la figura abstracta de un “legislador” positivístamente coronado, a una *ratio* de la ley descontextualizada, que impide la necesaria reflexión en torno al Derecho como parte integrante de lo social.

Esta preponderancia es potenciada con la marginalidad de asignaturas que como la Filosofía del Derecho, entre otras, pudieran ayudar a fomentar

en la etapa de formación del futuro jurista un pensamiento crítico en relación al Derecho (Fernández Bulté 2003, VII-XII),¹ condición indispensable para la superación de aquella doctrina positivista que impide ver más allá de la norma, y propiciar un desarrollo de una ciencia jurídica con capacidad reflexiva y orientadora de un orden jurídico superior. De ahí que traigamos a colación la idea expresada por Juan Luis Martín acerca de la importancia del desarrollo del pensamiento filosófico, extensible por supuesto a la Filosofía del Derecho en su vinculación con las disciplinas jurídicas particulares cuando aludía a que “las Ciencias Sociales tienen un trasfondo filosófico innegable y cuando la filosofía se congela, atrasa y congela, a las demás Ciencias Sociales” (Martín 1996, 137).

Si bien existe un pensamiento constituido en materia de pluralismo jurídico, con autores como Antonio Carlos Wolkmer, David Sánchez Rubio, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Oscar Correas, Boaventura de Sousa Santos, entre muchos otros, y esfuerzos colectivos como los de Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA-Bogotá), aun sigue siendo un reto la consolidación de una teoría del pluralismo jurídico como herramienta teórica capaz de expresar y sustentar una práctica pluralista del Derecho en sociedades incluyentes.

Esta precisión de ‘incluyentes’, en tanto únicamente en estas puede desplegarse el paradigma en todas sus posibilidades. Esta teoría implica la construcción de un cuerpo teórico nuevo (ya iniciado), que asuma lo jurídico-estatal como parte de una nueva concepción epistemológica superadora de las lógicas de dominación insertas en la civilización occidental capitalista y su modernidad, reproducidas desde el socialismo en su versión soviética y a lo que, en líneas precedentes, nos referíamos con el necesario modelo de acumulación jurídica, parte de otras ineludibles acumulaciones.

Ante la imposibilidad de un tratamiento amplio y abarcador, determinado por el contexto para el que está previsto el presente texto, que implica limitaciones de espacio, nos referiremos sólo a algunas cuestiones que nos parecen centrales en el análisis sobre el pluralismo jurídico. Entre éstas, a la posición del Derecho positivo-occidental frente al indígena (como una de las formas de manifestación del pluralismo jurídico), así como a la diversidad de expresiones de pluralismo jurídico, consideradas en la literatura sobre el tema, con trascendencia en la comprensión de su esencia y conceptualización.

En cuanto a la posición del Derecho positivo-occidental frente al Derecho indígena se manejan los llamados “modelo de inclusión del contrario” o etnocentrista, y “modelo de multijuridismo” o pluralismo legal “en serio”.

El “modelo de inclusión del contrario” o etnocentrista está caracterizado por el reconocimiento de la jurisdicción indígena, de sus procedimientos de resolución de conflictos y sistema punitivo, pero “bajo un régimen de control o supervigilancia de la jurisdicción ordinaria estatal sobre ésta”, para el aseguramiento del respeto a los derechos humanos y caracterizado por su revisión y consecuentemente de subordinación, en contradicción, por tanto, con el derecho a la identidad cultural de estos pueblos (Noguera 2008 a, 99).

El “modelo de multijuridismo” o pluralismo legal “en serio”, incluye el correspondiente derecho a la jurisdicción, la definición e interpretación de los derechos humanos, la ocupación de la esfera jurídica estatal, en manos no sólo de una única orientación cultural, así como una desmonopolización étnico-occidental del Derecho del Estado, que exige sustituir el modelo de subordinación de los derechos indígenas al Derecho estatal (pluralismo jurídico clásico) por un modelo denominado por Santos como

