

**IMAGINANDO
OTRO DERECHO**

Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos
“RADAR”

IMAGINANDO OTRO DERECHO

Contribuciones a la teoría crítica desde México

Prólogo de Gerardo Pisarello



Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat
Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Maestría en Derechos Humanos
Educación para las Ciencias en Chiapas
Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas
2013

Primera edición, 2013

© Derechos reservados por

Jorge Peláez Padilla, Aleida Hernández Cervantes, Edmundo del Pozo Martínez,
Mylai Burgos Matamoros, Aline Rivera Maldonado, Liliana López López,
Yacotzin Bravo Espinosa, Rodrigo Gutiérrez Rivas y María Silvia Emanuelli.

© Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C.

Colón #443, Barrio de Triana,
C.P. 20240, Aguascalientes, Ags.

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Álvaro Obregón #64, Centro
C.P. 78000, San Luis Potosí, S.L.P.

© Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C.

Felipe Flores 85-A, Barrio de Guadalupe.
C.P. 29230 San Cristóbal de Las Casas, Chiapas.

ISBN 978-607-8062-28-7

Ilustración de portada: Inés Isaurralde

www.inesisaurralde.blogspot.com

Hecho e impreso en México

ÍNDICE

Prólogo <i>por Gerardo Pisarello</i>	7
Introducción	11
Sección 1	
Estado y Derecho en la modernidad eurocéntrica: contextos histórico-conceptuales	
La nación y el Estado-nación: implicaciones para América Latina. Prolegómenos fundamentales Jorge Peláez Padilla	23
Paisaje actual del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica Aleida Hernández Cervantes	55
Sección 2	
Ciencia jurídica moderna y teoría crítica	
La ciencia jurídica moderna y el abandono de la razón crítica Edmundo del Pozo Martínez	79
El Derecho como Ciencia Social. Análisis crítico filosófico Mylai Burgos Matamoros	109
La lucha por subsistir: El papel del derecho (y el deber) de resistencia en la efectividad de los derechos fundamentales Aline Rivera Maldonado	125
El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho Liliana López López	157

Sección 3
Estudios de caso

El derecho estatal frente al ejercicio de la autonomía indígena zapatista: Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas y Juntas de Buen Gobierno Yacotzin Bravo Espinosa	189
El caso de la comunidad indígena de Xoxocotla frente al Tribunal Latinoamericano del Agua. Un ejercicio de aterrizaje del derecho humano al agua Rodrigo Gutiérrez Rivas y María Silvia Emanuelli	213

PRÓLOGO

Los artículos que componen este libro son obra de juristas, pero no de juristas convencionales. Se ocupan, sí, de los fenómenos jurídicos entendidos como prácticas sociales con una especificidad propia. Pero lo hacen arrojando una mirada deliberadamente crítica sobre las formas tradicionales en que las Facultades de Derecho y de otras disciplinas sociales han abordado dichos fenómenos.

Esta lectura crítica presenta numerosos aspectos novedosos. Ante todo, se trata de una aproximación meditada y construida colectivamente, en la Universidad, pero también fuera de ella. Lo que se ofrece a los lectores, en consecuencia, no es la acostumbrada suma de artículos inconexos, reunidos precipitadamente para satisfacer algún requisito burocrático académico. Se trata, por el contrario, del resultado de un proyecto común, gestado con “paciente impaciencia” en ámbitos académicos pero también a partir del contacto con movimientos sociales y con espacios de diversa índole: comunidades indígenas y campesinas, organizaciones populares de defensa de los derechos humanos, centros penitenciarios. El resultado, como no podía ser de otro modo, es un sugerente caleidoscopio en el que las obsesiones y énfasis de cada autora y de cada autor alimentan una mirada colectiva y alternativa sobre el derecho y sobre el discurso jurídico.

Circunscrita geográficamente, la aproximación que aquí se realiza se presenta como una mirada “desde México”. Esta mirada está presente en muchos de los temas tratados y de los casos estudiados para ejemplificarlos. Desde las reflexiones acerca del derecho a la resistencia o del pluralismo jurídico, hasta el sugerente análisis de experiencias como las de las Juntas de Buen Gobierno en las comunidades zapatistas o las luchas por el derecho al agua de la comunidad indígena de Xoxocotla. En todo caso, si el punto de vista que se asume es un punto de vista “mexicano”, basta adentrarse en cualquiera de los trabajos que integran el libro para descubrir en ellos una perspectiva más amplia. Una perspectiva que, por momentos, intenta ser deliberadamente latinoamericana, o del Sur, pero que a fuerza de serlo, resulta también universal. El resultado, también en este punto, es altamente estimulante. De entrada, porque no se está ante la frecuente importación acrítica, y por tanto estéril, de categorías y de temas pensados para otras realidades, muy diferentes de las latinoamericanas. Pero también porque ese cuestionamiento no se lleva a cabo a partir de la descalificación simplista, demasiado usual en algunas teorías críticas poscoloniales, de ciertos instrumentos jurídicos que, pese a haber sido producidos en determinados contextos culturales, pueden encontrar en otros una traducción fecunda.

Y es que si las reflexiones que aquí se ofrecen tienen mucho de singular y de novedoso, también se inscriben en una larga tradición crítica que, tanto en el derecho como en el resto de las ciencias sociales, cuenta ya con más de un siglo de existencia. Desde esa perspectiva, los trabajos aquí presentados también pueden verse como un intento de po-

ner a dialogar dicha tradición, en la que confluyen lo mejor de la herencia libertaria, marxista, feminista, republicana e incluso de cierto liberalismo igualitario, con los principales retos que el nuevo siglo plantea tanto a México como al conjunto de la humanidad.

Buena parte de los temas sobre los que las teorías jurídicas críticas han reflexionado históricamente están presentes en este libro. Así, por ejemplo, el rechazo de las posiciones que tienden a explicar el derecho a partir de su dimensión normativa, minimizando u ocultando las relaciones políticas, económicas, sociales o culturales que condicionan su funcionamiento. Este anti-formalismo no debe confundirse con un desdén por las normas jurídicas. Por el contrario, los artículos aquí reunidos son lo suficientemente realistas como para otorgar al derecho positivo el papel que le corresponde en las sociedades actuales. Lo que aparece como objeto de crítica, más bien, es la pretensión de dar cuenta de los fenómenos jurídicos exclusivamente a través de la descripción de las normas reconocidas por las instancias estatales. O lo que es más grave, el intento de hacer pasar dicha operación por un ejercicio neutral en términos axiológicos o ideológicos.

Esta impugnación de la supuesta neutralidad axiológica del derecho y del discurso jurídico está ligada a otro de los propósitos que anima esta obra: su denuncia como instancia de cobertura de las actuaciones de los poderes hegemónicos. En la línea de la mejor tradición jurídica crítica, los análisis que aquí se ofrecen toman como premisa la profunda penetración de los poderes políticos, económicos, culturales y sociales dominantes en el derecho producido y efectivamente practicado. Esta aproximación les permite mostrar, de entrada, cómo la mistificación o la fetichización del derecho están inextricablemente vinculadas a otros fenómenos como la fetichización del propio Estado, de la familia o del capital. Y les permite, asimismo, enjuiciar de manera no ingenua tanto las bases epistemológicas como los productos de las teorías jurídicas que tradicionalmente pretenden asomarse a estas realidades.

Ahora bien, si la denuncia del derecho como expresión de las relaciones de poder dominante ocupa un papel medular en el conjunto de artículos que integran el libro, no es menor el peso otorgado a su eventual utilización como instrumento contra-hegemónico de transformación social. El propio título escogido para designar el conjunto del proyecto –“Imaginando otro derecho”– ya ofrece algún indicio al respecto. No se trata, simplemente, de ofrecer una perspectiva crítica centrada en el derecho construido “desde arriba” sino de mostrar, también, su constante apropiación y reformulación “desde abajo”.

Este punto de vista “desde abajo” expresa, ante todo, una actitud de compromiso. Una identificación no disimulada con los intereses, necesidades y deseos de las personas y colectivos condenados a relaciones de opresión o de dominación por razones económicas, sexuales o culturales. Sin embargo, refleja también una concepción sofisticada del derecho y del discurso jurídico, explícitamente alejada tanto de las posiciones que pretenden reducirlo a ineluctable “ley del más fuerte”, como de aquellas visiones poco realistas que exageran su papel como “ley del más débil”. Las autoras y autores del libro

no pretenden resolver esta compleja ecuación. Optan, más bien, por aproximarse a ella sin dogmatismos y con sentido de la complejidad. Y salen bastante bien librados. Para ello echan mano de sus propias intuiciones teóricas y de su experiencia práctica. Y recurren, naturalmente, a la revisión y actualización de algunas categorías caras a las teorías críticas del derecho ya clásicas: desde las ligadas al “uso alternativo del derecho”, al “positivismo de combate” o al “garantismo”, hasta aquellas más cercanas al “pluralismo jurídico” o a la apuesta por “otros derechos”.

El punto de llegada, una vez más, no es una propuesta acabada, empecinada en alumbrar un nuevo dogma o en trazar un camino único a seguir. Lo interesante del libro, justamente, es que si bien parte de una discusión y de un trabajo colectivo, no pretende forzar una perspectiva uniforme. Al contrario, como en las piezas de jazz, cada autora y cada autor improvisan y son fieles a sus propias obsesiones, aunque todas contribuyen a dar forma al producto final. La propuesta que con ello se consigue articular es bastante fiel a la exigencia que Boaventura de Sousa Santos plantea a cualquier análisis crítico a la altura de nuestra época: el de ser, entre otras cosas, una teoría general acerca de la imposibilidad de una teoría general.

Que un trabajo de esta índole provenga de un colectivo que se presenta públicamente con el nombre de RADAR no parece casual. Sobre todo si se tiene en cuenta su capacidad para detectar problemáticas y procesar datos de la realidad que pasan inadvertidos a otras aproximaciones jurídicas convencionales. El secreto de esta capacidad de penetración es sencillo. Tiene que ver con el cumplimiento obstinado de aquello que el historiador y activista E.P. Thompson pedía a los intelectuales críticos de su época: “ocupar un territorio que sea, sin condiciones, suyo. Sus propias revistas, sus propios centros teóricos y prácticos. Lugares donde nadie trabaje para que se le concedan títulos o cátedras, sino para la transformación de la sociedad. Lugares donde sea dura la crítica y la autocrítica, pero también de ayuda mutua e intercambio de conocimientos teóricos y prácticos, lugares que prefiguren en cierto modo la sociedad del futuro”. Este ha sido, desde su nacimiento, el signo distintivo de RADAR. Ojalá este libro contribuya a reforzarlo.

Gerardo Pisarello
Barcelona, noviembre de 2012

INTRODUCCIÓN

Reflexionar en torno al Derecho, sigue siendo un imperativo de nuestro tiempo. A pesar de los intentos históricos de minimizar el papel de este instrumento en la transformación social y de destacar su rol en las relaciones de opresión, el presente se revela en contra de estos dogmas. Hoy en Nuestra América, los procesos políticos que tratan de encaminarse por la senda emancipatoria, revirtiendo la colonialidad histórica que ha signado la vida de nuestras repúblicas, han tenido al Derecho como punta de lanza en sus transformaciones. Venezuela, Bolivia, Ecuador, coronaron largos procesos de lucha política con la reformulación del Contrato Social a través de nuevas constituciones.

Además, en la lucha cotidiana por sus tierras, territorios, agua, salud etc., los pueblos manifiestan la necesidad de que el Derecho y las y los abogado(a)s den una respuesta a sus demandas. Mientras las condiciones históricas y políticas de cada país no permitan a estos grupos dar la lucha a través del Derecho, es importante utilizar los espacios que brinda el entramado jurídico para defender y hacer cumplir los derechos fundamentales.

En ambos casos es patente la relevancia del Derecho para las reivindicaciones de los pueblos y para encausar las transformaciones necesarias en nuestros países. Tanto los pueblos en defensa de sus derechos como los países inmersos en profundas y difíciles transformaciones necesitan de abogadas y abogados comprometida(o)s, de jueces y juezas activistas y de una ciencia jurídica que mire hacia esas realidades, que aprenda de ellas y que además enseñe lo que ha atesorado en siglos de paciente acumulación de conocimientos. La realidad de nuestro continente demanda de nosotros, abogados, abogadas, jueces, juezas, profesor(a)s e investigador(a)s un serio compromiso con nuestros pueblos. Ello puede manifestarse a través de la defensa activa de movimientos sociales que luchan contra todo tipo de despojos; de un fuerte activismo judicial para hacer cumplir los derechos fundamentales; de clases encaminadas a una formación crítica que mire hacia todas las aristas del Derecho; o a través de estudios, investigaciones y libros como el que aquí ponemos a consideración del público.

Esta sola razón de índole práctica y política bastaría para darle sentido a los artículos que las y los lectores encontrarán en las siguientes páginas. No obstante, existen razones epistemológicas que nos empujan a destacar la importancia de trabajos como éste.

Vivimos en una etapa de profundas transformaciones del Derecho lo cual sitúa a la ciencia jurídica ante una transición paradigmática. Si bien en la propia vida del Derecho, éste nunca pudo ser reducido del todo al ámbito estatal, al menos la pretensión de exclusividad estatal en la producción jurídica aunado a la soberanía exclusiva del Estado, llevaron a que una buena parte de los operadores jurídicos así lo creyeran, y en consecuencia, así actuaran. A su vez, y en este tenor, la teoría del Derecho se conformó en torno a esta concepción acerca del fenómeno jurídico, constituyéndose la dogmática jurídica como la

disciplina científico-jurídica por excelencia. El formalismo, el positivismo, y el normativismo en todas sus manifestaciones, fueron los modelos epistemológicos hegemónicos.

Hoy, las reconfiguraciones del Estado en lo interno y lo externo han puesto en crisis al Derecho tal y como lo entendíamos, y al modelo de ciencia jurídica conformado a partir de éste. El proceso de globalización y la emergencia de nuevos sujetos autoconscientes de su diversidad política y normativa nos incitan a empezar a pensar el Derecho desde otros referentes. En este punto, no queda claro hacia donde vaya a caminar la ciencia jurídica, ni cuáles van a ser los nuevos paradigmas que se instalen y conformen el nuevo “sentido común” jurídico. Por ello, si queremos que esos nuevos paradigmas respondan a la realidad e intereses de los pueblos; que la ciencia sea rigurosa, pero comprometida con nuestras realidades, que el conocimiento sea emancipado y a la vez emancipatorio; no queda más que aprovechar el marco que brinda esta transición paradigmática para proyectar el tipo de ciencia jurídica que queremos. No podemos dejarle sólo el espacio a los mismos que siempre escriben, a los mismos que siempre construyen sentidos. No podemos dejarle el Derecho y su estudio a los que han hecho de él un instrumento de dominación.

Debido a ello, el presente libro persigue como objetivo abonar a esta discusión en torno a las potencialidades del Derecho en medio de esta transición paradigmática. Para ello describe, en el primer bloque, la propia conformación moderna del Estado-nación y las transformaciones acontecidas en el mismo durante los últimos años. Ello con el objetivo de contextualizar históricamente los avatares del estado moderno, en cuyo seno de desarrollará el Derecho también moderno, con sus contradicciones. Creemos que comprender el espacio histórico de formación de los Estados-naciones siguiéndolo hasta las transformaciones actuales, genera un marco idóneo para poder comprender la conformación de la ciencia jurídica y los retos que la misma tiene hoy.

Por esta razón, el segundo bloque del presente libro, se encamina a rastrear el proceso de conformación del Derecho y de la ciencia jurídica moderna, con sus aciertos, desventuras y olvidos. En medio del contexto histórico recreado por los dos primeros artículos, el tercero describe (partiendo de los caracteres generales de la filosofía moderna) la conformación acrítica del Derecho moderno con todos los elementos dejados en el camino. Pero no se queda en esta arista de reconstruir estos procesos, también se apunta a señalar, en el cuarto artículo, cuáles serían los modelos de ciencia social que debería seguir la ciencia jurídica para retomar la senda crítica en la comprensión del fenómeno jurídico y el compromiso con la emancipación y la transformación social. Acerca del olvido de una de las figuras jurídicas nacidas con el Derecho moderno que, por diversas razones, fue dejada en el camino, se aboca el quinto artículo del presente texto, el cual recupera el concepto “liberal” del derecho de resistencia para reinterpretarlo en función de las reivindicaciones actuales de los movimientos sociales, las cuales se concentran sobre todo, en la verdadera efectividad de los derechos fundamentales. Como colofón del

bloque, el sexto artículo esboza precisamente uno de los diversos modelos teóricos desde los cuales se puede construir esta ciencia jurídica crítica. Se trata del Pluralismo Jurídico como paradigma epistemológico que cuestiona el monismo reinante y brinda otros esquemas para comprender el Derecho, en esta idea de replantear nuevos horizontes para las investigaciones jurídicas, y de que éstas sirvan a los actores sociales.

A partir de todos estos presupuestos históricos, teóricos y epistemológicos, el tercer bloque se encamina, recuperando todo el aparato crítico, a exponer estudios de casos concretos. El séptimo artículo analiza la autonomía indígena como sustrato del pluralismo jurídico haciendo la comparación respectiva con relación al Derecho del Estado. El octavo, busca también acercarse a experiencias comunitarias pero ahora desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Se presenta en concreto el caso de la defensa del derecho humano al agua de la comunidad indígena náhuatl de *Xoxocotla*, ante el Tribunal Latinoamericano del Agua.

Más allá de la estructura del libro, descrita en los tres párrafos anteriores, resulta importante resaltar la relevancia que le concedemos al auxilio de otras disciplinas para poder comprender el campo jurídico. En el presente texto, la historia, la sociología, la antropología, la geografía y la teoría política se convierten en asideros teóricos que coadyuvan a la comprensión del fenómeno jurídico, aunado a la siempre útil presencia de la filosofía. Sostenemos firmemente que, en contexto actual que vive la ciencia, no se puede prescindir de los auxilios de otras disciplinas para el objetivo central de comprender y transformar la nuestra.

Habiendo ya delineado los objetivos, metodología, estructura y pertinencia del presente trabajo que ponemos a consideración de las y los lectores, pasemos ahora a realizar una pequeña reseña de cada uno de los artículos incluidos en los tres bloques del presente libro.

El primer bloque titulado “**Estado y Derecho en la modernidad eurocéntrica: contextos histórico-conceptuales**”, comprende dos artículos que se encargan de trazar el panorama de conformación del Estado-nación moderno hasta nuestros días.

El primero de ellos “*La nación y el Estado-nación: implicaciones para América Latina. Prolegómenos fundamentales*”, de Jorge Peláez Padilla, nos ofrece a través de análisis conceptuales y reconstrucciones históricas, un panorama del complejo proceso de formación del Estado-nación en la modernidad con las implicaciones resultantes para Nuestra América. Para ello, analiza críticamente algunos de los diversos conceptos que tradicionalmente se han vertido en torno a la nación y al Estado-nación. Luego de desmontar algunos conceptos y recuperar elementos valiosos de otros, ofrece su visión en torno a cómo se dio históricamente el proceso de conformación de los Estados-naciones en Europa. En este tenor, destaca como elemento inicial la existencia de estados centralizados que luego se dieron a la tarea de fabricar las naciones a través de la homogeneización de la población, desempeñando un papel trascendental el Derecho en este particular. Este modelo de

Estado-nación, continúa planteando Jorge Peláez en su artículo, es trasladado al contexto latinoamericano sin hacerse las respectivas traducciones, lo cual trajo como consecuencia que nuestros Estados-naciones, lejos de fabricarse, en mayor medida se inventaran siguiendo patrones ajenos a nuestras realidades, poblaciones, e historia.