¹ Ejemplo de lo apuntado son las vicisitudes de la asignatura Filosofía del Derecho recogidas por Fernández Bulté en su Filosofía del Derecho, y que en apretadas líneas pueden resumirse en lo siguiente: se imparte durante el último año de la carrera de Derecho antes del triunfo de la Revolución, desapareciendo, con posterioridad a éste, de los planes de estudio de la entonces nombrada licenciatura en Ciencias Jurídicas, dando al traste con toda especulación jusfilosófica de manera que, incluso, “hablar de Filosofía del Derecho no sólo era inútil, sino que para algunos, peligroso” ¿Razones?, el autor las refiere también en su libro, así como las consideraciones sobre sus causas, análisis que excede el objetivo del presente escrito. Es sólo una nota al margen, que matiza la magnitud y apremio de la tarea de pensar otro Derecho, y donde la reflexión sobre el pluralismo jurídico deviene esencial. La desaparición aludida se prolonga durante años, así como el “silencio cauteloso” en torno a ella, salvo excepciones. El Plan de Estudios “C”, cuya consigna fue “enseñar Derecho y no legislación”, trajo como consecuencia inevitable su reincorporación, la que aun hoy continúa siendo más bien una historia de la misma: ¿Consideraciones sobre las razones?, vale la acotación precedente.

“legalidad porosa”, constitutivo de un sistema de *interlegalidad* consistente en la concepción de diferentes espacios legales (en igualdad de condiciones) superpuestos, inter-penetrados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones (Noguera 2008 a, 101).

Entre los que han teorizado sobre el referido modelo de “legalidad porosa” nombrado por Santos, están Sally Falk Moore como una de sus más importantes exponentes con el concepto de *Semi-Autonomous Social Field*, con el cual define “una unidad o grupo socio-cultural con capacidad de generar y mantener sus propias normas, costumbres y símbolos internos pero que a la vez es también vulnerable a las reglas y decisiones de otras unidades socio-culturales con las que convive”, disponiendo cada una de ellas de “capacidad normativa y de los instrumentos necesarios para inducir, o en su defecto forzar, obediencia, pero que, al mismo tiempo, al ubicarse dentro de una ancha red de grupos sociales, puede ser afectado o invadido por las normas de otras unidades” (Noguera 2008 a, 102).

En igual sintonía, Fitzpatrick lo llama un sistema de “pluralidad integral”, “centrado en la idea de que el derecho estatal está integralmente constituido por una pluralidad de órdenes normativos (semi) autónomos diferentes que se “inter-penetran”, “influyen” y “limitan” entre ellos constantemente, y cuya máxima expresión sería un Tribunal Constitucional Plurinacional e inter-cultural de composición mixta (justicia comunitaria-ordinaria)” (en Noguera 2008 a, 102-3).

Albert Noguera aboga por un nuevo paradigma de regulación que rompiendo con las reglas en las que el monismo jurídico define lo “pensable” jurídicamente en dicotomías contrapuestas, tales como, ser/deber ser, teoría/práctica, permita repensar, recrear, sistematizar y reconocer un nuevo Derecho sobre la base de incluir dentro del sistema de derecho, las experiencias cotidianas de las múltiples manifestaciones normativas no estatales, propias de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base (movimientos sociales, sindicatos, movimiento indígena y campesino, etc.) (Noguera, 2008 a, 40-41).

La jerarquía normativa -profundiza- propia del Estado de Derecho, “es progresivamente abandonada a favor de un “sistema pluri-legal” con múltiples ordenamientos normativos difusos que conviven entre ellos y donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía”. En su dimensión jurídica, el pluralismo es la existencia de diferentes áreas de autodeterminación normativa interna (al margen del Estado) de los sujetos colectivos, con lo cual hay una derogación de la idea de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley (Noguera 2008a, 49). En esta misma dirección, Wolkmer expresa que Contrariamente a la concepción unitaria, homogénea y centralizadora denominada “monismo”, la formulación teórica y doctrinaria del “pluralismo” designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de campos sociales con particularidad propia, o sea, incluye el conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reducen entre sí (Wolkmer 2006, 155).

Desde otro ángulo, se precisa la necesidad de la visualización del pluralismo jurídico tanto como fenómeno de posibilidades y dimensiones de universalidad cultural, como modelo que incorpora condicionantes interrelacionadas (formal y material) adecuado a las especificidades y a las condiciones históricas de micro y macro sociedades políticas (Wolkmer 2006, 154).

Albert Noguera, por su parte, precisa que pluralismo no quiere decir que bajo el derecho de identidad cultural se permita todo y no se establezca ningunos *mínimos o límites fundamentales* a respetar. El Derecho Humano a la identidad cultural debe valorizar lo particular pero no debe negar la universalidad de determinados Derechos Humanos, pero se trata de límites establecidos no desde la imposición de la hegemonía o universal validez de un derecho occidental, sino a partir de la inter-penetración e influencia reciproca de los diversos órdenes normativos (Noguera 2008 a, 103). Y aún a costa de ser reiterativos, nos resulta imprescindible citar a Franz J. Hinkelammert al decir que la fragmentación/pluralización como proyecto implica, ella misma, una respuesta universal. La fragmentación no debe ser fragmentaria. Si lo es, es pura desbandada, es caos

y nada más. Además, caería en la misma paradoja del relativismo. Solo se transformará en criterio universal cuando para la propia fragmentación exista un criterio universal. La fragmentación no debe ser fragmentaria. Por eso ésta “fragmentación” es “pluralización” (Hinkelammert 1996, 238).

En este contexto que amenaza la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del Derecho, es propuesto el tránsito de la primacía de la ley por la de la Constitución, de un “Estado Constitucional”, como paradigma alternativo, al “Estado de Derecho” (Noguera 2008 a, 50). A la concepción del Estado como novísimo movimiento social, “... *forma de Estado concebido como espacio de participación democrática y coordinación de una pluralidad de sujetos colectivos (con lógicas de organización y autogestión propias y diferentes entre ellos) para la intervención y prestación de bienes públicos comunes, sobre todo en el ámbito social*” (Santos 2005, 55), un constitucionalismo en movimiento, determinado por el paso de la producción normativa o de Derecho, de los organismos técnico-formales, al “*sujeto colectivo participante*”; por el ejercicio de comprensión, interpretación y práctica jurídica, de monopolio de los operadores generales del Derecho a ser una práctica popular (Noguera 2008 a, 51).

Rasgos de este nuevo tipo de Constituciones serían el reconocimiento, en su parte dogmática, de “principios” o “criterios” normativos” en vez de “reglas” (jurídicas) y en su parte orgánica, el reconocimiento y empoderamiento, a los sujetos colectivos (pueblos indígenas, etc.) encargados de la puesta “en marcha” del “constitucionalismo en movimiento” citado, así como la redistribución entre ellos del poder estatal (Noguera 2008 a, 66).

Los *principios o criterios*, a diferencia de las *reglas*, permiten -a decir de Noguera- una dogmática constitucional que esté más abierta a la posibilidad de la pluralidad de sujetos colectivos de incidir (dentro de los límites constitucionales fijados) en su realidad de forma intencional y según su propia cultura. Implica no reducir estos sujetos colectivos plurales a objetos de una uniforme y mecánica política objetiva, a un guión monista y obligatorio, externo a sus valores y cultura, en el que no pueden improvisar sino sim-

plemente recitar su objeto, y por tanto, un reconocimiento de un área de libertad y autodeterminación interna para ellos, de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción) (Noguera 2008 a, 53).

Los elementos distintivos entre *reglas y principios se fundamenta*, por Albert Noguera, en la cualidad “todo o nada” de las reglas, frente al “peso” o importancia relativa de los principios, en tanto ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios, lo que dice del carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios; la idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado u oportuno. El conflicto entre reglas es resuelto, entonces, mediante la declaración de invalidez de una de ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que entre principios supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto.

En correspondencia con lo expuesto estaríamos en presencia de dos tipos de constituciones: “Constitución-custodio” como “continente de un conjunto de reglas o normas jurídicas que tienen ya una propia completud y determinación, y que son *vigilados y controlados* por la Constitución” y la “Constitución-simiente” constituida por principios o criterios constitucionales aún incompletos, requerida de reglas generales para problemáticas específicas y reglas particulares de aplicación a los casos concretos dentro de dichas problemáticas (Viola 2006, 3-5).

Al mismo tiempo es considerado el debilitamiento que supondría al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, en el sentido de la capacidad de la Constitución de condicionar y cerrar las reglas en dos campos fundamentales: en materia de políticas sociales universales y fijación de límites al proceso de regionalización y autonomía de la oligarquía nacional interesada en sus propios privilegios de clase. La conclusión es una solución de un tipo de Constitución intermedia, entre las llamadas

Constituciones “custodio” y “simientes”, basada en principios y criterios pero con elementos a considerar, tales como rigidez, garantía jurisdiccional, aplicación directa e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que garanticen derechos e intereses de la mayoría.

Es cardinal la idea implícita en la afirmación de que “... las nuevas Constituciones en los Estados plurinacionales latinoamericanos como Bolivia deben dejar espacio a la “política constitucional”, para no ahogar “por saturación jurídica” el proceso democrático. Es importante esta idea como expresión de una concepción sobre la libertad, filosóficamente hablando, categoría tan enarbolada como bandera como carente de profundización desde posiciones emancipadoras, “Ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoya, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir” (Noguera 2008a, 55-62). Cuando nos adentramos en los textos constitucionales observamos que en el tratamiento constitucional de estos modelos, la tendencia general es al establecimiento de determinadas limitaciones, con relación a las cuales se presentan apreciaciones diferentes.