El segundo artículo *“Paisaje actual del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica”*, de Aleida Hernández Cervantes, constituye, hasta cierto punto, una actualización del devenir del Estado moderno, haciendo más énfasis en el aspecto institucional estatal que en el nacional. A lo largo de sus páginas, ilustra cómo el modelo de Estado-nación se ha ido desdibujando en las últimas décadas en paralelo al fortalecimiento de los procesos de globalización económica y en mayor medida con el advenimiento de la sociedad de la información. Ello, aunado a las emergencias de los procesos locales, ha conducido a que el Estado ahora tenga que compartir su otrora exclusiva función soberana, con otros actores emergentes con mucho poder. Así el Estado termina, no por desaparecer (como han pretendido hacer creer algunos gurús del neoliberalismo), sino por convertirse en un ente mediador entre lo global y lo local, facilitando al primer ámbito su control y dominio sobre el segundo, proceso que lleva ineludiblemente al adelgazamiento del Estado y al debilitamiento de sus funciones soberanas tal y como habían quedado luego de la Paz de Westfalia. En este particular hay que destacar que, cuando Hernández Cervantes habla de lo global, se refiere a la voracidad de las grandes empresas transnacionales y de algunos organismos internacionales que le son afines (OMC, BM, FMI, OCDE). Todos en conjunto, van borrando las fronteras e imponiendo como única norma y regla de convivencia el mercado, la ganancia, y los intereses hegemónicos de estos grandes consorcios y de los Estados donde radican. Todo este contexto de “desnacionalización del Estado, desestatalización de los regímenes políticos e internacionalización del Estado-nacional”, trae aparejado profundas transformaciones en el campo jurídico. Una de ellas es el advenimiento ya definitivo del pluralismo jurídico como realidad que la modernidad del Derecho no puede esconder más, especialmente de su vertiente conservadora y reaccionaria. Se trata del pluralismo jurídico de las grandes empresas que socava el papel del Estado en la organización y cumplimiento de las políticas sociales, laborales, educacionales, de salud, etc.

El segundo bloque del presente libro se titula **“Ciencia jurídica moderna y teoría crítica”**. En el mismo, se parte del contexto histórico, del devenir y actualidad del Estado moderno, para narrar cómo se constituyó la ciencia jurídica moderna y bajo qué presupuestos puede esta ser dotada de contenidos críticos que se hagan eco de las urgencias de nuestro tiempo, y de los propios cambios epocales que nos narra Aleida Hernández en su artículo. Este bloque aborda además algunas figuras jurídicas con las cuales nace el Derecho moderno y que luego son abandonadas.

El primero de los artículos de esta sección *“La ciencia jurídica moderna y el abandono de la razón crítica”*, de Edmundo del Pozo Martínez, parte del estudio de los presupuestos

fundamentales de la filosofía crítica moderna en Kant y Hegel, con el objetivo de destacar el legado crítico presente en la obra de estos autores. Luego, analiza la formación de la ciencia jurídica moderna (escuela histórica alemana, escuela de la exégesis francesa, escuela analítica inglesa, jurisprudencia de conceptos, positivismo normativista kelseniano) para destacar cómo se van alejando paulatinamente de estos postulados críticos, asumiendo una actitud “estrictamente científica”, distante ya de los orígenes iusnaturalistas del saber jurídico moderno. En este particular, ilustra Edmundo del Pozo cómo van renunciando estas escuelas al estudio de las posibilidades del sujeto para el conocimiento, a la dialéctica, y a darle cabida a los elementos morales a la hora de estudiar y analizar el Derecho. Este abandono lo ancla en el contexto político de los siglos XIX y XX, muy distintos de los siglos anteriores donde la burguesía no detentaba el poder político. En el siglo XIX ya no era necesario anclar en Derecho en aspiraciones morales. La burguesía había logrado reflejar todas sus demandas y móviles de vida en el Derecho que ahora creaban las asambleas representativas. Sólo hacía falta dar cuenta de él de manera neutral, conceptual, desideologizada; pretensión que, como plantea del Pozo Martínez, nunca se logró, y más allá, perseguía fines claramente ideológicos, al hacer neutral el *status quo* existente. De esta manera nos demuestra como la constitución de la ciencia jurídica moderna se dio de una manera acrítica.

El segundo artículo “*El Derecho como Ciencia Social. Análisis crítico filosófico*”, trasciende de la mera identificación acerca de cómo se constituyó la ciencia jurídica moderna. En él, Mylai Burgos Matamoros explica cómo debería conformarse una ciencia jurídica con caracteres críticos. Para ello primero define qué entiende por ciencia social partiendo de las concepciones científicas de la escuela crítica de Frankfurt, de posiciones dialécticas y críticas hermenéuticas. Según Burgos Matamoros, la ciencia social debe tener en cuenta el origen y el fin (práctico) del conocimiento científico social y el entorno de estudio del fenómeno social, siendo éste la *totalidad social*. En este tenor la investigación crítica, que debe fincar su fundamento en la vida humana, tiene como exigencia permitir la pluralidad metodológica, utilizando la razón intersubjetiva desprovista del sentido instrumental otorgado por el positivismo. Además, deberá criticar el resultado de la investigación con el mismo grado en que critica a su objeto. Al conocimiento científico social obtenido a través de un proceso que tenga en cuenta estos elementos señalados, Mylai Burgos le denomina “conocimiento emancipatorio”. Ahora bien, es este modelo de ciencia social crítica el que se propone para la ciencia jurídica. El estudio del Derecho deberá ser concebido entonces como un ejercicio reflexivo que cuestione lo que se encuentra normado y oficialmente consagrado en el plano del conocimiento, del discurso, y de la realidad. Por ello, una auténtica ciencia del Derecho desde perspectivas críticas, deberá velar por la creación, mantenimiento y constante evolución de prácticas jurídicas diversas, construyendo emancipación y no dominación.

En concordancia lo anterior, Aline Rivera Maldonado recoge esta visión crítica de la conformación del Derecho, al referirse a una de las figuras emblemáticas de la tradición jurídica crítica: la resistencia. A lo largo de su artículo “*La lucha por subsistir: El papel del derecho (y el deber) de resistencia en la efectividad de los derechos fundamentales*”, la autora busca recuperar éste concepto y lanzarlo al debate jurídico actual de los derechos fundamentales. Para ella, la posibilidad de la verdadera garantía y efectividad de los derechos humanos y fundamentales, debe pasar necesariamente por el reconocimiento del ejercicio del “derecho de resistencia”. Para Aline Rivera, este derecho constituye un mecanismo que opera –de forma jurídica o extra-jurídica– para exigir el cumplimiento de los derechos fundamentales. Lo anterior resulta de enorme importancia para comprender que la persona que *se resiste* ante la vulneración (real o potencial) de un derecho, no es alguien que se coloca fuera o en contra del Estado constitucional democrático o del Derecho mismo, sino todo lo contrario: es su *defensora*. La resistencia se configuraría así como una “garantía social” para la defensa y efectividad de los derechos, y no como un motivo de criminalización de la protesta social, como ocurre frecuentemente en el México de hoy.

Aline Rivera desarrolla su argumento dejando antes sentadas las nociones de “derechos fundamentales”, “derechos humanos” y “garantías”. Luego explica cuáles fueron las causas del abandono por parte de la teoría y la práctica jurídica de un concepto como el de “resistencia a la opresión”. Entre ellas sitúa el ascenso de la burguesía a la conducción del Estado sumado al hecho de que hoy las fuentes de dominación y de opresión son múltiples y diversas. Más adelante, y entrando ya de lleno en el análisis de la figura jurídica objeto de su artículo, Rivera Maldonado asienta los postulados que fundan la pertinencia del “derecho de resistencia” en la necesidad de que existan otros mecanismos que puedan utilizarse cuando los tradicionales han fallado en la función de hacer cumplir los derechos fundamentales, de hacerlos efectivos, lo cual restablecería a su vez la legitimidad y la legalidad vulneradas por los actos del Estado. Por ello establece la naturaleza jurídica de esta institución como un derecho-deber-garantía, lo cual significa que todas las personas tienen el deber de ejercer este derecho fundamental como una garantía ante la falta o inoperancia de otras garantías jurídicas, para así colaborar con el Estado en la protección de sus derechos. De ahí que proponga el necesario reconocimiento del derecho de resistencia en los Estados constitucionales democráticos de Derecho contemporáneos, tal y como ya ha ocurrido en diversas latitudes y épocas.

Aline Rivera completa su trabajo haciendo un análisis de los principales anclajes teóricos de este derecho que a su vez es un deber-garantía, así como de los casos en que es legítimo ejercitar el derecho a la resistencia. Éstos, enfatiza la autora, son sobre todo aquellos casos en los que la resistencia está ligada a la subsistencia misma de las personas quienes, por todos los medios a su alcance, intentan hacer efectivos sus derechos. De esta forma, los múltiples movimientos de resistencia que reivindican derechos hoy, estarían plenamente legitimados. No está de más decir que frente a los posibles conflictos de de-

rechos que puedan surgir, la autora señala que el principio de proporcionalidad (medios apropiados, necesidad y proporcionalidad) aparece como un instrumento útil para dirimirlos, aplicando como único límite a la utilización de este derecho, los propios derechos fundamentales.

Por otro lado, del llamado que hace Mylai Burgos para constituir una ciencia jurídica crítica se hace eco Liliana López López en su artículo *“El pluralismo jurídico, una propuesta paradigmática para repensar el derecho”*. En el mismo se critica la pretendida exclusividad del Estado en la creación jurídica, con el correlativo modelo teórico que le dio cobijo: el monismo jurídico. Según López López, la realidad del Derecho en el ámbito intranacional e internacional evidencia cada vez con más fuerza que son varios entes los encargados de crear Derecho, siendo necesario, por lo tanto, otro paradigma que pueda dar cuenta de esta realidad; un paradigma crítico y a la vez comprometido con la transformación del Derecho. El Pluralismo Jurídico como paradigma emergente, no es tan nuevo como aparenta. La autora rastrea su origen en la obra de Georges Gurvitch y va narrando los presupuestos epistemológicos del mismo, hilvanando esta primera obra con las de Antonio Carlos Wolkmer y Boaventura de Sousa Santos. De ello colige que el fundamento del iuspluralismo es el reclamo de la falsedad del monopolio estatal de la producción y distribución del Derecho; que el mismo supone primero el cuestionamiento y luego la remoción de la estatalidad como rectora en la producción y aplicación del Derecho implicando ello un cambio estructural en los cimientos jurídicos. Liliana López resume la propuesta teórica de este paradigma describiendo los cambios que supone en la forma de concebir al derecho y en el modo de abordar su estudio. Ahora bien, y pese a todas las ventajas atribuidas al pluralismo jurídico como herramienta teórica apta para entender y explicar la complejidad del fenómeno jurídico en nuestro tiempo, la autora nos alerta de la necesidad de despojarlo de contenidos éticos a priori, ya que no necesariamente puede implicar contenidos políticos más deseables, teniendo en cuenta las condiciones socioestructurales en las que se desarrolla el fenómeno jurídico. Como ya señaló Aleida Hernández en el segundo artículo del presente trabajo, también existe un pluralismo jurídico conservador y reaccionario.

Finalmente, entramos al tercer bloque del presente texto, que tiene por título **“Estudio de casos”**. En el mismo se aterrizan algunos elementos de la teoría e historia crítica, esbozadas en los dos primeros bloques, a dos casos puntuales:

1. “El derecho estatal frente al ejercicio de la autonomía indígena zapatista: Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas y Juntas de Buen Gobierno.”
2. “El caso de la comunidad indígena de *Xoxocotla* (México) frente al Tribunal Latinoamericano del Agua. Un ejercicio de aterrizaje del derecho humano al agua.”

En el primero de los artículos, escrito por Yacotzin Bravo Espinosa, se busca cuestionar partiendo de una experiencia específica de ejercicio de la autonomía indígena, la forma monista y excluyente a través de la cual el derecho mexicano se ha constituido

y funciona actualmente. El objeto fundamental es mostrar esta particular experiencia de pueblos que se han decidido a hacer por la vía de hechos lo que el Estado debió de haber reconocido e implementado acorde con las exigencias de los pueblos y los estándares trazados por tratados y declaraciones tanto globales como regionales. Esta experiencia muestra, los pocos avances del Estado mexicano y del derecho que crea, en la ruta comprender los sistemas de derechos de los pueblos originarios y avanzar en la regulación de las claves para una viable interlegalidad que permita el ejercicio de la autonomía dentro del marco de un Estado plurinacional y multicultural.

Para abonar en esta discusión, la autora comienza definiendo qué entiende por “derecho a la libre determinación” en el marco de la autonomía, complejizando los alcances y marcos de este concepto y su praxis tanto en la doctrina como en el Derecho Internacional. Luego, entra a analizar la regulación del derecho a la libre determinación en el marco de la autonomía. El análisis se centra en la reforma de 2001 a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, sumamente criticada por los pueblos y también por los académicos estudiosos del tema. Yacotzin Bravo abona a la discusión y analiza las implicaciones del hecho de que la Reforma sólo permitiera la autonomía a nivel comunal. Una de esas implicaciones es precisamente el reforzamiento de los procesos de construcción de la autonomía de facto por parte de los pueblos, aspecto al cuál le dedica la autora un número considerable de páginas en el cuarto acápite de su artículo, con el objetivo de recrear cómo en territorio zapatista se ha construido todo un sistema autonómico que califica de la autora de “integral” y “complementario”. Esta caracterización de la autonomía zapatista le es útil a la autora para en definitiva comparar las potencialidades de ambos sistemas (el estatal y el autonómico) en lo relativo comprender y darle cause a las formas de organización de los pueblos originarios. De ello concluye que, mientras el Estado con sus estructuras rígidas que se conciben como principio de organización no da respuestas adecuadas para dar cabida a la diversidad cultural organizativa y jurídica de México, la autonomía que construyen las comunidades que conforman las bases zapatistas, con sus tres niveles, se adecua mucho más a las realidades y necesidades que viven los pueblos, y han logrado dar resultados positivos para sus pobladores, incluso frente al hostigamiento constante de las autoridades de los diversos órdenes de gobierno.

El segundo artículo del presente bloque busca también acercarse a experiencias comunitarias pero ahora desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En dicho trabajo, Silvia Emmanuelli y Rodrigo Gutiérrez estudian el caso de la defensa del derecho humano al agua de la comunidad indígena Nahuatl de *Xaxocotla*, ante el Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA). También constituye un objetivo esencial del texto, destacar la importancia del TLA como una garantía extra institucional (social) que permita la justiciabilidad de los derechos en México. Todo lo anterior, partiendo de varias premisas teóricas y prácticas como lo son; la interdependencia, integralidad e indivisibilidad de los derechos; la diferenciación entre éstos y sus garantías, resaltando la social; la relevancia

de los tratados internacionales dentro de la arquitectura del ordenamiento jurídico mexicano.

Éste es el trabajo que en adelante ponemos a consideración de las y los lectores. Es fruto de varios años de reflexión colectiva e individual en el marco de las investigaciones y experiencias de cada autora y autor, y de los debates sostenidos en el seno del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho (RADAR). Se parte del afán de que este trabajo sea de utilidad para los que, como nosotro(o)s, se encuentran inmersa(o)s en esta dura tarea de luchar contra el “sentido común” jurídico y sus prácticas hegemónicas y lesivas contra los pueblos; sepan que no están sola(o)s. También, esperamos que sirva de motivación a las y los que se inician en la senda del pensamiento jurídico crítico. Leer, estudiar, formarse y articularse es un imperativo para regresarle al Derecho el sentido humano y de justicia con el que en parte nació; no por pura vanidad academicista, sino porque los hombres y mujeres que luchan, sufren y se organizan, así lo demandan.

Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos-RADAR
Ciudad de México, noviembre de 2011

SECCIÓN 1
ESTADO Y DERECHO EN LA
MODERNIDAD EUROCÉNTRICA:
CONTEXTOS HISTÓRICO-CONCEPTUALES

LA NACIÓN Y EL ESTADO-NACIÓN: IMPLICACIONES PARA AMÉRICA LATINA. PROLEGÓMENOS FUNDAMENTALES

Jorge Peláez Padilla

*...el estado-nación es una forma de estado, esto es de poder,
que se disfraza de nación, esto es, de conciencia.*
(Josep Fontana)

“El mundo occidental, al expandirse sobre el resto del mundo, ha creado sus propias interpretaciones de la historia, que no son otra cosa que interpretaciones de su propia historia en relación con la de otros pueblos.”
(Leopoldo Zea)

1.- Introducción

Gran parte del conocimiento que hoy tenemos acerca de América Latina, o al menos el más difundido, fue resultado de aplicar las concepciones y teorías propias del liberalismo y del positivismo, e incluso de un marxismo que no se apartó del todo del mito fundacional occidental y europeo.¹ Bajo estas teorías fueron analizados los datos históricos² lo cual llevó a que los observables y los hechos, incluso algunos que podrán hoy parecer elementales³, fueran concebidos desde los presupuestos teóricos generados por los centros de poder económicos políticos y culturales en la modernidad.

Como consecuencia aprendimos que “modernidad” es un invento exclusivamente europeo, que fuimos “conquistados” debido a nuestra inferioridad cultural y hasta humana; que el camino para llegar a los estándares de desarrollo europeos y norteamericanos era el de seguir sus pasos, pero no los pasos que dieron históricamente, sino los que en

1 WALLERSTEIN, Immanuel, *Impensar las Ciencias Sociales*, FCE, México DF, 1998, pp. 59.

2 Que como bien dice Bourdieu, ya eran una construcción social “Los hechos sociales están contruidos socialmente, y todo agente social, como el científico, construye de mejor o peor manera, y tiende a imponer, con mayor o menor fuerza, su singular visión de la realidad.”, BORDIEU, Pierre, *El oficio de científico*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 153.

3 Utilizando la terminología de Rolando García, en *Sistemas Complejos (Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria)*, ob. cit., pp. 43. Para Rolando García “no hay “lectura pura” de la experiencia” ya que “toda experiencia está cargada de teoría. Conocer significa establecer relaciones en una materia prima que, sin duda, es provista por la experiencia, pero que cuya organización depende del sujeto cognoscente ya que consideramos el conocimiento como un fenómeno social y, por lo consiguiente, intersubjetivo.” Luego de afirmar lo anterior, pasa a diferencias entre datos, hechos y observables. “Definiremos los observables como datos de la experiencia ya interpretados. Los hechos son relaciones entre observables.”

tratados de política y economía nos dijeron que dieron. La forma de ver la nación y el Estado-nación no escapa a estas lecciones que nos han sido diseñadas.

Por los motivos antes expresados, no resulta ocioso, sino incluso imprescindible, regresar a nuestra historia e intentar desentrañar los dos niveles de construcciones sociales presentes en ella y, a partir de un nuevo marco epistémico, reconstituirla.

Ante este hecho puede caber la interrogante acerca de por qué se hace necesaria esta reconstrucción. A primera vista salta la respuesta a esta pregunta. La forma en que hemos entendido nuestro lugar en el mundo, nuestro pasado, ha contribuido a fincar nuestra imagen de pueblos marginales en la historia, a la saga de los pueblos superiores en cultura, desarrollo económico y civilidad, sirviendo por lo tanto, para justificar nuestra condición de dominados en el contexto histórico en que vivimos. Volver a narrar nuestra historia significa comenzar a conocernos y traducir los procesos históricos que han sido interpretados en otro sentido, en busca de respuestas útiles para cambiar nuestra realidad.

El derecho y sus instituciones, tal y como los conocemos, han sido fruto también de este proceso constrictor de sentidos. Repensar el proceso de formación de los estados-naciones es regresar al momento de gestación del derecho moderno, lo cual permitiría comenzar a verlo con otros ojos, recogiendo todo lo que, por “descuido” o intención, fue dejado en el camino.

A este esfuerzo se encaminan las siguientes páginas, que no aspiran a ser conclusivas ni exhaustivas; sino sólo a plantear algunos aspectos fundamentales en torno a los conceptos de nación y de estado nación, y a la forma que han sido entendidos y aplicados en América Latina; dando cuenta de algunas maneras, poco usuales, de enfocar nuestra historia, sobre las cuales sería muy útil profundizar en futuras investigaciones.

2.- Diversos conceptos en torno al fenómeno nacional

Antes de iniciar nuestro análisis, resulta oportuno hacer un alto para aclarar las diversas formas a través de las cuales me referiré al fenómeno nacional. Considero, compartiendo en parte las ideas de Stavenhagen⁴, que existen dos formas de entender la nación. La primera de ellas se identifica con las personas que habitan dentro de las fronteras de un Estado y que por esta misma razón, se asume que deben tener una misma identidad. A esta forma le llamaré **“la nación para el Estado-nación”**. La misma, confunde a la nación con el Estado viendo a ambos fenómenos como consustanciales, quedando una gran duda acerca de cuándo, en el discurso, se está hablando de la nación y cuando del Estado-nación.