La Constitución de México reconoce a los sistemas jurídicos indígenas, disponiendo

“Aplicar sus sistemas normativos (de los pueblos indígenas) en la regulación y solución de conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando la garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 2, a, fracción 2ª).

Este modelo de pluralismo refrendado es evaluado como limitado por Orlando Aragón Andrade, al otorgar a los Derechos indígenas el carácter de subsistemas jurídicos con aplicabilidad solo en la medida que no contradiga al Derecho estatal, limitantes que

si no se tienen en cuenta pudieran dar la impresión de que verdaderamente existe un pluralismo jurídico en México (Aragón Andrade 2007, 20). Y a pesar de que esta inclusión es considerada como un paso importante, agrega dicho autor, “no pasa de ser otra simple declaración, letra muerta en la realidad, que en el mejor de los casos condena a los sistemas indios a la tribalización y a la resolución de asuntos menores”, bajo la óptica de lo que Magdalena Torres ha denominado “folklorismo jurídico”. Las limitaciones del texto constitucional con ideas como la “sujeción”, la “armonización” y la “validación” de los derechos indios reflejan la pobre calidad de la supuesta pluriculturalidad reconocida en nuestra Constitución” (Aragón Andrade 2007, 25). De ahí que una toma de partido por un pluralismo jurídico real representaría tomar en serio, y no solo en el discurso, las demandas de los indígenas, el pluralismo cultural y jurídico en México implica aceptar y afrontar las consecuencias que se derivan de ellos. Un verdadero reconocimiento de los derechos indígenas haría necesaria más que su validación y sujeción al poder estatal, la construcción de medios de coordinación entre ambos, en condiciones de igualdad y no de subordinación (Aragón Andrade 2007, 26).

El texto constitucional ecuatoriano se pronuncia por la aplicación, por parte de las autoridades, de normas y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos “que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. Si bien el Estado garantiza el respeto de las decisiones de la jurisdicción indígena por las instituciones y autoridades públicas, las someten al control de constitucionalidad (Constitución de la República del Ecuador, Art. 171). En este mismo sentido, la redacción del contenido de uno de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, consistente en crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio o consuetudinario, precisa que “no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 57, numeral 10).

La Constitución de Venezuela autoriza a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus

tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público (Constitución de la República Bolivariana Venezuela, Art. 260).

Resulta ilustrativa en el tratamiento del tema la Sentencia T-349 de la Corte Constitucional de Colombia, mediante la cual se manifestó que “no todas las normas constitucionales y legales pueden constituir un límite a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas”, de lo contrario, “el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, determinándose sobre la base del principio de la “maximización de las comunidades indígenas” y de “minimización de las restricciones” que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos ‘mínimos aceptables’, enmarcados en el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y a la tortura, el derecho del sujeto a un ‘debido’ proceso adecuado a su cultura, según las normas y procedimientos pre-existentes en la misma, la que fue provocada por la redacción del artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que estableció que se podría ejercer la jurisdicción indígena en los territorios indígenas, pero siempre y cuando se respetara la Constitución y la Ley, postura fundamentada con base en la existencia sobre estos derechos de un ‘consenso intercultural’, y, por otro, son derechos que de conformidad con los tratados de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario son parte del ‘núcleo de derechos intangibles’ (Noguera 2008, 159-60).

Es notable la diferencia en el modo, consideramos cuidadoso, en que se redacta en la Constitución de Bolivia los límites a la jurisdicción indígena, cuando dice que ésta respeta, en afirmativo, el derecho a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución. No obstante, Albert Noguera es de la opinión que si bien el sometimiento de la jurisdicción indígena a todos los preceptos constitucionales puede convertir el reconocimiento del pluralismo jurídico en algo puramente formal, es adecuado fijar como límite de la jurisdicción indígena el respeto de los derechos fundamentales, pero interpretados interculturalmente, que significa descartar un régimen de control o supervigilancia de la juris-

dicción ordinaria sobre la indígena para asegurarse que respete los derechos fundamentales, y asegurar una interpretación del respecto de estos derechos basada en el principio de reciprocidad, que implica el no pretender que los otros ciudadanos acepten un argumento que está ligado a un modo de vida que no todos comparten (Noguera 2008, 160). En un primer momento de la discusión constitucional, aun a nivel de proyecto constitucional aparecía como limitación el respeto a los derechos fundamentales, pero interpretados interculturalmente, cuestión que, sin embargo, no trascendió a la Constitución adoptada finalmente en Bolivia y que Noguera defiende.