La segunda, hace referencia a criterios étnicos, a atributos culturales compartidos, y le llamaré **“la nación como identidad etnocultural”**. Según este criterio, para que

4 STAVENHAGEN, Rodolfo, *Conflictos Étnicos y Estado Nacional*, Siglo XXI, México, 2000, p. 10.

exista la nación no es necesaria su constitución como Estado aunque sí que existan determinados elementos políticos que se resalten dentro de lo étnico. Esto no obsta para que pueda coincidir la nación como identidad etnocultural con el espacio territorial que ocupa un Estado, lo cual dado la diversidad del mundo y de los pueblos, sería hoy cosa excepcional.

En lo subsiguiente, me referiré a la primera de estas formas. Cuando haga alusión a “la nación como identidad etnocultural” lo haré expresamente.

Son diversos los conceptos que se han expuesto en torno al fenómeno nacional acorde a diversos enfoques o perspectivas investigativas (histórica, politológica, sociológica, antropológica o nacionalista⁵). La mayor parte de los mismos expresan su condición moderna. Intentan explicar la nación dentro de los marcos epistemológicos impuestos por la modernidad: fragmentación del mundo; visión del mismo desde referentes disciplinares, dualismo; etc. Éstos, aunque han aportado elementos valiosos que ayudan a comprender el fenómeno nacional, no alcanzan a aprehenderlo en toda su complejidad por no incluir una perspectiva interdisciplinaria y holística que intente comprender el mundo y sus fenómenos tal y como ocurren.

En el presente apartado analizaremos algunas posiciones que ya pueden ser considerados *clásicas* de la materia en cuestión. De estas trataré preferiblemente, aquellas que han intentado ofrecer una explicación fuera de la retórica nacionalista y fragmentaria del conocimiento. Si abordo algunas que se insertan dentro de esta corriente de pensamiento, lo haré solamente como estrategia expositiva. Trataré algunas perspectivas desde América Latina, preteridas en muchas investigaciones, pero que han logrado penetrar en las honduras del problema nacional de nuestra América, por el sencillo hecho de estar escritas desde nuestra realidad.

Posteriormente, enunciaré y comentaré algunas de estas definiciones para proceder a conformar, luego de un breve recorrido histórico, nuestra propia definición operativa de **nación para el Estado-nación**. El motivo que me obliga a centrarme en ésta definición, es el hecho de haberse situado siempre la misma en el centro de las discusiones nacionales, desplazando a la otra forma de ser entendido este fenómeno. Desafortunadamente, este desplazamiento no ha ocurrido sólo en el campo de las discusiones teóricas, sino también en el espacio de la vida política moderna, ocupando esta “nación” abstracta el lugar de la “nación” o las “naciones” etnoculturales; hasta el extremo que, a través de la violencia estatal, se han modificado las segundas para moldear las primeras. Tratar de dejar al descubierto este hecho nos lleva a concentrarnos en el análisis de la **nación para el Estado-nación**.

En la primera de las definiciones que he escogido para analizar, se afirma que la nación “...es, pues, una gran solidaridad constituida por el sentimiento de los sacrificios

5 Se refiere a la visión del fenómeno Estado-nación desde los nacionalismos modernos.

que se han hecho y de los que aún se está dispuesto a hacer. Supone un pasado, pero se resume, sin embargo, en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida en común.”⁶ Como se evidencia, estamos ante una definición que basa su concepción de la nación en la idea del consentimiento de un pueblo, de la voluntad de marchar juntos. Está implícita aquí la idea de continuidad en el tiempo, de ver la nación como un hecho sin asideros claros: ha existido siempre, y si es la voluntad de los pueblos, existirá hasta que ellos lo determinen y por esa misma razón, el Estado es el lugar “necesario” donde tienen que trenzarse los lazos de esa identidad nacional.

Este concepto, si bien supera las limitaciones de la mayoría de las definiciones decimonónicas que reforzaban el acento en los elementos étnicos y lingüísticos, tiene tres deficiencias fundamentales, a saber: la idea de la extensión de la nación hacia el pasado y hacia el futuro, sobre lo cual nos atrevemos a afirmar que la nación es un fenómeno esencialmente moderno (más adelante lo demostraremos); derivada de lo anterior, la ausencia de referentes histórico-políticos y estatales en el análisis; y finalmente, el no quedar a salvo de una retórica claramente nacionalista.⁷

Por otro lado, la nación ha sido vista como “...una comunidad política imaginada como inherentemente limitada y soberana.”⁸ Esta definición es concisa, clara y su intención es describir cómo se muestra la nación, aclarar cuales son los presupuestos fundamentales para que ésta se pueda concebir. Su principal aporte a la teorización acerca de la nación radica en dibujarla como una *comunidad imaginada*, como un ente que pueden concebir los seres humanos independientemente de que tenga existencia objetiva o no. Descubre lo falaz de la visión esencialista y eterna de la nación. Ahora bien, como elemento crítico, se puede señalar que este esquema es fundamentalmente culturalista y deja de lado los elementos políticos y de fuerza que también están presentes en esta construcción. Sobre esta concepción regresaremos más adelante cuando intentemos hilvanar el proceso de formación de la **nación para el Estado-nación**.

Por otro lado se ha intentado también resaltar dos elementos en la constitución de la nación: el cultural, y el voluntarista,⁹ viendo desde esta perspectiva a la nación como una contingencia y no como una necesidad universal, entendiéndola en el contexto de la modernidad y de la sociedad industrial.¹⁰ Con relación al elemento cultural, se plantea que

6 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, en FERNANDEZ BRAVO, Álvaro (compilador), *La invención de la Nación (lecturas de la identidad de Herder a Homi Bhabha)*, Ediciones Manantial SRL, Buenos Aires, 2000, p. 65.

7 HOBBSAWM, Eric, BELTRÁN, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Crítica, Barcelona, 2000, p. 10.

8 ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas (Reflexiones sobre le origen y la difusión del nacionalismo)*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1993, p. 23.

9 GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismos*, Alianza, Madrid, 1988, p. 20

10 *Ibidem.*, p. 19.

dos personas son de la misma nación sólo si comparten la misma cultura. Teniendo en cuenta el elemento voluntarista, se afirma que el hecho de reconocerse los seres humanos como pertenecientes a una misma nación también ayuda a clarificar este concepto. El mismo, si bien es sólo descriptivo y no va a la esencia del problema, sí llega a dibujar cómo se puede ver la nación hoy.

En un tenor similar, se ha intentado definir la nación resaltando también su elemento contingente, no vista como una entidad social primaria e invariable, sino íntimamente vinculada con el Estado territorial moderno (Estado-nación).¹¹ Coincidiendo con las anteriores definiciones (a excepción de la primera), se afirma su pertenencia a un período histórico concreto y reciente, además de mostrar que su surgimiento no es necesario e inmanente, sino que responde a cierta ingeniería social.

Escribiendo desde Nuestra América, se ha abordado el fenómeno nacional como la construcción de un yo colectivo, constituyendo la forma de colectividad más eficiente para la instalación del modo de producción capitalista. Desde este punto de vista, la nación no se puede estudiar separada del Estado-nación siendo este último el momento culminante de la nación, el fin perseguido por todo un proceso consciente de nacionalización.¹² Dentro de este proceso tiene una especial consideración lo que se denomina “*momento constitutivo*”.¹³

Por su parte, y también desde éste lado del mundo, Aníbal Quijano refiere que lo que hoy llamamos Estado-nación (eurocéntrico) es una experiencia muy específica, una sociedad individualizada entre todas las demás que funge como vínculo identitario, una estructura de poder de una determinada sociedad que se he logrado imponer por sobre todas las demás. Para el logro de este fin, ha sido necesaria la implicación de las instituciones políticas de ciudadanía y de democracia política y económica, aunque sea de forma aparente.¹⁴ No resulta necesario que el alcance de estas instituciones abarque a toda la población, lo verdaderamente importante es que llegue a las mayorías, o que las mismas sientan que pueden contar con estas instituciones, aunque en la realidad no ocurra. Con

11 HOBBSAWM, Eric, BELTRÁN, *Naciones y nacionalismo desde 1780, ob. cit.*, pp. 17, 18.

12 ZA VALETA MERCADO, René, “Notas sobre la cuestión nacional en América Latina”, en ZA VALETA MERCADO, René, *El Estado en América Latina*, Los amigos del libro, Cochabamba, 1990, p. 46.

13 Zavaleta Mercado entiende el momento constitutivo como el momento económico de la formación nacional, paralelo al momento ideológico y cultural. Este es coyuntural y define en gran medida los caracteres bajo los cuales se constituirá la nación. Según su criterio, cada sociedad vive varios momentos constitutivos de diferente intensidad los cuales son variados y diversos. *Ibidem.*, p. 51.

14 QUIJANO, Aníbal, “Colonialidad del Poder, eurocentrismo y América Latina”, en LANDER, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO-UNESCO, 2000, pp. 226-227.

los anteriores elementos queda claro que también se adscribe a la posición teórica que concibe al Estado-nación como un fenómeno inherente a la modernidad.

Finalmente, considero útil hacer mención a una agrupación, propuesta por Stavenhagen, de los diversos criterios que han sido esbozados acerca de la nación. Estos, han sido divididos en cinco grupos fundamentales: los objetivistas, los subjetivistas, los funcionalistas, los políticos y los marxistas.¹⁵

En el primer grupo se sitúan todas aquellas teorías que manifiestan la existencia de la nación independientemente de que los individuos se consideren o no parte de ella. Existen elementos como la lengua, la religión, entre otros, que llevan a considerar la existencia objetiva de la nación. Por otra parte, el territorio, también podría considerarse como un elemento de adscripción objetiva a la nación.¹⁶ La mayoría de los intelectuales nacionalistas se pueden agrupar en este rubro. Para sus afanes políticos de reivindicar un Estado para una nación, la misma tiene que existir históricamente y ser el antecedente de la formación de los Estados. También dentro de este criterio se pueden englobar a aquellos que tratan de ir más allá y conceptualizar la nación como forma de identidad etnocultural, sin la recurrente alusión al Estado como correlato.

Las corrientes subjetivistas tratan el tema nacional como una autoadscripción, como un reconocimiento por parte de diversos sujetos de su pertenencia a una determinada comunidad.¹⁷ Para estos autores (entre los cuales se incluye a Renan, Gellner y Anderson) la nación no existe en verdad: o se trata de una comunidad que es imaginada por los sujetos con base a ciertos presupuestos objetivos dados (posibilidad de pensar la nación para Anderson); o se trata de una voluntad de permanecer juntos, de un plebiscito hecho cada día por seres humanos que reconocen en otros sus iguales;¹⁸ o por último versa acerca de sí se reconocen también como miembros de una nación, pero no de una nación que los precede, sino de una, que es fabricada y que luego le da la alternativa a la persona de reconocerse en ella.

Considero que la explicación de Stavenhagen con relación a la nación como conciencia subjetiva es incompleta teniendo en cuenta los fines del presente trabajo, ya que no aclara bien los límites entre lo subjetivo con relación a la nación, y con relación al nacionalismo¹⁹. No es lo mismo la voluntad de convertirse en nación para el nacionalismo, que la sensación de pertenecer a una determinada **nación como identidad etnocultural**. Para el primer caso, las implicaciones políticas son evidentes dado que el nacionalismo es la doctrina política que busca la creación de un Estado que cobije una

15 STAVENHAGEN, Rodolfo, *ob. cit.*, pp. 43-58.

16 *Ibidem.*, p. 47.

17 *Ibidem.*, p. 51.

18 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, *ob. cit.*, p. 65.

19 STAVENHAGEN, Rodolfo, *ob. cit.*, p. 49.

supuesta nacionalidad, potenciado a veces²⁰ por la intolerancia o la imposición de una nación dominante que monopoliza para sí el Estado. Para el segundo, la voluntad está referida a sentirse parte de una comunidad que se puede concebir a sí misma como nación; es una fase previa, ya que toda identificación nacional no deviene necesariamente en el nacionalismo moderno separatista.²¹

Con relación al enfoque funcionalista, más que contraponerse a las dos formas anteriores de concebir la nación (la objetivista y la subjetivista), constituye otro criterio de enfoque en torno al fenómeno nacional. No se busca saber cuando existe una nación, sino cuál ha sido su papel en la modernidad y en la sociedad industrial, en tenor de lo cual estas doctrinas afirman que “se trata del requisito funcional del Estado moderno.”²² Son muchos los autores que coinciden en este punto²³, independientemente de que traten o no el aspecto subjetivo en la consideración de la nación. Afirman que la nación es funcional al modo de producción y de apropiación de la realidad relativo a la modernidad. Sólo difieren en lo pertinente a los elementos que le van dando formación para lograr esta funcionalidad. Dentro de este grupo también se podrían colocar las obras ya referidas de Zavaleta Mercado y Aníbal Quijano.

Con relación al criterio político prefiero no abundar ya que es poco útil para los objetivos perseguidos, y además porque los argumentos que se esgrimen no trazan con claridad la línea entre nación y nacionalismo. Por este motivo creo que estas consideraciones se pueden subsumir en la anterior ya que siempre que se analice el aspecto funcionalista se estará también realizando un análisis esencialmente político.

Para concluir con esta agrupación, analicemos los enfoques marxistas. Con mucha razón se alude a la poca atención prestada por Marx a la cuestión nacional, subsumiéndola en el problema mayor de la sociedad capitalista según su criterio: el de la lucha de clases. También se hace referencia al debate sostenido por los intelectuales marxistas en el seno de la segunda internacional, debates que si bien abordaron en todos sus aspectos la cuestión nacional, siguieron supeditando su papel a un lugar secundario que se solucionarían con la construcción socialista, no obstante a que de su seno brotaron las primeras referencias a los derechos de libre determinación, y autonomías regionales²⁴. Esta clasifi-

20 Con ello no queremos decir que todos los nacionalismos tengan este sesgo.

21 HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismos desde 1780*, *ob. cit.*, p. 19.

22 STAVENHAGEN, Rodolfo, *ob. cit.*, p. 52.

23 TILLY, Charles, *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*, Alianza Editorial, Madrid, 1992; HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismos desde 1780*, *ob. cit.*; ANDERSON, Benedict, *ob. cit.*; GELLNER, Ernest, *ob. cit.*; BREUILLY, John, *Nacionalismo y Estado*, Pomares Corredor S.A., Barcelona, 1990; BHABHA, Homi K., *Narrando la nación*, en FERNÁNDEZ BRAVO, Álvaro (compilador), *ob. cit.*

24 STAVENHAGEN, Rodolfo, *ob. cit.* p. 54; DÍAZ-POLANCO, Héctor, *Etnia, clase y cuestión nacional* en DÍAZ-POLANCO, Héctor, *ob. cit.*, pp. 54-55.

cación, también puede ser confusa ya que otros autores pueden partir de bases teóricas ancladas en el marxismo y no suscribir esta corriente que describe el autor.

Ahora bien: ¿cómo armar este rompecabezas de criterios disímiles y opiniones aisladas? El objetivo de ofrecer y comentar estos conceptos no es otro que el de introducir, de alguna manera, las principales discusiones con relación al núcleo del fenómeno nacional, las posturas de diversos autores, los variados prismas a través de los cuales ha sido abordado el tema. La labor que realizaremos a continuación será la de, a través de los diversos estudios realizados sobre la nación y el Estado-nación, configurar nuestra propia perspectiva teórica y por lo tanto determinar hasta qué punto la esencia de este concepto, se puede aplicar o no a la realidad latinoamericana en vísperas y durante las guerras de independencia, e incluso hoy.

3.- ¿Ha existido siempre la nación? Principales anclajes tradicionales en torno al concepto de nación

El concepto de nación guarda una estrecha relación con la modernidad. Surge con ella, aunque luego en la construcción nacionalista aparezca como un hecho eterno, añejo.²⁵ Por este mismo motivo, hace su aparición junto a la idea del Estado moderno centralizado, el que luego será denominado retroactivamente como Estado-nación. La gran discusión radica en torno a sí es la nación precondición necesaria para el advenimiento del Estado; si por el contrario es el Estado y el afán centralizador y homogenizador del capital, los que crean a la nación a partir de etnicidades diversas; o si estos son fenómenos que surgen al mismo tiempo como consecuencia del cambio de época que comienza a operar con el renacimiento *europeo* y la conquista de América.

Valga aclarar en este momento que considero a la **nación del Estado-nación** y a todo lo que tiene que ver con ella, como una invención europea que adquiere sentido en el marco de la evolución histórica del viejo continente.

Con la dominación de gran parte del mundo por un importante segmento de la cultura occidental europea, sus concepciones fueron trasladadas hasta los más recónditos lugares, pero desde el punto de vista del vencedor, del dominador, del civilizador. A partir de este suceso surge América para la historia y luego Europa²⁶, surge la idea de raza como un elemento diferenciador de los seres humanos, unos por su raza destinados al “progreso”, y otros a la “primitividad” absoluta e irreversible. La forma de ejercer el poder para asegurar la tributación al mercado mundial va a revestirse de todos estos elementos y va a

25 ANDERSON, Benedict, *ob. cit.*, p. 22.

26 Europa surge, identitariamente, cuando se contrastan los pueblos colonizadoras con las realidades encontradas en América.

formar parte indisoluble de las subjetividades creadas a lo largo del período colonial. Es este el punto que Aníbal Quijano denomina “colonialidad del poder”.²⁷

Por si fuera poco, incluso los habitantes de las regiones que no llegaron a ser conquistadas y que fueron rodeadas por colonias europeas, se vieron influenciados también por esta particular forma de ver la realidad. Si bien ello no puede atribuirse al grueso de la población, sí es factible hacerlo con relación a las clases asentadas en el poder de estos Estados.

Con fundamento en los elementos anteriores, tenemos que comenzar estudiando la realidad europea que conlleva a que un término como el de “nación” sea inventado y luego exportado²⁸ a lo largo de todo el orbe. Es necesario conocer estas viejas categorías del pensamiento europeo para determinar en qué medida nos sirven o no, y luego, con un conocimiento de los porqués, poder proceder a la necesaria mudanza del lenguaje.

En el transcurso de la historia, la mayoría de los Estados que han aparecido sobre la tierra, ya sean imperios, ciudades-estados, o alguna otra forma, han estado constituidos por una población multicultural y no nacional.²⁹ Tanto las civilizaciones del antiguo oriente, como las prehispánicas, como la Grecia helenística, el imperio romano y chino, los califatos y emiratos musulmanes, los imperios mogoles y otomanos, tuvieron formas de organización y nuclearon a una población que estaba lejos de identificarse con la idea de nación que tenemos hoy. A ningún pueblo le preocupaba argüir la pertenencia a una nación para intentar constituirse como Estado independiente, ni resaltar la grandeza del Estado por la pertenencia a una nación claramente identificada política, territorial y culturalmente. La *civitas* romana pudiera pensarse que encarnara estos atributos, pero el “éxito” del pueblo romano como dominador consistió precisamente en la forma en que convivió territorialmente con diversos pueblos vencidos a los cuales no imponía su visión particular de la política, de la cultura, la pertenencia a su comunidad. Sin embargo, tampoco se oponía a ella; tan pronto se amalgamaban las culturas, la *civitas* crecía, y lo romano, si alguna vez existió, desaparecía.

¿Qué sucedió en la modernidad que, de repente, por primera vez en la historia, el tema nacional ocupa uno de los sitios más importantes en la vida del ser humano?

27 “Todo ese accidentado proceso implicó a largo plazo una colonización de las perspectivas cognitivas, de los modos de producir u otorgar sentido a los resultados de la experiencia material o intersubjetiva, del imaginario, del universo de relaciones intersubjetivas del mundo, de la cultura en suma” en QUIJANO, Aníbal, “Colonialidad del Poder, eurocentrismo y América Latina”, *ob. cit.* p. 210.

28 Lo cual no desdice que ya estuvieran creadas las condiciones para que tuviera una cálida acogida por las elites intelectuales mentalmente colonizadas, las cuales asumieron el poder en los diferentes estados que nacieron luego de los procesos independentistas.

29 TILLY, Charles, *ob. cit.*, p. 21.

Para rastrear el posible origen de las naciones como sustrato del Estado-nación (y no como pertenencia a una determinada identidad etnocultural), hay que hacer obligada referencia a elementos que en mayor o menor medida han sido utilizados y esgrimidos para una consideración objetiva de la nación: raciales, lingüísticos, culturales, religiosos, geográficos, históricos, económicos y de poder. Un análisis de cada uno de estos factores nos podrá dar luz acerca de si alguno de ellos condiciona o no el surgimiento de la que hemos denominado “la **nación para el Estado-nación**”.

En primer lugar, resulta a todas luces insostenible basar la construcción nacional europea resaltando el elemento *racial*, búsqueda incesante de todo intento de reafirmación nacional.³⁰ Para comenzar, debemos afirmar que las razas no existen desde el punto de vista biológico.³¹ Desde el social son una invención para justificar, como hemos dicho, la dominación colonial. Siguiendo a Stavenhagen, lo que hace a una raza distinta de otras no son los atributos biológicos sino los etnoculturales, motivo por el cual será incluido el concepto de raza en el de etnia.³²

Por otra parte, es Europa una de las regiones más mestizadas en todo el orbe: fruto del crisol de pueblos que constituyó el imperio romano, la confusión luego con los pueblos germanos, siguiéndole la mezcla con los diversos pueblos que cercaron Europa y que en sus correrías se mezclaban también con la población existente. Por otra parte, los reinos europeos, antecesores de las posteriores naciones, se formaron sin tomar en cuenta consideraciones de índole étnicas³³. El poder político del señor feudal o del monarca medieval no tenía una función pública sino de dominio personal, por lo tanto un determinado reino se podía extender hasta donde el monarca pudiera dominar militarmente o a través de alianzas, pero nunca considerando el idéntico origen étnico de la población que vivía dentro del territorio a conquistar.

Por otro lado, la etnicidad sí puede constituir, y de hecho lo ha hecho, un referente para la autoidentificación de los miembros de una comunidad. El ejemplo de los pueblos helenos de la antigüedad ilustra este hecho. Ahora bien, esto no es óbice para pensar entonces en la necesaria constitución de un único estado unificado, de un Estado-nación.³⁴

La mezcla de pueblos, ha sido una de las constantes de la historia.³⁵ Lo mismo se podría decir de la comunicabilidad de las diversas etnicidades. No obstante, ni siquiera el tener una misma identidad etnocultural, justificaría **necesariamente** la pretensión de

30 HOBBSAWM, Eric, *Etnicidad y nacionalismo en Europa hoy*, en FERNANDEZ BRAVO, Álvaro (compilador), *ob. cit.*, p. 176.

31 STAVENHAGEN, Rodolfo, *Conflictos étnicos y estado nacional*, *ob. cit.*, p. 44.

32 *Ídem*.

33 En el sentido descrito en el párrafo anterior.

34 HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, *ob. cit.*, p. 73

35 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, en FERNANDEZ, Álvaro (compilador), *ob. cit.*, p. 61

constituirse en Estados (nacionalismo). Como hemos dicho, el Estado no es el correlato de la nación.

La *lengua* tampoco es condición “suficiente” para explicar el fenómeno nacional. Esta, aunque parezca un elemento incontestable de diferenciación entre los seres humanos, no lleva necesariamente a la identidad total entre hablantes de una misma lengua. Hobsbawm pone un ejemplo al respecto, que por su claridad ofrecemos a continuación: “En el Sudán, los fur asentados viven en simbiosis con los baggara nómadas, pero a un campamento vecino de nómadas fur, que hablan fur los trataban como si fuera baggara, toda vez que la distinción crucial entre los dos pueblos no está en la lengua, sino en la función”³⁶.

Por otra parte, hoy, en la era de la nación y los nacionalismos, hay ejemplos varios de pueblos que hablan la misma lengua y no están constituidos en un solo Estado-nación y de Estados-naciones constituidos por pueblos que hablan diversas lenguas. En el primer caso tenemos a los países árabes y en el segundo el ejemplo de Suiza. La lengua por sí sola no garantiza la formación de una nación.

El caso de Paraguay también contradice el hecho de que un solo idioma sea requisito básico para el proceso de nacionalización. En este país sudamericano, la nacionalización se realizó teniendo en cuenta dos idiomas que son hablados por la mayor parte de la población: el castellano y el guaraní. Lo interesante del caso paraguayo es que no sucede lo mismo que en Suiza, donde pueblos con diferentes historias y culturas confluyen en un mismo Estado-nación y por lo tanto se hablan varias lenguas diversas por parte de estos pueblos diferenciados. En Paraguay casi todos, indígenas³⁷, mestizos o descendientes de europeos, hablan en su mayoría las dos lenguas. Esto lleva a Zavaleta Mercado a plantear que la nacionalización se llevará a cabo con uno, dos o varios idiomas, en dependencia de los contenidos culturales de la lucha de clases, por lo tanto, del modo de solución local de la cuestión nacional.³⁸ Como atinadamente refiere Hobsbawm:³⁹ “Las lenguas nacionales son... casi siempre conceptos semiartificiales y de vez en cuando, como el hebreo moderno, virtualmente inventadas... Suelen ser intentos de inventar un idioma estandarizado partiendo de una multiplicidad de idiomas que realmente se hablan... el problema fundamental de su construcción acostumbra a ser cuál de los dialectos se escogerá para que sirva de base de la lengua estandarizada y homogeneizada”.⁴⁰

36 HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, *ob. cit.*, p. 67

37 Vale la pena aclarar que exceptuamos a indígenas monolingües que sólo hablan guaraní y a los indígenas chaqueños que tiene sus propios idiomas.

38 ZAVALETA MARCADO, René, *ob. cit.*, pp. 48-49.

39 *Ibidem.*, pp. 62-63.

40 Al respecto es muy ilustrativa la opinión de Charles Tilly cuando afirma, siguiendo un antiguo dicho, que “un idioma es un dialecto que tiene ejército propio”. TILLY, Charles, *ob. cit.*, p. 17. Hay que aclarar también que una cosa es afirmar que la lengua no es requisito necesario para la

Algo similar se puede expresar al referirnos a la *religión*. Si bien desde la antigüedad hasta el comienzo de la modernidad la religión constituía un elemento diferenciador de los conglomerados humanos, la racionalidad moderna y la entronización del individuo llevaron poco a poco (no sin mediar cruentas guerras) a que la religión fuera considerada una decisión particular del sujeto, una mirada hacia el interior del ser humano⁴¹, y por lo tanto no constituyera un elemento diferenciador entre los mismos. Lo anteriormente referido, si bien es válido para el mundo europeo occidental no lo es del todo para el oriental. Además, esta concepción, propia del cristianismo protestante, chocó contra la concepción más universalista e intolerante del catolicismo, provocando violentas guerras en Europa.

Donde la expresión de la religiosidad de un pueblo se ve menguada por subsiguientes dominaciones de otros pueblos con religiosidad y función económico-social distinta, o por la integración en un Estado donde queda en condición de minoría sin las suficientes facilidades para la plena manifestación de la referida religiosidad, es muy posible entonces que los motivos sacros sí se trasformen en elementos identitarios que puedan servir como factores de identificación nacional. Ahora bien, contar con estos ejemplos no constituye razón suficiente para afirmar que la religión es un elemento indispensable y excluyente para, a partir de él, definir la pertenencia o no a una determinada nación.

Ejemplos abundan para ilustrar la existencia de Estados-naciones que en su seno acogen diversas religiones, sin que esto constituya un elemento tendiente a la identificación de varias nacionalidades desde el punto de vista subjetivo. En resumen, dependerá del proceso histórico de cada pueblo y de cada región, el hecho de que la religión constituya un elemento identitario que diferencie un pueblo de otro, como por ejemplo los croatas de los serbios.⁴²

La *geografía* tampoco es un elemento a tener en cuenta, de manera exclusiva, para la construcción nacional. Algunos historiadores hacen referencia a los denominados “límites geográficos naturales” como pueden ser los Pirineos, los Alpes, o el Rhin. Pero este argumento se deshace con relativa facilidad. Por pura coyuntura histórica son éstos los límites naturales y no el Loira, los Cárpatos, o el Poo.⁴³ Lo mismo no desdice el hecho de que las características de una determinada geografía puedan influir en los caracteres que adopta cada pueblo, incluso en la diferenciación de pueblos hablantes de la misma lengua; no obstante, sólo constituirá un patrón más que puede influir en la diferenciación cultural entre pueblos. Nada tiene que ver con la construcción nacional, ésta va por otra

existencia de la nación y otra decir que es irrelevante, sobre todo cuando la construcción de la nación alrededor de la lengua queda ya asentada. Aunque la determinación haya sido ficticia en su momento, ya no se puede soslayar esa lengua como elemento de identificación nacional.

41 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, *ob. cit.*, p. 63.

42 HOBSBAWM, Eric, Jordi Beltrán (Trad.), *Naciones y nacionalismo desde 1780*, *ob. cit.*, p. 78

43 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, *ob. cit.*, p. 64

senda que más adelante explicaremos. Como refiere Zavaleta “el rol del territorio resulta en general subordinado al acto articulario que es la esencia de la nación”⁴⁴.

Stalin resalta también el hecho de compartir una vida económica y psicológica manifestada en la comunidad de cultura, como un hecho incontestable de pertenencia a una nación. Aunque sin dudas, estos son elementos básicos para la identificación de una determinada nación, no tienen valor en sí, sino que su significado toma valor si remitimos la discusión al *momento constitutivo* antes referido⁴⁵, el cual moldea, con ayuda del Estado, los caracteres básicos de la sociedad nacional.⁴⁶

Por último, Renan hace depender el surgimiento y persistencia de la nación en un deseo de los pueblos de estar unidos, en un elemento de voluntad. Por un lado la representación de un cúmulo de recuerdos y por el otro el deseo de estar juntos. Si bien admite que los pueblos para formarse en naciones han tenido que olvidar y han pasado por un necesario proceso de integración forzada, no abandona esta justificación romántica, espiritual y metafísica, que no compartimos.⁴⁷

A mi criterio, ninguno de estos elementos, ni siquiera juntos, ofrecen una explicación cabal del complejo proceso europeo de formación del Estado nación y el subsiguiente advenimiento de los nacionalismos como movimientos tendientes a la reivindicación nacional. Hobsbawm distingue claramente entre nacionalismos de elites y protonacionalismos o nacionalismos populares (lo que he llamado en este trabajo “nación como identidad etnocultural”). Los primeros, a veces anclados en los segundos, otras reconfigurando los mismos, han sido los responsables de las reivindicaciones y de la fabricación nacional tomando algunos de los elementos antes planteados. Evidentemente es mucho menor la cantidad de pueblos que reivindican su condición de naciones si lo comparamos con la cantidad de pueblos en los cuales podemos encontrar claras identidades etnoculturales (que como hemos expresado, podemos llamar naciones) que no se han expresado en intentos de configuración nacional en el sentido estatal (pueblos indígenas de América Latina).⁴⁸

Todos los elementos mencionados en las páginas anteriores, nos pueden ser de utilidad para explicar la formación de determinados estados-naciones a partir de uno de estos coadyuvantes (raza, lengua, religión, etc.) y de su utilización intencionada por parte de la retórica nacionalista. No obstante, no alcanzan a dar una explicación marco para entender los **diversos** procesos de formación nacional, lo cual no implica decir que estos tratando de encontrar un único modelo que a todas luces, y debido a nuestro marco epistémico ya trazado, no existe.

44 ZAVALETA MERCADO, René, *ob. cit.*, p. 48.

45 *Vid supra*, p. 15.

46 ZAVALETA MERCADO, René, *ob. cit.*, p. 50.

47 RENAN, Ernest, “¿Qué es una nación?”, *ob. cit.*, pp. 55-57, 64-66.

48 HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, *ob. cit.*, pp. 85-88.

En todo lo que hemos planteado, hay un factor determinante que todavía no se nos revela y tenemos que dilucidar. Las claves se encuentran en el advenimiento de la modernidad europea y el fin de la imaginaria medieval. La era moderna implica un cambio drástico en todos los elementos de la vida del viejo continente (cultural, religioso, económico, social, político), que tienen su impacto directo en las estructuras organizativas de esa sociedad y del resto del orbe; y que de alguna manera pugnaron porque la nación fuera posible. En el próximo acápite intentaremos clarificar las causas y consecuencias de estos cambios que conllevaron de alguna manera a que fuera plausible la aparición del fenómeno nacional, objeto de estudio que estamos tratando de aprehender.

4.- Estado-nación en Europa: la nación como fabricación económico-política por parte del Estado moderno

La formación de los estados nacionales en Europa no opera mediando razones geográficas, culturales, lingüísticas, raciales, sino por la necesidad del Estado de adaptar a los individuos que viven dentro de su territorio, y a él mismo, a las condiciones de unas nuevas relaciones sociales de producción: las propias del capitalismo y de la sociedad burguesa e industrial⁴⁹ Pero vayamos por partes.

A partir del siglo XV, se encuentran en Europa varios modelos de organización de las relaciones económico-estatales. El primero es el modelo de los imperios de diversa organización y cohesión y de origen multicultural (Imperio de los Habsburgos, Imperio Otomano); el segundo es el de las soberanías fragmentadas de las ciudades comerciales donde identidades similares podían llegar a constituir organizaciones políticas distintas (caso de las ciudades del norte de Italia); el tercero, el modelo los Estados-nación⁵⁰, propios de Francia e Inglaterra, en donde el proceso de homogeneización avanzó a la par de la delimitación territorial de los estados y de la centralización del poder político. Este último modelo llega, con el decursar de los años, a imponerse en Europa y en todo el orbe, hasta el punto en que hoy todos los estados se articulan a través del mismo, con independencia de si, en lo interno, la población esté verdaderamente integrada en una nación como identidad etnocultural.⁵¹

¿Qué motivos llevaron a que este modelo terminara por imponerse sobre los demás, constituyendo un imperativo de la construcción nacional? Varias son las razones.

Diversos autores lo asocian, utilizando variadas explicaciones, con el advenimiento y triunfo del capitalismo aupado por la aparición en la historia de occidente, de América. Para este modo de producción, era imprescindible la centralización y la homogeneiza-

49 GELLNER, Ernest, *ob. cit.*, pp. 59-60.

50 Que será llamado así con posterioridad.

51 TILLY, Charles, *ob. cit.*, pp. 47-49.

ción, además de la configuración estatal viable⁵². Estos elementos, aderezados con la “santificación” del territorio del Estado por constituir parte indisoluble de una nación, le daban a la burguesía la tan necesitada seguridad para poder desempeñar con mayor eficiencia su labor acumulativa.⁵³ América, le dio una fuente inagotable de riquezas, suficientes para poder llevar a feliz término este proceso antes descrito.

En este tenor, para Charles Tilly⁵⁴, el triunfo del modelo de Estado-nación, se debió a la perfecta articulación de las variables coerción y capital en algunos reinos europeos organizados de esta manera, que le permitieron triunfar y comandar la transformación capitalista.

Por su parte, para Gellner la clave radica en el advenimiento de la sociedad industrial que difunde patrones de desarrollo y consumo a los cuales todas las naciones quieren aspirar, aunado al desarrollo del capitalismo. Todos los cambios sociales generados por este proceso llevan al surgimiento de culturas homogéneas fomentadas por una élite intelectual, económica y política. La única forma de acceder a la sociedad industrial era sumándose a los modelos de Estado-nación creados por las naciones que comandaban la economía europea. Esto sólo se logra, según Gellner, inventando una nación que pueda a su vez exigir ser reconocida como Estado.⁵⁵

Para Quijano, el elemento básico que propicia la constitución exitosa del modelo de Estado-nación eurocéntrico es el avance de estos estados, que ya habían llevado a cabo el proceso de centralización política, hacia un marco de mayor democratización de sus sociedades, con el consiguiente aumento de la ciudadanización y participación política de los habitantes.⁵⁶ ¿Qué sucedió a nuestro juicio?

Debido a la irrupción de la razón como procedimiento para conocer la realidad; la universalización en el método para estudiar cualquier fenómeno permitía el tránsito a lo homogéneo, a imaginarse el mundo y las cosas presentes en él, relacionadas.⁵⁷ Pero estos elementos, si bien dan la explicación, que abundaremos más adelante, del cómo opera la transición hacia la preponderancia del Estado-nación y del principio de la nacionalidad, no explican el por qué.

Hay que tener en cuenta que ni todos los habitantes de la Europa moderna eran burgueses, ni contaban con la gracia de la alfabetización para poder leer a Descartes, Hume y Kant. Las élites económicas y culturales sí habían cambiado su forma de ver la realidad, el conocimiento, las relaciones entre los seres humanos. Podían llegar a pensar

52 Estados ni demasiado grandes, ni demasiado pequeños.

53 GELLNER, Ernest, *ob. cit.*, p. 80.

54 TILLY, Charles, *ob. cit.*, pp. 38-44.

55 GELLNER, Ernest, *ob. cit.*, p. 82.

56 QUIJANO, Aníbal, *ob. cit.*, pp. 201-246.

57 GELLNER, Ernest, *ob. cit.* pp. 37-39.

en la idea de nación y de hecho necesitaban la unidad y centralización que sólo esta ofrece. Pero, ¿cómo sumar a las grandes masas analfabetas a esta idea providencial?

Coincido en que “la nación para el Estado nación” es una fabricación, pero como toda fabricación, necesita de materiales primarios que sean factibles e idóneos. Esta explicación última es la que no nos ofrecen muchos esquemas teóricos, y sí intentan rastrear Anderson Benedict y Eric Hobsbawm. A esta posibilidad de poder concebir e imaginar la nación y además edificarla, nos referiremos a continuación.

4.1.- La nación como hecho posible

“No hay emblemas de la cultura moderna del nacionalismo más importantes que los cenotafios y las tumbas de los Soldados Desconocidos... La significación cultural de estos monumentos se vuelve más clara aún si tratamos de imaginar, por ejemplo, una tumba del Marxista Desconocido o un cenotafio para los Liberales caídos. ¿Es inevitable una sensación de absurdidad? La razón es que ni el marxismo ni el liberalismo se ocupan mucho de la muerte y la inmortalidad. Si la imaginiería nacionalista se preocupa tanto por ellas, esto sugiere una fuerte afinidad con imaginерías religiosas.”⁵⁸

Esta extensa cita es útil por varias razones. En primer lugar sitúa el sentimiento nacional como un hecho importante para el pensamiento trascendente del ser humano. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, ilustra el por qué los mayores desgarramientos de los últimos siglos se han debido más a conflictos en los que media el sentimiento nacional que la ideología, aunque ésta se encuentre de trasfondo. No en vano todos los movimientos socialistas, independentistas y libertarios han tenido una fuerte dosis de ingeniería nacional.

Nuestro autor no afirma, con lo que coincido plenamente, que el nacionalismo haya tenido que suceder necesariamente a las imaginерías religiosas, sino que éste puede haber surgido, por oposición, de los grandes sistemas culturales que lo precedieron y no necesariamente de un imperativo político.⁵⁹ Lo cierto es que la extensión del sentimiento de pertenencia a un ente que se puede catalogar como nación, coincide con el fin en Europa de los modos de pensamiento totalmente religiosos. Ahora bien, no estamos afirmando que estos elementos fueran los que mecánicamente dieron origen y extensión a la consideración de la nación como algo inherente a las formaciones sociales y políticas modernas. Sólo indagamos por qué la identificación nacional constituyó un hecho tan

58 ANDERSON, Benedict, *ob. cit.*, p. 27.

59 *Ibidem.*, pp. 29-30.

atractivo para los hombres y mujeres, haciéndolos suyo como vía de autoreconocimiento, hasta el punto de ser capaces de entregar la vida de ser necesario.