Finalmente queremos concluir haciendo mención a la pregunta de hasta qué punto el concepto de pluralismo jurídico puede ser utilizado para designar la diversidad de dinámicas con las que se le identifica, tales como, los sistemas jurídicos propios de las comunidades tradicionales especialmente de los pueblos indígenas; la emergencia de estructuras autónomas de regulación que se presentan en comunidades marginalizadas por dinámicas desequilibradas de desarrollo capitalista o de exclusión política o cultural; un orden jurídico que se impulsa y articula desde el bloque de poder dominante y se manifiesta principalmente a través de actos administrativos; fenómenos de crisis y violencia; y formas normativas extraestatales desarrolladas en el campo jurídico por las prácticas emancipatorias de los nuevos movimientos sociales, tales como los movimientos de perspectiva étnica o de género, de carácter regional o ambiental (Ardilla 2002, 53-5).

Desde la propia pregunta tiene lugar un enfoque que pone en el centro de atención la diferencia, sobre la totalidad, las partes por el todo, lo cual ha tenido, en sentido general, trascendencia a la hora de su conceptualización.

Cabría preguntarse, además, si todas estas ‘prácticas’ podrían estrictamente ser parte de una definición de pluralismo jurídico, incluso desde cualquier óptica en que se le enfoque o promueva. Una de ellas, entre otras, por ejemplo, alude a un orden jurídico impulsado y articulado desde el bloque de poder dominante, y que se manifiesta principalmente a través de actos administrativos; de otro Derecho, todavía

estatal, pero que no aparece en la letra de ley, que se presenta como forma de ejercicio del poder ilegítimo con normas escondidas; como otro Derecho no explícito, con normas que no aparecen a pesar de estar ahí, Derecho que sin embargo es el más eficaz para oprimir (Wolkmer 2003 104-106).

Aunque es un tema que requiere mucho detenimiento en tanto apunta al fondo del asunto tratado, opinamos, más bien como hipótesis de investigación, que reducir el fenómeno a sus formas impide la conceptualización de lo que consideramos como un nuevo modelo epistemológico que en el campo del Derecho significaría la superación del modelo

positivista de legalidad formal. Ello conllevaría a su reconceptualización como un sistema cultural en el cual diferentes 'posiciones discursivas' interactúan en un proceso constructivo (García y Rodríguez en Wolmer 2003, 257), y a asumir la pluralidad de lo social, dígame complejidad, a partir de una perspectiva emancipadora y de una concepción de la diversidad no asumida "desde el narcisismo de las diferencias", en tanto recurso ideológico y cultural de dominación y, por ello, obstáculo a cualquier reconstrucción que pretenda levantar sobre tales diferencias identidades sociales colectivas capaces de trascender el orden enajenante que las discrimina a todas por igual (Valdés 2007).

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Andrade, Orlando. 2007. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa de pluralismo jurídico. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 118 (enero-abril): 9-26.
- Ardilla Amaya, Edgar. 2002. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. *El Otro Derecho*, 26-27 (abril): 49-61.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2006. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez/ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Fernández Bulté, Julio. 2003. *Filosofía del Derecho*, T.II. La Habana: Editorial Félix Varela.
- García Villegas, Mauricio y César A. Rodríguez. 2002. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá) Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales y Alternativos, ILSA.
- Noguera Fernández, Albert. 2008 a. *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/26603.pdf. (Consultado el 5 de octubre 2014).
- 2008. Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios entorno al nuevo proyecto de Constitución boliviana. *Revista Española de Derecho Constitucional* 84 (septiembre-diciembre): 147-177.
- Pérez Luño, Enrique. 1996-1997. Estado Constitucional y derechos de la tercera generación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII-XIV. Madrid.
- Valdés Gutiérrez, Gilberto. 2009. *Postneoliberalismo y movimientos antisistémicos*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- 2007. El socialismo en el siglo XXI. Desafíos de la sociedad “más allá” del capital. *Revista Temas*, 50-51 (abril-septiembre): 87-98.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2006. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Editorial Mad, S.L.
- 2003. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. En *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales y Alternativos, ILSA.
- 2003. Trayectoria crítica del derecho brasileño. En *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colombia: Colección en Clave de Sur/ILSA, Bogotá D.C.
- s/f. *La función de la crítica en la filosofía jurídica Latinoamericana*. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk2.rtf>

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2001.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política del Estado Bolivia de 2009.
- Constitución de la República Bolivariana Venezuela de 1999.