Los sistemas culturales que menguan con la llegada de la modernidad, y en los cuales el común europeo se encontraba subsumido, eran: la comunidad religiosa, anclada en torno al latín como lengua que daba el acceso a la verdad ontológica, y el reino dinástico. El primero, basado en la simultaneidad a lo largo del tiempo, el segundo, definido por sus centros, lo cual llevaba a que las fronteras fueran porosas y a que pudieran convivir diferentes culturas dentro de un mismo reino.⁶⁰ Esto significaba que los elementos en los que las personas se habían reconocido estaban desapareciendo. El individuo común medieval, veía el tiempo y la historia a través de los relatos divinos que nada tenían que ver con la historia y las múltiples relaciones causa efecto de la misma. Por otro lado, estaba asentada de forma natural la inamovilidad social y la existencia de señores y monarcas. Para este común descrito, era tan natural la sucesión de los reyes en el trono y de los señores en la tierra como para las sociedades occidentales modernas lo es la existencia de la tripartición de poderes y la representación política.

La crisis de estos grandes sistemas culturales derivada del renacimiento, del mercantilismo, de la irrupción del racionalismo, de los consiguientes descubrimientos científicos, y del ensanchamiento del mundo producto de la conquista de América, trajo como consecuencia que se hiciera posible pensar la nación. La simultaneidad en el tiempo, derivada de ellos, fue siendo poco a poco sustituida por una concepción del *tiempo homogéneo y vacío*⁶¹. No estoy afirmando que este hecho dé cabida al surgimiento de la nación, sino que sólo va preparando el terreno para que la nación sea factible. Son otros los elementos que, juntándose con este terreno propicio, conllevan a que la nación sea fabricada.

A estos cambios contribuyó en gran medida la aparición de la imprenta, una de las primeras industrias capitalistas altamente rentables del mundo moderno. El rápido agotamiento del número de lectores que podían leer en latín, como destinatarios de los libros, trajo aparejada que se comenzaran a imprimir volúmenes en lenguas vernáculas. Por lo tanto, las lenguas impresas fueron sustituyendo al latín como modo de comunicación entre las comunidades alfabetizadas de lectores. De hecho, éste constituyó un factor que fue creando una comunidad entre lectores que leían en una misma lengua, una comunidad, como afirma Anderson, *imaginada*, sobre todo por el hecho de que posiblemente la mayoría de lectores de una lengua nunca llegaran a conocerse. Sin embargo, la sensación de estar leyendo lo mismo y quizás al mismo tiempo en lugares lejanos de un mismo territorio, daba la sensación de encontrarse en una comunidad.

Ahora bien, no podemos perder de vista, que este cambio sólo operaba en un ambiente de seres humanos alfabetizados hablantes de lenguas vernáculas cultas, al lado de

60 *Ibidem.*, pp. 30, 39, 46.

61 *Ibidem.*, p. 46.

un número ampliamente mayoritario de analfabetos hablantes de lenguas que sólo tenían función comunicativa para lo cotidiano a lo interno de la comunidad.⁶² Por éste motivo, el cambio al cual nos referimos sólo estaba operando en una elite intelectual y también en una elite económica que necesitaba entenderse con los miembros de su grupo en un idioma que les fuera común. Por debajo, el pueblo seguía apegado a sus culturas y sus variantes idiomáticas, a pesar de la extensión en algunos países de Europa Occidental del modelo de Estado centralizado, apellidado posteriormente como “nacional”, debido a las políticas de alianzas y a las conquistas de los ejércitos monárquicos.

El Estado-nación existió antes de que estuviera plenamente configurada la nación.⁶³ Ahora bien, las personas que se encargaron de edificar la nación, nos hicieron creer (conscientes o no) lo contrario.

4.2.- La construcción nacional europea

Teniendo ya esbozados los elementos que confluyeron para que fuera plausible la idea de nación, podemos pasar entonces a explicar cómo fue que ocurrió este proceso.

Con el advenimiento de la modernidad europea y debido a las razones que explicamos en páginas anteriores⁶⁴ el individuo europeo comienza a perder su referente de unidad en la comunidad, lo cual facilita que el Estado-nación pueda suplir esta falta. Los siglos del XVI al XVIII serán básicos en la consolidación del modelo de estado centralizado (lo que Tilly llama Estado-nación) junto al indiscutible despegue de Europa Occidental, especialmente Francia e Inglaterra como potencias económicas mundiales. Estos Estados como consecuencia de su poderío comienzan también a imponer su peculiar forma de ver al mundo, construyen subjetividades por doquier, y a su medida, incluso a lo interno de sus propios estados. Lo que se impone es un modelo de integración política y social que responde sólo a la realidad histórico-económica y a la utilidad de un número limitado de estados. Las subjetividades que se fueron formando a partir de la “colonización del poder” en ciertos grupos sociales de los países dominados, periféricos, y diversos, permitirán la experimentación con un modo de integración política y social ajeno a sus realidades. Por este motivo el resultado tan violento y desgarrante alrededor del mundo.

Ahora bien, en el resto de Europa prende este modelo, debido a que el sujeto que ha perdido sus marcos de referencia comunitarios, va a ser entonces integrado a un ente

62 HOBBSAWM, Eric, Jordi Beltrán (Trad.), *Naciones y nacionalismo desde 1780*, ob. cit., p. 57.

63 Son en suma interesantes los datos que aporta Hobsbawm con relación a los hablantes de las supuestas lenguas nacionales en países como Italia y Francia. En 1789, el 50 % de los habitantes de Francia no hablaban francés y de estos sólo entre el 12 y el 13 % lo hablaban correctamente. En 1860, sólo el 2,5% de los moradores de la península itálica hablaban italiano; en HOBBSAWM, Eric, Jordi Beltrán (Trad.), *Naciones y nacionalismo desde 1780*, ob. cit., p. 69.

64 *Vid supra*, pp. 30-33.

que le va a devolver su conexión a un modelo de integración social. Claro que ahora este referente va a responder a una determinada iconografía, en gran medida inventada, a un idioma estandarizado y por encima de las experiencias populares, a una cultura folclórica y tradicional también construida artificialmente. La nación, va a permitir a las sociedades modernas vivir en una determinada comunidad, pero al tener esta tan magros lazos identitarios, facilitará la transición hacia una individualismo cada vez más acendrado y dejará el camino abierto para la formación de una cultura global también basada en patrones impuestos.

Con anterioridad, el ser humano no necesitó de esta construcción para encontrarse a sí mismo y con los demás; bastaba su comunidad.⁶⁵ Con la modernidad eurocéntrica, la idea de nación con la cual se identificará el Estado será necesaria para la articulación y fortaleza del mismo. Es cuando los historiadores comienzan a construir una historia nacional, resaltando este elemento dentro de sus narraciones.⁶⁶

En consecuencia, la unidad nacional constituyó la base para la generación de consensos y para el mejor desempeño del modo de producción capitalista. Para lograr este fin era necesario tener ciudadanos identificados plenamente con la idea nacional. Para tener ciudadanos era necesario que estos se sintieran integrados en sus respectivos sistemas políticos y se sintieran parte indisoluble de su nación inmemorial. Por este motivo, como plantea Aníbal Quijano y hemos referido páginas atrás⁶⁷, fue de trascendental importancia una apariencia de democracia económica y política en la cual se sintieran identificados, si no todos, si la mayor parte de la población.

Para complementar este objetivo y convencer a los “escépticos”, sirvió de vehículo la educación pública como una verdadera fábrica de ciudadanos y súbditos que estandarizó el idioma a utilizar y a fuerzas construyó la nación como entidad por medio de la cual podían identificarse esos ciudadanos.⁶⁸ La democratización de las sociedades centrales se dio, pero no por sí misma, sino para contribuir al proceso de nacionalización, de singular importancia para el pleno desempeño del capitalismo.

Ahora bien, una cosa es definir a las naciones como construcciones hechas desde el Estado y otra distinta quedarnos sólo en este punto. Para la fabricación de las naciones, y es importante recalcarlo, es necesario contar con los materiales suficientes para esta edificación: un sustrato histórico común, una religión determinada, una forma específica de ver la vida, un espacio geográfico, los intentos unificadores y centralizadores de los monarcas. Todos estos elementos aislados, aunados al ocaso de los sistemas culturales

65 HOBBSAWM, Eric, Juan Faci Lacasta (trad.), *La era del imperio 1875-1914*, Editorial Labor, Barcelona, 1989, p. 150.

66 HOBBSAWM, Eric, “Etnicidad y nacionalismo en Europa hoy”, en FERNANDEZ BRAVO, Álvaro (compilador), *ob. cit.*, p. 173.

67 *Vid supra*, pp. 15, 39.

68 GELLNER, Ernest, Javier Setó (Trad.), *ob. cit.*, p. 69.

medievales, y a la irrupción del capitalismo, sirvieron en gran medida para la construcción de las naciones según el modelo eurocéntrico.

Lo que hace el Estado a partir de la educación es unir todos estos factores y recrear el mito nacional, engrandecerlo, y luego ofrecerlo como algo inherente a un determinado pueblo y a su historia. Así el ciudadano aprende desde niño la historia patria, sus héroes, sus símbolos. Con esto no negamos la preexistencia, en algunas regiones de Europa, de una idea nacional como identidad etnocultural, con una conformación de proto-naciones articuladas al poder absoluto de un monarca o príncipe. Ahora bien, a lo interno de estas sociedades sobrevivían claros elementos culturales y lingüísticos diferenciados. La definitiva formación de las naciones no ocurre hasta que el aparato burocrático del Estado posrevolucionario europeo se da a la tarea llevar adelante la definitiva homogeneización política, cultural, lingüística bajo el signo del progreso que esto implicaba, sobre todo a partir de los “buenos” resultados obtenidos por Inglaterra y Francia.⁶⁹ El poder (Estado centralizado) se legitima con el disfraz nacional.

En resumen, la nación se convirtió en una construcción del Estado para garantizar la existencia de ciudadanos que reprodujeran el *statu quo* surgido de la modernidad europea y útil para las relaciones económicas y sociales capitalistas. Los ciudadanos debían integrarse al mismo y sentirse herederos de todo un pasado y de un conjunto de tradiciones, a lo mejor ajenas. Era un arma muy poderosa para el naciente Estado liberal el identificar al Estado con la Nación y así diluir las diversas identidades presentes al interior de los mismos identidades que con el tiempo van a empezar a reivindicarse como naciones, con independencia de que busquen o no el poder político.

Por este motivo también resolvimos que la nación (para el Estado-nación) es una consecuencia del Estado nacional⁷⁰ y este a su vez resultado de un proceso histórico ya descrito. Ahora bien, ¿qué consecuencias arroja la construcción nacional y qué implicaciones ha tenido para el mundo moderno?

4.3.- Implicaciones en el ámbito jurídico-político

Desde el punto de vista cultural, la existencia y construcción de naciones significó un lento proceso de liquidación de la diversidad en Europa y luego en América, con la consiguiente extinción de formas diversas de ver el mundo.

No podemos cargar toda la responsabilidad de la extinción cultural al Estado moderno fabricante de naciones. La desaparición de culturas y grupos humanos es un hecho que ha signado la historia de la humanidad. Ahora bien, en épocas pasadas éste fenómeno

69 MAÍZ SUÁREZ. Ramón, “Retos contemporáneos de la política (II): Los nacionalismos”, en *Manual de Ciencia Política*, Rafael del Águila, Trotta, Madrid, 1997, p. 447.

70 HALL, John A. (editor), *Introducción, ob. cit.*, p.10.

operaba desde el punto de vista de la integración, con la cual se salvaban los legados de cada ente integrado. Así, el período helenístico implicó una globalización del mundo mediterráneo oriental, con la necesaria extinción de diversas culturas pero sobre la base de la fusión, no del predominio total de un modelo sobre el otro. Tanto así ocurrió con el mundo romano, luego con el mundo musulmático y finalmente con el medieval; en este último ya en menor medida por el papel desempeñado por el cristianismo.

El problema del etnocidio moderno radica en que está basado en la imposición de modelos nacionales, refrendados por escuelas y ejércitos⁷¹. El individuo común, incluso el que está integrado a determinadas formas de organización comunitarias (pueblos originarios), tiene que plegarse al modo de *ser* nacional, para a través de esta integración acceder al progreso que supuestamente le permite el estar y formar parte de un determinado Estado (acceso a la protección jurídica estatal, a la educación, a las fuentes de empleo, etc.)

En sentido general y hasta la primera mitad del siglo XIX la integración no fue vista con malos ojos y muchos pueblos se sumaron a este intento⁷². Sólo cuando esta integración se tornó más compulsiva y excluyente, comienza a aflorar en Europa los nacionalismos y los separatismos.

Primero aparece como un fenómeno folklórico de reivindicación cultural y lingüísticas por parte de un grupo ilustrado de estas poblaciones. Estos movimientos pronto adquieren un matiz político y se empiezan a expresar en revistas, publicaciones, medios de comunicación, sociedades constituidas y más tarde terminan exigiendo no sólo el reconocimiento de la diferencia sino también el Derecho a constituir su propio Estado, al argüirse que ya formaban en sí una “nación”.⁷³ Las diversas identidades etnoculturales comenzaban a rebelarse, exigiendo legítimamente ser reconocidas como naciones.

Hasta esta época, las diversas culturas habían convivido dentro de organizaciones estatales mayores sin intentar crear su propia organización estatal distinta y separada de la predominante. Lo mismo dentro de imperios, repúblicas aristocráticas, o reinos, convivieron pueblos de distintos orígenes sociales, culturales y lingüísticos. Ahora bien, la imposición de un único modo de *ser* nacional, integrado dentro de un Estado, condicionó que, poco a poco, los grupos que se resistieron a la integración fueran avanzando hacia formas de nacionalismo y que terminaran, al igual que el Estado predominante, queriendo constituirse en Estados-naciones. No se debe soslayar al respecto, la confluencia de intereses económicos (nacionales y transnacionales) y hasta geopolíticos.

Si lo anteriormente descrito sucedió a lo interno de las supuestas naciones europeas, ¿qué no implicó entonces la imposición de un poder estatal extraño sobre las posesiones coloniales, en donde claramente se vivían culturas distintas a las del país me-

71 *Ídem.*

72 HOBBSAWM, Eric, *La era del imperio 1875-1914*, *ob. cit.*, p. 152

73 HOBBSAWM, Eric, *La era del capitalismo 1848-1875*, Editorial Labor, Barcelona, 1987, pp. 134, 135.

tropolitano? Irónicamente, la propia retórica nacional edificada en el viejo continente, se convirtió en un arma poderosísima para las reivindicaciones de independencia política de las colonias americanas, asiáticas y africanas.

Aparejado al nacionalismo y al etnocidio, no podemos dejar de lado las consecuencias jurídicas de la constitución de los Estados-nación. Para ello, es preciso esbozar a grandes rasgos algunos elementos característicos del derecho moderno.

En el contexto de la modernidad, y como fruto de la razón universalizadora y homogeneizante, de la entronización del individuo y del contractualismo como teoría política; el individuo sólo va a poder existir plenamente si se integra a un Estado que va a ser el garante de esa libertad e igualdad formal y abstracta del sujeto. Por este motivo, el Estado se convertirá en el único ente que puede y debe crear el derecho. Si partimos de la base de que todo individuo está integrado en la nación, y la misma lo está dentro del Estado, llegamos a igual conclusión en relación al papel del Estado en la creación jurídica.

Lo anterior fue apuntalado por dos procesos. El primero es el de *constitucionalización* del Estado, comenzado por la constitución norteamericana de 1784 y las francesas de 1791, 1793 y 1795; extendiéndose progresivamente por todo el mundo. El segundo es el proceso codificador, que comienza con la codificación Napoleónica a comienzos del siglo XIX y se extiende a lo largo de dicho siglo. Seguridad jurídica era una necesidad clamada durante siglos por la burguesía sometida a la arbitrariedad monárquica y la dispersión jurídica de los diversos territorios al interior del Estado. Luego de las revoluciones burguesas, en especial la francesa y a partir de la Restauración sobrevenida a la definitiva derrota de Napoleón en Waterloo, los grupos hegemónicos, económica y políticamente, ya eran libres para confeccionar sus leyes al modo que más provechoso les fuera.

Para este fin contaban con una enorme ventaja heredada de las conquistas revolucionarias: la supuesta igualdad ante la Ley y la creencia absoluta (al menos hasta la toma de conciencia del movimiento obrero en la segunda mitad del siglo XIX) en que las normas que emanaban de unos órganos legislativos que representaban a la nación o al pueblo, se encaminaban a favorecer a todos los ciudadanos de los Estados-nación. Como por esa vía estaba legitimado el derecho estatal, se hacía obligatorio su cumplimiento independientemente de la cultura, costumbres y modos de vida de los pueblos existentes a lo interno del Estado. Desde esta perspectiva, el derecho del Estado constituyó (y constituye todavía) un elemento homogenizador que barría poco a poco con la diversidad al anular las variadas formas de juridicidad de los pueblos que eran parte también de sus elementos identitarios. Se imponía un Derecho para todos sin ser necesariamente acordado por todos, ni favorable a todos; y de paso se barría con la diversidad que tanto obstaculizaba la total extensión del modo de producción capitalista.

Como se asumía formalmente que los estados estaban formados por naciones que constituían en sí mismas el núcleo homogéneo de perspectivas, intereses y formas de ver el mundo y al derecho; se soslayaba el hecho de que al interior de los estados existían

estos grupos antes mencionados que, a pesar de las variadas formas de violencia cultural, no se asimilaban al Estado-nación. Muchos de ellos resistieron asimilarse y se resisten hoy todavía, siendo el derecho propio, un valladar determinante para la persistencia en su cultura y para su reivindicación como naciones etnoculturales.

Son precisamente estos actores de añeja resistencia, y otros nuevos que se forman en los espacios de marginación y exclusión creados por el propio sistema, los que, sin renunciar a formar parte de las naciones construidas desde el Estado, exigen vivirla interculturalmente, en el marco del respeto a sus naciones etnoculturales y exigiendo un replanteamiento de la propia forma de concebir al Estado. Lo anterior alcanza al derecho, al quedar al descubierto, al menos en estos espacios, que el derecho estatal, tal y como había sido concebido, no representa realmente los intereses de toda la plural comunidad política.

Como consecuencia, estos movimientos⁷⁴ han presionado a los gobiernos para que sus demandas entren a formar parte de las constituciones y de la propia forma de entender y aplicar el derecho. Donde estos cambios no se han dado, o han resultado ser solo mudanzas formales, los pueblos han seguido ignorando al Estado y sus instituciones, al continuar con sus propios sistemas jurídicos alternos, organizándose también los nuevos actores sociales para establecer sistemas jurídicos más afectivos, paralelos a los oficiales.

Ante este escenario, es un hecho que el pretendido monopolio estatal de la creación jurídica y su pretendido papel de garante de los intereses de toda la comunidad política está siendo fuertemente cuestionado tanto en la discusión teórica, como en la práctica social, por amplios sectores que, aunque todavía de manera insuficiente, terminan también cuestionando la construcción nacional de la forma en que se nos ha impuesto.

Dejando expuestas algunas de las principales consecuencias, a nuestro juicio, derivadas del complejo proceso de construcción nacional, pasemos ahora a examinar las implicaciones específicas para América Latina.

5.- El Estado nación europeo ¿modelo a imitar en la búsqueda del “progreso”? Implicaciones para América Latina

Aunque no se puede soslayar que, ni siquiera en los países europeos ejemplos de Estados-nación (Francia, Inglaterra) la construcción nacional estuvo exenta de contradicciones y violencias⁷⁵, trataremos en este inciso los problemas fundamentales derivados de la construcción nacional en Latinoamérica.

74 Para poner sólo un ejemplo, baste citar al Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México.

75 TILLY, Charles, *ob. cit.*, p. 21.

Para estos efectos será necesario plantear nuestra concepción, a gran escala, de lo que significó la conquista y colonización de América. Ubicados en esta forma de *ser* latinoamericanos, podremos decir algunas palabras acerca de cómo se encaró, a grandes rasgos, el fenómeno nacional.

Nuestra América es un continente producto de la violencia. La Europa del siglo XVI (España y Portugal específicamente) se lanza a buscar nuevas rutas comerciales empujada por la primera revolución mercantil.⁷⁶ En vez de nuevas rutas encuentra un continente que luego representará grandes dividendos que apoyarán y serán decisivos en la acumulación originaria de capital. Pero este continente tenía un problema, y era que estaba habitado en toda su geografía por pueblos con diversos grados civilizatorios. Sin entrar a considerar las variadas discusiones acerca de cómo tratar a los pobladores encontrados en América, lo cierto es que, con independencia de las “benefactoras” Leyes de Indias y de los esfuerzos de Bartolomé de las Casas, estos pueblos fueron avasallados étnica y culturalmente, teniendo por lo tanto que reconfigurarse y resignificar toda su historia⁷⁷.

Por otro lado, los pueblos ibéricos, que llegaron a nuestro continente, lo hicieron no con el objetivo de establecerse y producir, sino con le de amasar grandes fortunas y regresar a su lugar de origen. Debido a ello, no rompieron con su pasado intentando reproducir en América la forma de vida, las ciudades, los templos, en resumen, todos los detalles del mundo de donde se sabían originarios.⁷⁸ Pero la distancia era irreparable, y poco a poco tuvieron que irse asimilando a su nueva realidad⁷⁹, pero con la contradicción de sentirse parte de otro mundo. Su existencia se escindió entre una realidad americana que no podían eludir y un sentimiento de pertenencia a Europa que les llevó, con los años, a falsear la realidad para que siempre se ajustara a la de su patria perdida.

Finalmente, ante el dilema de la imposibilidad legal de esclavizar a los pueblos originarios y ante la merma significativa de esta población debido a las condiciones de trabajo, los europeos traen al tercer contingente poblacional que formará parte de América: la población negra africana. Si hubiera que decidir quienes fueron los más violentados en todo este cruento proceso conquistador, sin dudas serían los pueblos africanos: arrancados de sus tierras, de su clima, de sus culturas diversas, mezclados unos con otros, y esclavizados de la manera más brutal.

Todos estos elementos relativos a los diversos contingentes que formaron el núcleo poblacional de la América española llevan a la conformación de lo que Darcy Ribeiro

76 RIBEIRO, Darcy, *Las Américas y la civilización*, Extemporáneos, México, 1977, pp. 33, 35.

77 QUIJANO, Aníbal, “Raza, Etnia y Nación en Mariátegui: cuestiones abiertas”, en *Encuentro Internacional, Mariátegui y Europa: la otra cara del descubrimiento*, Lima, Amauta, 1992, p. 167; RIBEIRO, Darcy, *ob. cit.*, p. 36.

78 ZEA, Leopoldo, *América en la Historia*, Revista de Occidente, Madrid, 1970, pp. 24-25.

79 RIBEIRO, Darcy, *ob. cit.*, p. 41.

denomina como culturas espurias, traumatizadas, dependientes y alienadas, cada una de ellas con diversos grados y matices.⁸⁰

Ahora bien, a toda esta violencia había que buscarle un modo de justificación que no fuera sólo la fuerza. Este fue surgiendo con el pasar de los años.

Gracias, entre otros factores, a las “bondades americanas”, Europa fue sentando las bases del modo de producción capitalista y desarrollando una cultura material rica. En consecuencia, se fueron produciendo las principales obras filosóficas modernas, se fueron sentando los primeros modelos de Estados Centralizados (Estados-nación), se fue constituyendo “Europa” con su particular visión centrada de la historia. Como centro cultural hegemónico ya hacia fines del siglo XVIII comienza a nombrarlo todo y a decidir qué queda dentro y fuera de esa totalidad. En esta narración, ella misma comenzaba a ser la síntesis de toda la historia anterior y el centro de la misma. El resto del mundo ahora va a ser juzgado y catalogado a partir de ella.

Luego de imponerse esta forma de ver el mundo, surge la manera en que retroactivamente se va a fijar la justificación del dominio europeo en nuestro continente.

El viejo continente, como “síntesis de la cultura universal y del progreso de la humanidad”, se había expandido por toda la tierra, llevando a recónditos lugares las luces del “progreso” y la “civilización”, a pueblos “inferiores” por su pertenencia étnica o por su situación geográfica. El resto de los pueblos extraeuropeos, si bien podían ser considerados como seres humanos, el hecho de no haber podido realizar el “milagro europeo”⁸¹, los arrojaba a un nivel de inferioridad, que los condenaba a la necesaria adaptación a los patrones de vida y pensamiento europeos.⁸² Además de haber sido conquistados, tenían que sentirse culpables de ello. Como bien refiere Leopoldo Zea: “...el iberoamericano, como otros pueblos del mundo que se encuentran en su situación, ha caído en la trampa que le ha tendido el mundo occidental, para justificar su expansión y predominio: haciendo de ellos, de esta expansión y predominio, la expansión y predominio de la historia por excelencia, de la civilización, de la cultura, la humanidad.”⁸³

Como parte de esta nueva visión del mundo, también se fueron definiendo las ideas generales acerca de la nación y del Estado-nación. Cualquier otra concepción, era tachada de retrógrada y contraria a la idea de progreso que tan bien hacía lucir a Europa. Lo más funesto de este discurso, fue que nuestras elites lo asumieron de forma íntegra:

80 *Ibidem.*, p. 42.

81 Milagro de conquista, avasallamiento, sangre y etnocidio.

82 En esta idea, en sus rasgos generales, coinciden diversos autores citados en el presente capítulo; MARIÁTEGUI, José Carlos, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Casa de las Américas, La Habana, 1969, p.28; QUIJANO, Aníbal, “Raza, Etnia y Nación en Mariátegui: cuestiones abiertas”, *ob. cit.*, p. 169; RIBEIRO, Darcy, *ob. cit.*, p. 87; ZEA, Leopoldo, *ob. cit.*, p. 78; WALLERSTEIN, Immanuel, *ob. cit.*, pp. 88-114.

83 ZEA, Leopoldo, *ob. cit.*, p. 31.

algunas lamentándose de su pasado español, indígena o negro, y viendo solamente en la imitación del camino europeo la forma de poder llegar al mismo lugar donde estos se habían colocado; otras asumiendo que éramos distintos, que nuestra realidad era diversa y compleja, pero que había que tomar las provisiones necesarias para, partiendo de nuestras características, llegar como meta al desarrollo y “civilidad” alcanzado por los europeos.

En este contexto llegamos a la etapa de la independencia, unida ya nuestra historia como apéndice de la del viejo continente. En las vísperas de este evento y producto de los siglos de dominio metropolitano, nuestra población era heterogénea, fragmentada y culturalmente diversa, dominando una reducida elite criolla y española. La estructura productiva se asentaba en una economía de extracción donde había mejor comunicación entre las colonias y la metrópoli, que entre las mismas colonias.

La forma de organización política y social se anclaba todavía a los vestigios del *viejo régimen*⁸⁴ existiendo realmente pocas opciones para que los criollos se desempeñaran en puestos públicos. Estos, se lanzan a la guerra de independencia, con el pretexto de defender los derechos de Fernando VII, en medio del desorden provocado por un fenómeno que en Europa fue una muestra más del cambio de época y del avance en la construcción del Estado-nación: la dominación napoleónica, particularmente de España.

Estos hombres, nacidos en las postrimerías del siglo XVIII constituían un grupo social bastante homogéneo pese a la realidad de las lejanías geográficas. El sector de la economía al que habían sido relegados (debido a la exclusividad de los comerciantes gaditanos para realizar esta labor) era el de la agricultura de plantación, y la minería en los territorios que contaran con ese don. En estas actividades amasaron grandes fortunas, pero este crecimiento económico nunca les permitió poder aspirar a ocupar algún cargo de prestigio en las unidades administrativas donde radicaban. Sus viajes hacia el poder como experiencias de conjunto que crean significados, nunca se dieron. Pero esa negación sí creo su propio significado, como dice Anderson: “... en este peregrinaje obstruido (el criollo) encontraba compañeros de viaje que llegaban a sentir que su camaradería se basaba no sólo en esta peregrinación particular sino en la fatalidad compartida del nacimiento transatlántico.”⁸⁵ De esta fatalidad, y de la irremediable realidad latinoamericana que los alejaba de su añorado origen europeo, nace el concepto de patria. Este hecho coadyuvó

84 Con esto no pretendo introducirme en la discusión acerca de que si América era feudal, esclavista o capitalista. Parto de la idea de que la categoría de “modos de producción” es útil analíticamente, pero no puede darnos toda la dimensión de las diversas formaciones sociales en la historia, sobre todo porque nunca puede encontrarse en forma pura y además, porque no se puede hacer referencia a ella si no se tiene en cuenta un contexto mayor que el nacional, o el regional. Esto se hace más evidente en las relaciones de producción que se inauguran con la modernidad europea, donde el mercantilismo que construía al capitalismo, se basó para su expansión no sólo en el trabajo asalariado sino también en el esclavista y en el semifeudal.

85 ANDERSON, Benedict, *ob. cit.*, p. 91.

a que entre ellos se fuera formando una comunidad imaginada que les permitiera, lógicamente, imaginar la nación. Además fue ofreciendo los presupuestos para una posterior construcción nacional en nuestros países.

Las fuerzas que quedaron desatadas con la guerra de independencia fueron diversas. En una primera etapa este movimiento alcanzó (mayormente) sólo a las cúpulas del patriciado hispanoamericano, que tenía, debido a su relación con la hispanidad, una idea de patria que iba más allá de los marcos regionales hacia un espacio identitario latinoamericano.⁸⁶ Los grandes y diversos contingentes armados de la segunda etapa de la independencia muestran que, durante las luchas por la independencia, la nación se pensó primordialmente en sentido continental. Diversos proyectos (Miranda, Bolívar, O'Higgins, José Cecilio del Valle, San Martín, entre otros) dan muestras de ello.⁸⁷

Las grandes masas, si bien fueron incorporadas en una segunda etapa a los contingentes revolucionarios, no tuvieron una presencia importante en las capas dirigentes de la gesta emancipadora. Si bien algunas de sus aspiraciones fueron plasmadas en decretos, leyes y constituciones, sólo se trataba de actos para asegurar su invaluable apoyo a la causa de la independencia. Su propia percepción de América no fue incluida dentro de la mayor parte de los proyectos nacionales y continentales. Estos diversos grupos populares a lo interno de los nacientes estados, podían tener su propia idea de nación acorde a sus diversas identidades, pero el no poder contar, en la mayoría de los casos, con los medios para transmitirla y recrearla, los hacía, y los hace hoy, presa de la labor ingenieril de las clases que se adueñaron de la maquinaria estatal. Su percepción de la nación, nunca será incluida tal cual en la versión que recreará el Estado.

Tal versión fue diseñada por la clase patricia, radicalizada debido a la coyuntura de la guerra. Su visión de América era la propia de hombres con educación burguesa, contagiados del humor revolucionario de la burguesía europea⁸⁸; más sin ser económicamente burgueses. Sus objetivos eran la grandeza europea. Para esto debían renunciar a su pasado indígena y negro, causa en gran medida del atraso que llevaban a cuestas. Además, debían renunciar a su raíz ibérica que los había condenado a no poder participar de las ventajas que ofrecía la vida en la Europa moderna: sociedad secularizada, libre comercio, participación política.

Así, sin un pie en el pasado, se pretendía iniciar el camino propio de un continente donde el nivel de democratización tanto económica como política era mínimo. Si algunos clavaron anclas en el pasado para arrancar, no lo hicieron para alcanzar el futuro americano sino para igualarse al presente europeo.

86 SOLER, Ricaurte, *Idea y cuestión nacional latinoamericanas (de la independencia a la emergencia del imperialismo)*, Siglo XXI, México, 1980, p. 94.

87 *Ibidem.*, pp. 94-96.

88 MARIÁTEGUI, José Carlos, *ob. cit.*, p. 4.

Pero nuestras sociedades eran básicamente agrarias y mineras, diseñadas como el sustrato del desarrollo capitalista; no industriales ni en camino claro hacia este proceso; nuestras distancias enormes; nuestra geografía accidentada; nuestras comunicaciones, frágiles; nuestra población sumamente heterogénea y dispar económicamente. Nuestras condiciones no eran las europeas para la construcción nacional. Por este motivo, de culturas espurias, pasamos a constituir, contrariamente a lo que defiende Ricaurte Soler⁸⁹, naciones espurias.⁹⁰

Luego de los primeros años de anarquía, dos proyectos se enfrentan desde las élites de poder: uno relativamente endógeno aunque hispanista, a veces incorrectamente llamado conservador, y uno modernizador, conocido históricamente como liberal.

En esta lucha triunfa el segundo proyecto y entonces nuestro continente se enrumba en la construcción nacional, confiando en que con la imitación del modelo europeo, se iba rápidamente a llegar a los niveles de desarrollo del viejo continente. El proceso homogeneizante había comenzado, no en vano las principales revoluciones liberales en Nuestra América a mediados del siglo XIX, van a tener por bandera la educación como símbolo del progreso. Estamos ante la génesis de la fabricación de la nación, pero bajo que moldes: los europeos. Incorrecta y colonizada lectura de la historia de la América española, y de las contradicciones a lo interno de nuestras sociedades.

En nuestra realidad, la asimilación no fue una fabricación que se basó en presupuestos culturales más o menos reales,⁹¹ fue impuesta por una elite ilustrada ajena a una realidad cosmovisiva totalmente diferente. Las políticas indigenistas, posteriormente, llevaron a la compulsiva e ineludible asimilación en el ideal nacional fabricado por la corriente nacionalista: el mestizo. Lo indígena era sólo el mito inmemorial, al cacique prehispánico que resiste al dominador, el Penacho de Moctezuma, la Piedra del Sol, Viracocha: el indígena folklórico e histórico y no el indígena real, resultado de la sociedad colonial.

Esto llevó a la pérdida de la identidad de numerosos pueblos indígenas, o por el contrario, a la resistencia encarnizada de otros grupos, y en definitiva, ya a partir de la década de los setenta del siglo XX, a la toma de conciencia de estos grupos de sus diferencias y de la capacidad que tenían para poder exigir políticamente el reconocimiento

89 SOLER, Ricaurte, *ob. cit.*, p. 29

90 Con esto no pretendemos afirmar que nuestra fatalidad como región sea constituir siempre lo “espurio”. Todo lo contrario. Darnos cuenta de este carácter espurio nos permitirá poder recuperar y reconocer nuestra valía y lugar frente al mundo europeo, reconciliarnos con nuestro ineludible pasado, e iniciar un camino propio.

91 Lo indígena se trató de integrar a la nación, pero no lo indígena decimonónico, sino los mitos prehispánicos, los íconos de aquella época, la historia de la resistencia a la conquista, elementos que muy poco tenían que ver ya con el indígena producto de cuatro siglos de colonización y dominación.

de las mismas. La violencia, y a veces indiferencia por parte del Estado-nación, llevó a que terminaran nuestros pueblos originarios reivindicándose a sí mismo como naciones (etnoculturales).

Ahora bien, de manera diferente a Europa, estos movimientos reivindicativos, forzados por el avasallamiento cultural del ideal nacional predominante defendido por el Estado, no condujeron al secesionismo sino a la reivindicación de autonomías por parte de nuestros pueblos originarios. Estos han querido permanecer dentro del Estado-nación, pero con un pleno reconocimiento de sus diferencias étnicas, culturales, lingüísticas, políticas y jurídicas. El planteamiento es el tránsito del Estado-nacional hacia un Estado plurinacional y multiétnico.

Este es uno de los elementos que ilustran que el fenómeno nacional es más complejo que lo que normalmente se concibe. Para que exista una nación, hacen falta más elementos que las simples potencialidades para serlo. Además, se requiere una mínima democracia económica que lleve al ciudadano a sentirse parte de la colectividad. El indígena no puede integrarse si no siente la **nación del Estado-nación**, y parte de sentirla está en la tierra.⁹² La siente sólo cuando puede pisarla y sentirla suya también.

Ahora bien, no obstante a que en nuestro continente numerosos movimientos revolucionarios han exigido que se integre la visión de los grupos marginados, alcanzando algunos resonancias continentales como la Revolución mexicana; estos no han podido sostener en el tiempo los procesos de cambio, subrogándose en su lugar nuevas clases hegemónicas que incluso han decidido qué elementos destacar de estos nuevos procesos históricos para incorporarlos a la retórica nacional.

La nación en nuestro continente, desde la independencia, ha intentado construirse, incluso con buena fe, desde la marginalidad, desde la “colonialidad del poder”, desde la colonización mental de sus grandes ingenieros. El “éxito”⁹³ en la construcción nacional europea va aupado en los hombros de nuestro fracaso y de otras exterioridades también “fracasadas”. Nuestra frágil integración nacional ha brindado el espacio para la penetración indiscriminada de los intereses económicos de las potencias imperialistas, que han permitido sostener las ventajas materiales de las mismas, la relativa democratización constante de sus sociedades, y por lo tanto la cohesión a lo interno de las naciones, con las salvedades referidas en la nota 93.

Sólo reconsiderando nuestro lugar en la historia; reconociéndonos como valiosos; reconciliándonos con nuestro pasado y presente, con todas las implicaciones de orden

92 MARIÁTEGUI, José Carlos, *ob. cit.*, p. 33.

93 Éxito que no es nuestro objetivo matizar aquí. Baste sólo decir que somos conscientes de que existen numerosos grupos a lo interno de Europa que han sido y siguen siendo violentados por la idea nacional, pero el relativo bienestar material en comparación con nuestros países, ha permitido justificar el éxito de la integración nacional. Quizás el fenómeno de la migración constituye hoy un reto enorme para poder seguir manteniendo este relativo “éxito”.

económico, político, social y jurídico que ello acarrea; podremos revertir nuestra condición histórica de pueblos dependientes. Esto, por supuesto, aparejado a la lucha constante y desde todas las posiciones posibles contra nuestros enemigos internos y externos, lucha que no soslaya el diálogo, cuando este sea posible.

6.- Conclusiones

De las ideas vertidas a lo largo del presente texto, podemos concluir lo siguiente:

1. Existen dos formas de entender la nación. La primera de ellas identificada con las personas que habitan dentro de las fronteras de un Estado (**“la nación para el estado-nación”**). La segunda, basada en criterios étnicos, en atributos culturales compartidos (**“la nación como identidad etnocultural”**).

2. No se puede crear una **Teoría de la Nación (para el Estado-nación)**. Si bien pueden existir algunas ideas comunes, estas sólo pueden ser referentes a la hora de analizar las diversas particularidades de la formación nacional en cada región.

3. Pese a la fuerte convicción de que la nación (para el Estado-nación) es un hecho cotidiano e inherente a la vida humana misma en sociedad, nuestro estudio intenta demostrar que es en sí un producto de la modernidad en constante transformación.

4. La nación (para el Estado-nación) es una fabricación moderna narrada y recreada desde el Estado para servir a la lógica del modo de producción capitalista y para consolidar el modelo del Estado-nación. Por este motivo, la nación es posterior al Estado moderno centralizado.

5. La nación (para el Estado-nación) es una fabricación y no una invención ya que cuenta con un sustrato que permite que ésta sea imaginada, y básicamente radica en la pérdida de los sistemas culturales propios de la feudalidad que, aunados con el desarrollo del capitalismo, permitieron re-localizar en la nación la identidad comunitaria perdida por los individuos y comunidades. Esta fabricación, ocurre siempre mediando procesos con diversos grados de violencia.

6. El Estado-nación europeo no se origina por la fusión entre el poder político y una nación ya establecida. El modelo surge por la centralización de algunos reinos europeos y por el equilibrio entre coerción y capital a lo interno de los estados. Este Estado se da a la tarea de fabricar la nación una vez que es ya un imperativo de las relaciones económicas en la era industrial. Luego, para unir fenómenos que no surgieron de forma paralela y espontánea, es acuñado el término de Estado-nación.

7. Para el triunfo en Europa del Modelo de Estado-nación, fue definitorio el descubrimiento de América ya que le permitió contar con una fuente de capital necesaria para imponerse en la economía-mundo y culminar el proceso de centralización política, permitiendo la “relativa” democratización económica e institucional básica para la identificación nacional.

8. El etnocidio, el empobrecimiento cultural de la humanidad, los nacionalismos y el monismo jurídico, son algunas de las principales consecuencias del proceso de construcción nacional.

9. Los modelos que pueden servir de base para la construcción europea no tienen porque ser útiles de la misma manera para nuestra región que ha vivido procesos distintos.

10. En América Latina, las naciones fueron construidas por grupos minoritarios que proyectaron qué tipo de nación sería factible construir, desde perspectivas “liberales” y “conservadoras”. Este proyecto alcanzaba hasta donde llegaban sus intereses y su respectivo conocimiento de nuestro continente. Esto no niega que las grandes masas no participaran de los momentos difinitorios de la historia de nuestras “naciones”, (llamados por Zavaleta Mercado “momentos constitutivos”), sino que luego no se hicieron del poder, y fueron relegadas por nuevos grupos hegemónicos que decidieron cómo contar la historia de ese “momento constitutivo” y de qué forma era propio integrarlo a la historia de la nación. Así solamente se explica que personajes como Morelos y Zapata sean íconos de un Estado-nación desigual, oligárquico, clasista y racista, contra el cual ellos mismo lucharían hoy. Se recuerdan sólo los nombres y los hechos, pero se les retira su conexión con el presente.

11. La solución de parte de los problemas que aquejan a nuestro continente hoy, pasa por cambiar el paradigma relativo a la construcción nacional, en pos del reconocimiento de nuestra diversidad, de nuestras identidades etnoculturales, y de la atención a nuestras disímiles realidades. Las experiencias al respecto pueden estar en nuestra propia historia, la cual es necesario reinterpretar.

PAISAJE ACTUAL DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Aleida Hernández Cervantes

1.- Preámbulo

Desde las últimas décadas el Estado-nación ya no es el único centro de poder, pues el poder está dividido, el poder está disputado. El Estado ha dejado de ser el omnipresente, el gran regulador, el todopoderoso, el que como un *Leviatán* movía sus largos y bien articulados brazos para controlarlo todo.

En este trabajo partimos de la premisa de que el Estado se está reconfigurando frente a los procesos de globalización. No compartimos las afirmaciones apocalípticas que hablan de una debacle absoluta del poder del Estado y, mucho menos de aquellas que imaginan que es posible el fin del Estado en el marco del capitalismo.

Defendemos la hipótesis de que el Estado está participando activamente en los procesos de globalización; que está cediendo poder y centralidad, algunas veces voluntariamente, otras no, pero que ha sido él mismo uno de los principales artífices de su debilitamiento. Ello será el objetivo central del presente texto: argumentar y demostrar que el Estado al participar activamente en su debilitamiento, ha permitido que se le dispute el monopolio de la producción jurídica con todo conocimiento de causa, por entes privados de intereses particulares. De esto daremos cuenta en las siguientes líneas.

2.- La transformación del Estado-nación

2.1.- Los cambios en el papel del Estado-nación: una problemática en curso

Cierto es, que el alcance de las presiones que está sufriendo el Estado-nación actualmente, no es comparable con otros momentos históricos en los que se han desarrollado diversos tipos de procesos de transnacionalización. Son de tal magnitud dichas presiones que, como bien dice Boaventura de Sousa Santos en *El milenio huérfano*, “la creación de requisitos normativos e institucionales para las operaciones del modelo de desarrollo neoliberal genera una destrucción institucional y normativa tan contundente que afecta, más que al papel del Estado en la economía, a la legitimidad global del Estado para organizar la sociedad”¹. Son en esencia las estructuras normativas e institucionales que dieron forma al Estado nacional, las que están ahora en cuestión.

Visualizado el Estado como el espacio de lo local, de las relaciones situadas dentro de los límites territoriales del Estado, de manera superficial “lo global” sería su contra-

1 *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, ILSA-Trotta, 2005, p. 248.

parte y, en ese contexto, al estarse maximizando todas las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales en la escala global, se pensaría en una superposición de lo global a lo local. En esa primera visión simplista del fenómeno, el Estado-nación representante por excelencia de los asuntos domésticos, estaría quedando al margen de la nueva reconfiguración política global. Pero esta percepción no resulta del todo correcta. Más bien está operando un entrelazamiento dinámico entre lo local y lo global, en el que el espacio nacional se ha convertido en la instancia que media entre ambos, entre lo local y lo global². A partir de este tipo de análisis, es que el término *globalización* ha adquirido relevancia en la literatura sobre el tema.

Si la transformación del “espacio nacional” o en otras palabras el Estado, consiste en confirmarse en el ente legítimo de mediación entre las decisiones políticas locales y globales, lo que corresponde ahora es ubicar cuál es el tipo de “mediación” que el Estado está realizando: si a favor del interés general, como ha sido su principio rector tradicional –por lo menos en el discurso institucional y jurídico–, o si parte de su nueva configuración consiste en el cambio también de dicho principio, para mediar con una norma a favor de los intereses de los actores económicos globales.

Incluso, podemos encontrar conceptos desarrollados sobre la globalización que incluyen el impacto que la misma tiene en los Estados. Tal es el concepto acuñado por Ulrich Beck: “Globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”³. Dichos actores transnacionales están representados, fundamentalmente, en los organismos multilaterales de decisión y las empresas transnacionales, por mencionar a los más poderosos. De ser el Estado el actor principal en la escena del *drama* mundial, se ha convertido en uno más que tiene que compartir la función; es un co-protagonista que comparte el estelar con otros actores emergentes de mucho poder.

La fase histórica actual, se caracteriza por una fuerte interconexión global. Esto quiere decir que se han intensificado las relaciones económicas, políticas y culturales a escala mundial. Como fenómeno la globalización se representa en una combinación de fuerzas y procesos que se manifiestan y operan a escala mundial; son por ello, una multiplicidad de nexos e interacciones entre Estados y sociedades del sistema mundial, en las que se toman decisiones que, a pesar de sucederse en una parte del mundo, tienen consecuencias importantes tanto para individuos como para comunidades distantes de aquél en que se tomaron dichas decisiones⁴.

La globalización, entonces, no solo se puede considerar como “un tipo de actividad”, o un “proceso unívoco” o de decisiones en algún sentido único, sino que implican

2 SANTOS, Boaventura de Sousa, *Democratizar la democracia*, México, FCE, 2003, p. 15.

3 BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1997.

4 KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, p. 307.

múltiples procesos, decisiones y actividades en un nivel de interconexión intenso y amplio, de las que se pretende encontrar elementos comunes que puedan caracterizarlas. Se empiezan a extender y profundizar los centros de poder, se observa una “descentralización” de las decisiones de poder político y económico, respecto al Estado, el cual hoy más que nunca tiene que compartir el centro de las decisiones —aunque nunca haya estado solo completamente—. Es decir, en menor medida, pero siempre, ha tenido que interactuar y reconocer otro tipo de actores sociales con algún tipo de poder.

Sin embargo, podemos hablar que hoy la multiplicación de fuerzas y lazos transnacionales y de procesos globalizantes, de intensidad y velocidad crecientes, estimulan nuevas formas de jerarquización y decisión colectivas, que involucran a Estados, organizaciones intergubernamentales, grupos de interés, presión y poder internacionales. Esto es, políticos, gobernantes, administradores perciben y reconocen que ya no controlan muchos de los factores que determinan el destino de un Estado-nación. Las opciones del Estado en la elaboración de sus políticas nacionales se ven limitadas por las fuerzas internacionales, con las que se ve obligado a negociar y a decidir de manera conjunta, sobre sus otrora considerados asuntos totalmente exclusivos; “avanza la multi o transnacionalización de decisiones y actividades antes domésticas, y se intensifica el entrelazamiento de sus redes dentro de marcos multinacionales”⁵.

Los marcos multinacionales se refieren a la profundización del entramado de estructuras y subestructuras que han caracterizado la dinámica del capitalismo mundial, solo que más intensificado. Para elaborar un análisis del impacto de estos procesos de intensificación global en el Estado, adoptamos la perspectiva transformacionista y, con la idea de establecer dos categorías de análisis y verificar la naturaleza de sus impactos recíprocos (sus interacciones e implicaciones) retomamos, por una parte, una concepción del capitalismo mundial y, por otra, la categoría de Estado que ya hemos referido.

Así pues, partimos de la concepción del capitalismo mundial “como una totalidad compleja y abierta, constituida por múltiples subestructuras y relaciones dinámicas e interactivas y erigida en torno a una base económica, a un sistema internacional de Estados y a una red de relaciones e instituciones internacionales económicas, sociales, políticas y culturales”⁶, todas las cuales han adquirido una interconexión en grado tal, que cualquier decisión o movimiento de alguna de las unidades que lo componen, ven sumamente afectado el funcionamiento en su conjunto. Pero si queremos observar de una forma sumaria el camino que ha recorrido el capitalismo, diríamos con Octavio Ianni, que “(...) La historia del capitalismo puede ser vista como la historia de la mundialización, de la globalización del mundo. Un proceso histórico de amplia duración, con ciclos

5 *Ibidem.*, p. 319.

6 DABAT, Alejandro, *Capitalismo mundial y capitalismo nacionales*, vol. I, México, FE-UNAM-FCE, 1994, p. 31-32.

de expansión y retracción, ruptura y reordenación. Algunos de sus centros históricos y geográficos señalan épocas importantes: Venecia, Ámsterdam, Madrid, Lisboa, Londres, París, Berlín, Nueva York, Tokio y otros. De esta forma se avanza del siglo XVI al XX, pasando por el mercantilismo, la acumulación originaria, el absolutismo, el despotismo ilustrado, las revoluciones burguesas, los imperialistas, las revoluciones de independencia, las revoluciones socialistas, el tercermundismo y la globalización en marcha a esta altura de la historia”⁷. En la actual dinámica global se desarrolla el mercado mundial, entendido éste como la esfera universal de intercambio que articula y contrapone por medio de la concurrencia a los diversos capitalismos nacionales, a partir de una estructura que se sustenta en el nivel de desarrollo de estos últimos y de la división internacional del trabajo⁸. De esta manera, vamos enfatizando que la esfera nacional sigue teniendo un rol esencial, que más bien se reconfigura a medida que las fuerzas globales van clarificando su papel particular.

Uno de los aspectos que pueden darle el sesgo novedoso a esta etapa histórica del capitalismo, es la base productiva que está cambiando, encontrando su centro en la tecnología de la información. En esa línea de argumentación, la tendencia que gana espacios en el debate teórico es que las sociedades van en la dirección de convertirse cada vez más en sociedades informacionales; sociedades en las que es de suponerse, los procesos centrales de generación del conocimiento, la productividad económica, el poder político/militar y los medios de comunicación ya han sido profundamente transformados por el paradigma informacional y están enlazados con redes globales de salud, poder y símbolos que funcionan en esa lógica⁹.

Los impresionantes avances tecnológicos están cambiando vertiginosamente las relaciones económico-mundiales. Así, se propaga “la cantidad de evidencias que respalda la hipótesis de que los avances tecnológicos en materia de información, comunicación y transporte están borrando las fronteras entre lo que hasta ahora eran mercados separados –fronteras que eran una condición necesaria de las políticas económicas independientes”¹⁰.

No obstante que todas las sociedades están siendo afectadas por el capitalismo y el informacionalismo, los impactos son de tipos diferentes, en escenarios distintos y con expresiones culturales/institucionales específicas; lo cierto es que hoy ninguna sociedad

7 IANNI, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI editores, 2002.

8 *Op. cit.*, p. 34.

9 CASTELLS, Manuel, *La era de la información. La sociedad red.*, vol. I, tercera edición en español, Barcelona, Siglo XXI editores, 2001. El autor aclara que para él la expresión de “sociedad informacional” indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico, p. 47.

10 HELD, David *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 161.

y ningún Estado, puede escapar a los impactos de estos procesos intensificados de interconexión global y de cambios tecnológicos, en mayor o en menor grado. Este cambio tecnológico afecta de manera contundente, por ejemplo, a los sistemas productivos y financieros mundiales: aumenta la velocidad de las transacciones, al mismo tiempo que la interconexión económica se intensifica regional como globalmente; a su vez, velocidad y volumen crecen de forma exponencial en dichos intercambios y transacciones económicas. Bajo el manto de estas renovadas condiciones de intercambio comercial y económico mundial, las corporaciones mejoran sus beneficios en grado sumo, ello, a partir de coordinar, distribuir y administrar unidades de producción a escala global auspiciadas por las nuevas tecnologías que lo hacen posible¹¹.

Aquí el Estado, insistimos, juega un rol de suma importancia (a diferencia de lo que consideran los hiperglobalistas/neoliberales), toda vez que es él quien puede orientar, frenar o impulsar el desarrollo tecnológico del sector productivo o estatal, en su caso. Así es como “el papel del Estado, ya sea reteniendo, desatando o dirigiendo la innovación tecnológica, es un factor decisivo en el proceso general, ya que expresa y organiza las fuerzas sociales y culturales que dominan en un espacio y tiempo dados”¹². Esta posición respalda la idea de que el Estado aún es un factor fundamental en el destino de las relaciones económicas y sociales, no obstante que no se puede ignorar que está sufriendo una disminución en su autonomía, en la esfera de la política económica, lo que se traduce en una especie de brecha entre la idea de la comunidad política que determina su propio futuro y la dinámica de la economía política contemporánea.

Pero aunque las empresas comerciales, especialmente las corporaciones transnacionales, pueden ejercer un inmenso poder económico y poseen la capacidad de influir en la política tanto nacional o del país de su sede, como de otras partes; y, aunque las más grandes compañías transnacionales manejan en la actualidad presupuestos muy superiores a los de la mayoría de los estados, aún existen algunos aspectos clave en los que su poder no puede rivalizar con el de los estados, los factores de territorialidad y control de los medios de violencia, siguen siendo reductos importantísimos del poder del Estado-nación¹³.

Sin embargo, la apreciación por parte de los globalistas/neoliberales respecto a la “tendencia irreversible” de la disminución de la autonomía estatal, ha sido un tanto exagerada o manipulada. Para ellos el Estado tiende a minimizarse en la etapa actual del capitalismo. Argumentan que los procesos de globalización ponen en jaque la concentración unívoca de poder del Estado, que llegará el momento en que el Estado solo se requiera para aplicar la fuerza policial, para mantener el orden entre la población, cuando

11 *Ídem*.

12 *La era de la información, op. cit.*, p. 38.

13 GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 73.

de disturbios o desacatos se trate. Pero muy a pesar de lo que se diga sobre el “adelgazamiento” del Estado, lo que parece ocurrir es una intervención que toma partido, asegurando una desregulación interna, a través de modificaciones legislativas, con la finalidad de disminuir los derechos laborales y mantener un orden interno que tiende a exacerbarse por la polarización de la riqueza, la desocupación y el marginalismo crecientes¹⁴. De ahí se explica que los Estados-nación, en alguna medida, se estén convirtiendo “cada vez más en ejecutores y plenipotenciarios de fuerzas sobre las cuales no tienen la menor esperanza de ejercer algún control”¹⁵, agregaríamos, algún control *más significativo*.

Crece la dificultad para que el Estado de forma independiente de toda perturbación externa, tome decisiones importantes respecto a muchos de sus asuntos internos. Por ejemplo, cada vez es más complejo que el Estado lleve a cabo de manera independiente de factores internacionales, políticas monetarias, fiscales, cambiarias y asistenciales, “en una situación extrema, los Estados llegan al punto de no conseguir ya establecer los tributos que se hayan de aplicar sobre la riqueza, pues ésta se transnacionaliza y pasa a escoger dónde pagarlos”¹⁶. Y a pesar de ello, solo desde el Estado se pueden formular políticas relativamente consistentes, siguen siendo el centro de la regulación de las relaciones de clase y son los principales responsables de proveer las condiciones generales de producción, tales como infraestructura, investigación, tecnología, entre otras.

Así pues, entre los avances tecnológicos a gran escala que han profundizado y acelerado la interconexión mundial, que han ido cambiando paulatinamente los procesos de producción; entre los nuevos actores globales con poder como las empresas transnacionales, los organismos multilaterales y la dinámica de los mercados mundiales, el Estado soberano moderno ve erosionado su poder político. Pero es una erosión que implica, más bien, una reconfiguración de su papel en las relaciones internacionales y su ámbito de acción antes exclusivo. La intensificación de los procesos de elaboración de decisiones en marcos internacionales y transnacionales, el Estado tiene que participar como uno más de los involucrados en esas decisiones. Según sea la posición de poder que ocupe cada Estado en la configuración mundial económica, tendrá mayor o menor capacidad de negociación frente a fuertes organismos económicos multilaterales o influyentes consorcios transnacionales.

Derivado de la erosión de los contextos nacional y económicos, lo que disminuye la capacidad de integración económica y social de los estados, se produce la “privatización de la política”¹⁷, pues la formulación e implantación de decisiones políticas se trasla-

14 FLORES OLÉA, Víctor y MARIÑA FLORES, Abelardo, *Crítica de la globalidad. Dominación y liberación en nuestro tiempo*, México, tercera edición, FCE, 2004, p. 127.

15 BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2001, p. 89.

16 FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 22.

17 HIRSCH, Joachim, *La internacionalización del Estado. Acerca de algunas preguntas actuales de la teoría del Estado*, mimeográfico, p. 7.

da, ahora más que antes a estructuras, en un sentido muy amplio, corporativas y sistemas de negociación privado-estatales.

De esta suerte, se presenta así una importante perspectiva del problema, aquélla que consiste en una forma de aproximación a la transformación del Estado en el contexto de la globalización o de los procesos de globalización que implica aseverar que éste se encuentra en una fase de configuración, desintegración y fragmentación, en la que “el fortalecimiento de redes internacionales de regulación, no anula el sistema de Estados individuales, pero sí transforma profundamente tanto las estructuras institucionales, como las condiciones de la acción estatal, así que se crean estructuras, reglamentaciones y regímenes que no se pueden desdeñar sin desventajas y costos graves”¹⁸.

En esa línea argumentativa encontramos a Bob Jessop¹⁹, quien explica tres tendencias generales en la transformación del poder del Estado, considerando la situación de Europa y América del Norte:

1. *La desnacionalización del Estado*, que implica una cierta desarticulación del aparato estatal nacional que proviene del hecho de que el conjunto de capacidades del Estado está siendo reorganizado tanto territorial como funcionalmente a nivel subnacional y supranacional.
2. *La desestatalización* de los regímenes políticos, que se refleja en la transición del concepto de gobierno estatal (*government*) hacia un concepto de gobierno más amplio (*governance*); con esto se quiere decir que se trata del paso de un modelo de regulación social y económica fundado en el papel central del Estado a una forma que reposa en las sociedades y en otras formas de asociación entre organizaciones gubernamentales, paragubernamentales y no gubernamentales, en las cuales el aparato estatal tiene apenas funciones de coordinación en tanto que *primus inter pares*.
3. *Internacionalización del Estado nacional*, que tiende a expresarse en el aumento del impacto estratégico del contexto internacional en la actuación estatal, lo cual puede engendrar la expansión del campo de acción del Estado nacional siempre que fuera necesario adecuar las condiciones internas a las exigencias extra-territoriales o transnacionales²⁰.

18 *Ibidem.*, p. 10.

19 Bob Jessop es uno de los más representativos teóricos de la regulación. La teoría de la regulación, tuvo su origen principalmente, en la Escuela francesa de la regulación que surge durante los sesenta. Tiene su fundamento, en parte, en el estructuralismo althusseriano, pero intenta superar el supuesto de éste de que las estructuras de alguna manera se mantienen a sí mismas casi automáticamente, sin mediación social efectiva y sin transformaciones significativas. La regulación implica un conjunto de soluciones institucionales temporales que contienen y limitan los conflictos básicos del capitalismo, pero que no pueden hacerlo para siempre.

20 *Ibidem.*, p. 248. Boaventura retoma el trabajo de Jessop de 1995.

Explicadas desde el ámbito de la soberanía, estos niveles de interpretación sobre los cambios operados en la función y naturaleza del Estado alcanzan un mejor acercamiento al objeto de análisis.

2.1.- La soberanía en un dilema

Como hemos venido insistiendo, los cambios que se están operando en torno al Estado-nación obedecen, en gran medida, al fenómeno de la globalización económica cuya piedra angular la constituye el peso de las transacciones y las conexiones organizativas cada vez más intensificadas. Éstas forzosamente tienen que cruzar las fronteras nacionales, trasgrediendo con todo ello uno de los dogmas más preciados por los cultivos del Estado: la soberanía.

A través de la trasgresión a ese dogma, es que el Estado-nación se ha visto minado en sus potestades, en su fortaleza, pues la soberanía desde el pensamiento de uno de sus principales teóricos, Jean Bodin, fue considerada como *el poder absoluto y perpetuo de una república*²¹, la característica que define o constituye al poder del Estado.

Considerada también como la facultad ilimitada del soberano de decidirlo todo; todo lo que concierne a los asuntos de la *cosa pública*, hacia dentro de su territorio y frente a los otros entes de la misma estatura, es decir, frente a los demás estados del sistema interestatal. Este sistema viene a sustituir la vieja idea universalista de la *communitas* medieval que bajo el dominio universal de las figuras del Emperador y del Papa prevaleció hasta que fue rechazada y sustituida por la nueva concepción de la organización del poder internacional; en lo subsecuente, conformada por una *sociedad internacional de Estados nacionales, como sujetos jurídicos independientes entre sí, igualmente soberanos pero subordinados a un único derecho de gentes*²².

En esa dirección se puede interpretar el desarrollo de la soberanía, como un proceso de reconocimiento que cada uno de los Estados realizó frente a los otros, garantizándose el derecho de cada cual a gobernarse absolutamente en los límites de su territorio y población²³. Con el referente obligado de la soberanía, se intentó construir en torno a ella una especie de contenedor de conflictos territoriales, económicos y de poder. Sin embargo, nunca fue suficiente para acabar totalmente con todo tipo de conflictos entre estados.

La soberanía fue, en todo caso, una construcción política sobre el poder del Estado-nación, que lo fortalecía y al mismo tiempo, delimitaba su acción frente a otros de su género; pero nadie por encima de sus decisiones, ningún tipo de reconocimiento a una probable superioridad de otro ente de poder, por lo que hace a la soberanía externa. Pero

21 *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2006, p. 47.

22 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2006, p. 128.

23 HELD, David, *La democracia y el orden global*, op. cit., p. 101.

esta concepción absolutista de la soberanía estatal, habría de tener en su origen una aporía grave que hacía visualizarla como una clara sustitución del poder absoluto unipersonal del monarca y su venia divina, ahora por una idea política secularizada respecto al poder del Estado, sin embargo, igualmente totalitaria. La aporía consistía en la antinomia entre soberanía y derecho, pues en su inicio la soberanía significó ausencia de límites, reglas o normas, de ahí aquélla contundente frase de Bodin de que “nada en la Tierra, excepto Dios, es más grande que el príncipe soberano, a quien Dios consagra como su lugarteniente para ordenar al resto de la humanidad”²⁴. El príncipe soberano del que habla Bodin, no lo era por su persona, sino por su función; sólo en su calidad de gobernante por el que se le depositaba la soberanía del Estado. Nótese de cualquier forma, que el príncipe soberano no estaba sometido a ley alguna, su consagración y su obediencia solo iba en dirección a Dios.

Más tarde, con la construcción de la idea de Estado de derecho que planteaba la división de poderes, la preeminencia de la ley y el respeto a los derechos humanos, la soberanía absoluta del Estado comenzó a ver límites en su horizonte originario, aquella que se concebía como *potestas legibus soluta y superiores non recognoscens*.

Dos son las perspectivas desde las que se ha explicado la soberanía: la interna y la externa. La primera, se refiere al poder supremo que ostenta el Estado en los márgenes de su territorio, de ahí que el Estado-moderno, Estado-nación (por supuesto, sólo el de cuño occidental) desde su origen no se pueda explicar sin la idea de soberanía. Por su parte, la soberanía externa tiene que ver con la independencia que tiene el Estado frente a todo poder, injerencia e intervención exterior; es precisamente la soberanía externa la que plantea la legitimidad del Estado a defenderse de alguna agresión o intervención de cualquier otro poder.

Debido a las transformaciones –unas paulatinas, otras vertiginosas– del papel del Estado en la dinámica social, la soberanía en su concepción clásica ha ido perdiendo vigencia junto al agotamiento del sistema interestatal cuyo modelo sólo aceptaba y reconocía una comunidad mundial conformada por Estados soberanos²⁵.

Éste sistema interestatal, llamado “westfaliano” en alusión a la paz de Westfalia de 1648 –que puso fin a la fase alemana de la Guerra de los Treinta Años y que estableció por primera vez el principio de la soberanía territorial en los asuntos interestatales–, puede resumirse con los siguientes principios²⁶:

24 *Op. cit.*, p. 40.

25 En las últimas décadas están emergiendo toda suerte de actores y entes de poder distintos al Estado soberano con los que éste se ve orillado a negociar, debatir, ceder, disputar asuntos que en otro momento le eran exclusivos.

26 Nos basamos en la tabla adaptada por David Held de las observaciones de R. Falk y A. Casese, *op. cit.*, p. 105.

1. El mundo está compuesto y dividido por Estados soberanos que no reconocen ninguna autoridad superior.
2. El proceso de creación de derecho, la resolución de disputas y la ejecución de la ley están básicamente en las manos de los Estados individuales.
3. La responsabilidad por acciones ilegales transfronterizas es un “asunto privado” que concierne a los afectados.
4. Todos los Estados son considerados iguales ante la ley: las disposiciones legales no toman en cuenta las asimetrías de poder.
5. Las diferencias entre los Estados son en última instancia resueltas por la violencia; predomina el principio del poder efectivo. Prácticamente no existen frenos legales para contener el recurso a la fuerza; las normas legales internacionales garantizan mínima protección.
6. La minimización de las restricciones a la libertad del Estado es la “prioridad colectiva”.

Bajo esta estructura de sistema interestatal, el concepto de soberanía en su acepción moderna aparece fuertemente ligado a la consolidación de los *estados-nación*, refiriéndose a un poder de mando incontrastable en una sociedad política, “a un poder *independiente, supremo* y sobre todo *exclusivo*, es decir, sin igual y sin competencia en el ámbito de un territorio”²⁷.

Pero este poder *independiente, supremo* y considerado *exclusivo*, significado en la soberanía del Estado-nación, ha ido desdibujándose en su concepción absolutista. Una de las causas principales de ello, es el curso que han tomado los procesos de globalización, minando el aura absoluta de poder que se construyó alrededor del Estado. Algunas de las explicaciones al respecto, nos dicen que

“Tanto este engranaje institucional forjado en torno al Estado-nación como el pensamiento jurídico constituido a partir de los principios de soberanía, de autonomía de lo político, de la separación de poderes, del monismo jurídico, de los derechos individuales, de las garantías fundamentales, del *judicial review* (control de la legalidad y/o constitucionalidad) y de la cosa juzgada, han sido crecientemente puestos en jaque por la diversidad, heterogeneidad y complejidad del proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo. A medida que los precios de los bienes y servicios negociados en esos mercados pasan a formarse fuera del alcance de las competencias reguladoras estatales, quebrándose el vínculo entre la producción y circulación de riquezas y el territorio, se inicia un período histórico en cuyo ámbito la economía cada vez más se impone sobre el debate

27 FARIA, Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, op. cit., p. 17.

público y las agendas gubernamentales de todos los países (aunque de modo diferenciado)”²⁸.

Lo anterior no quiere decir que el Estado no conserve considerable poder en decisiones políticas fundamentales; lo que sucede es que ha dejado de ser el único centro de poder importante. Se trata entonces, de un replanteamiento serio en lo que toca a la noción de soberanía estatal y, correlativamente, a las funciones y facultades del Estado, antes nunca puestas a discusión tan severamente. De ahí que se explique que dentro de este proceso de redefinición de la soberanía del Estado-nación, la fragilización de su autoridad, el agotamiento del equilibrio de poderes y la pérdida de autonomía de su aparato burocrático sean reveladores de una nueva correlación de poder entre los distintos actores del fenómeno de la globalización.

Siguiendo la explicación de Faria, existen sectores relacionados con el sistema capitalista transnacional que ejercen fuerte presión al interior de las estructuras del Estado, en virtud de su poder político y económico; para ello, utilizan mecanismos de persuasión, presión, negociación, confrontación y veto. Son sectores que ocupan posiciones clave dentro del sistema productivo, que se traducen en una capacidad sustantiva de influencia en la formulación, establecimiento y ejecución de políticas públicas²⁹.

En términos de Bob Jessop y Joachim Hirsch, la realización de una estrategia particular de acumulación o de un modelo de acumulación se encuentra siempre vinculada con la posibilidad de imponer una estructura hegemónica político-ideológica compatible, un modo de suprimir a la clase trabajadora y de institucionalizar las relaciones de clase³⁰.

Por otra parte, un autor importante para el análisis crítico de estos cambios, Sabino Cassese, plantea que el problema se contextualiza dentro de una profunda “crisis del Estado”, la cual *involucra la pérdida de unidad del mayor poder público, internamente, y la pérdida de soberanía en relación con el exterior*³¹. Esto se ve reflejado por las interconexiones internacionales, que son las productoras de la desterritorialización de las actividades económicas y, al ser los estados entes que operan sobre territorios delimitados, terminan por ser desplazados en influencia; “el resultado es la alteración de los costos y beneficios de implementar diferentes opciones políticas y la disminución de la eficacia de aquellos instrumentos que permiten al Estado controlar las actividades dentro y a través de sus fronteras”³².

28 *Ibidem.*, p. 21.

29 *Op. cit.*, p. 23.

30 *¿Un nuevo Estado? Debate sobre la reestructuración del Estado y el Capital*, México, Cambio XXI, Fontamara, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1994, p. 20.

31 CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, trad. Pascual Caiella y Juan González Moras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 32.

32 HELD, David, *op. cit.*, p. 118.

Así, la cuestión de la territorialidad en donde se efectúan las decisiones y sus consecuencias, termina por constituirse en uno de los centros de discusión más importantes respecto al impacto de la globalización en los Estados. Dicha alteración viene influida por la emergencia de nuevos sujetos de poder, entre ellos las organizaciones internacionales y, sobre todo, por las llamadas corporaciones transnacionales quienes están dotadas de un poder descomunal que ellas mismas se han encargado de aumentar, a través de la capacidad económica que tienen. Por ejemplo, se ostentan como creadoras de empleos, llevan nuevas inversiones al lugar que elijan y presumen con esto –aunque de manera un tanto ficticia y volátil– que fortalecen las economías de los estados, si el capital está invertido en sus circuitos financieros.

Si bien son datos difíciles de rastrear, algunos estudios señalan que las corporaciones transnacionales son responsables de un nada despreciable 30 por ciento del producto bruto global, de un 70 por ciento del comercio mundial y un 80 por ciento de las inversiones internacionales³³. Estos datos explican el poder que tienen para presionar a los Estados en sus políticas públicas y en sus decisiones económicas.

En un contexto altamente interconectado globalmente, *muchos de los dominios tradicionales de actividad y responsabilidad estatal (defensa, gestión económica, comunicaciones, sistemas administrativos y legales) no pueden ser regidos sin recurrir a formas internacionales de cooperación*³⁴. Ahora los Estados, en muchos temas, no deciden solos, sino de manera colegiada con otros Estados, organismos internacionales e, incluso, en el mejor de los casos, en cooperación con organismos de la sociedad civil. Pero lo que más se está presentado, son situaciones en las que el Estado se ve obligado a “decidir” por presiones de organismos multilaterales como lo son el Fondo Monetario Internacional y/o el Banco Mundial.

Convendría, para efecto de cerrar este apartado, contrastar críticamente algunos de los principios de soberanía territorial configurada por el modelo de Westfalia al que nos referimos líneas arriba, con los cambios que actualmente sufren en su autonomía y decisión los Estados-nación.

1. *El mundo está compuesto y dividido por Estados soberanos que no reconocen ninguna autoridad superior*. Desde hace mucho tiempo este principio ha dejado de verse reflejado intacto en la realidad política de las interrelaciones de los Estados-nación. Muchos son los casos que ejemplifican esta realidad. No obstante, cuando se creó la Organización de Naciones Unidas los Estados parte no perdían su soberanía, lo cierto es que aceptaban expresamente un grado de sujeción a las decisiones colegiadas de todos los estados que lo conformaran; pero en ese periodo seguían prevaleciendo las decisiones tomadas por los gobiernos estatales, más allá de asumir compromisos internacionales y con otros estados soberanos, una vez que fueran sometidos a decisiones al interior del Estado.

33 Datos tomados de la obra de Held, que a su vez éste toma de Myers: 1994.

34 *Ibidem.*, p. 119.

Por otra parte, cada vez se vuelven más poderosas las organizaciones económicas multilaterales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), las cuales regularmente se instalan en el centro de debate por el control de la política regional y global. El FMI por ejemplo, que tiene como objetivo suministrar recomendaciones técnicas, dar orientaciones económicas y préstamos financieros a las llamadas economías en desarrollo, en la mayoría de los casos condiciona el acceso a los préstamos económicos requiriéndoles a los gobiernos que restrinja la expansión del crédito, reduzca el gasto público, limite los salarios y los empleos en el sector público, devalúe la moneda y reduzca los programas de asistencia social³⁵. El Banco Mundial, nada lejano de la forma de operar del FMI, actúa otorgando su apoyo financiero bajo el principio de condicionalidad. Ubicada como una institución mundial encargada de delinear estrategias de desarrollo para los países con problemáticas en el tema, el BM exige a los beneficiarios de sus programas de “ajuste estructural” y “sectorial”, el cumplimiento de normas de austeridad monetaria y fiscal, la mayor apertura de la economía al sector privado, la remoción completa de las protecciones domésticas contra las fuerzas de la economía internacional, en tanto, una creciente confianza en los mecanismos del mercado para la solución de los problemas productivos y distributivos; hasta exigencias de “buen gobierno”, asociado al respeto de los derechos humanos, democracia y rendición de cuentas de la administración pública. El peligro más latente de la “condicionalidad” de estos organismos económicos sobre los países en desarrollo (pues no es el mismo caso de los países fuertemente desarrollados), es la conformación de su estructura de dirección; esto quiere decir que son los países industrializados más avanzados los que ejercen el control de las directivas y la elaboración de las políticas económicas dictadas a los países que se someten a ellas, lo cual pone totalmente en entredicho la autonomía de los mismos en la instrumentación de sus políticas públicas. Esto nos habla de la fuerza con la que el poder geoeconómico está integrado en los procesos de toma de decisiones, lo que algunos llaman “estrategia de recolonización” sobre los países en proceso de desarrollo, haciéndose más evidente que al seguir las directrices de estos organismos al pie de la letra, los derechos soberanos son violados socavándose el espacio político para la autodeterminación nacional.

También corrobora este cambio del principio de “no reconocimiento a ninguna autoridad superior”, el caso paradigmático de la Unión Europea (UE), en el cual los países que forman parte de ella, reconocen para algunas materias y asuntos –los cuales son cada vez más–, que la Unión en su conjunto tomará decisiones y aplicará normas que están fuera de la estructura jurídica tradicional del Estado-nación. Tal como se nos dice, “los Estados miembros de la Unión Europea ya no son los únicos centros de poder dentro de sus fronteras” y como destacara el Tribunal de Justicia de la UE *al crear una Comunidad de duración ilimitada, con sus propias instituciones, su propia personalidad...*, sobre todo,

35 Para ilustrar con detalle véase el capítulo 5 de *La democracia y el orden global*, op. cit., p. 130-152.

*con poderes reales debidos a una limitación de la soberanía o a una transferencia de los poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados miembros han restringido sus derechos soberanos*³⁶.

Con este tipo de organización superior de poder, queda desdibujada la concepción tradicional de soberanía estatal referida a su aspecto externo, como poder público indivisible, ilimitado, exclusivo, perpetuo y supremo, que se materializaba en los Estados-nación de forma individual.

2. *El proceso de creación de derecho, la resolución de disputas y la ejecución de la ley están básicamente en las manos de los Estados individuales.* Este postulado de la clásica función exclusiva del Estado en el proceso de creación del derecho y su ejecución, dista mucho de estar plenamente en vigencia. Es cada vez más común que el derecho no sólo sea de producción estatal, sino que provenga de otras entidades. Los acuerdos regionales³⁷ son una amplia expresión de este tipo de derecho no estatal, pero que el Estado se ve obligado a reconocer. En la actualidad en una gran variedad de temas, los Estados se ven sometidos a la jurisdicción de tribunales que están fuera de la estructura jurídica tradicional, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional en materia penal y de derechos humanos; mientras que en materia de comercio exterior, la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha adquirido un poder extraordinario frente al poder de los Estados en los asuntos controversiales entre uno y otro Estado miembro, en materia comercial. Los Estados aceptan su jurisdicción para resolver disputas comerciales que se presentan entre algunos de los países que forman parte. Sin embargo, en una dinámica de tensión política, algunas veces los estados parte se colocan en una posición de exigir se respete su soberanía para algunas situaciones, pero para otras pueden declinar algún grado de la misma, por propia voluntad.

3. *El derecho internacional se orienta al establecimiento de reglas mínimas de coexistencia; la creación de relaciones duraderas entre los Estados y los pueblos sólo es promovida cuando atiende objetivos políticos nacionales.*

Si en el inicio de la conformación de los Estados-nación este principio de que “el derecho internacional se orienta al establecimiento de reglas mínimas de coexistencia”, actualmente la tendencia suele ir en sentido contrario. Las reglas del derecho internacional van en aumento con una celeridad extraordinaria. Los Estados que conforman la diversidad de organismos internacionales como la ONU, la OMC, la OCDE, entre otras, están sujetos a una creciente cantidad de normas internacionales que para cada materia se dictan. Si bien aún no existen mecanismos legales eficaces para que los Estados parte

36 HELD, citando a Manzini, *op.cit.*, 1990, p. 180.

37 De los acuerdos regionales más conocidos, se encuentran: la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés), el MERCOSUR (Cono Sur de América Latina); ASEAN (Asociación de las Naciones del Sudeste de Asia); CARICOM (Comunidad del Caribe) y otras del mismo corte, que tienen como objetivo primordial la cooperación comercial y económica entre los países signatarios.

cumplan con las normas emanadas de cada organismo, lo cierto es, que de manera extra-legal (o fuera del ordenamiento que para cada materia se prescribe) se les presiona para su cumplimiento (el BM y el FMI, como lo comentamos en líneas arriba, cumple con esa función, cuando se trata de estipulaciones económicas y de “buen gobierno” –que incluye derechos humanos y democracia). No debe olvidarse que esa presión no tiene la misma intensidad, alcance y efectos para los países hegemónicos, lo cual nos habla de una evidente desigualdad en la coactividad de las normas internacionales³⁸.

Además, si antes el derecho internacional tenía como único y exclusivo propósito regular las relaciones entre Estados soberanos, ahora se pugna por un derecho que tenga como principio la regulación de una organización de orden mundial altamente integrado; sin embargo, en su vocación homogeneizante no toma en cuenta las diferentes estructuras políticas y culturales de los países del orbe, en virtud de la composición geopolítica mundial de las naciones. Esto nos habla de las fuertes asimetrías del desdibujamiento de la soberanía estatal: a menor desarrollo económico y menor poder, corresponderá una mayor violación a su soberanía exterior; a mayor poder político, militar y económico, menor violación a su soberanía. Así, la ecuación de la transformación en la soberanía de los Estados-nación, no sigue un curso igual en cada uno de ellos; varía según su poder y su posición en la conformación geopolítica del orbe, ocasionando serias desigualdades sociales que se profundizan con el fenómeno de la globalización económica.

En esta tesitura, el Estado-nación y la soberanía como una de sus expresiones más emblemáticas, tienen y necesitan un entramado jurídico para materializarse. Y si el Estado nacional y su soberanía han cambiado, el modelo jurídico también lo ha hecho. Los siguientes apartados darán cuenta de la forma que ha adoptado el Derecho con la llamada *globalización*. Cuáles y cómo son los tipos de regulaciones que prevalecen y que sirven para organizar los procesos económicos globales y, en particular (por ser de importancia para la teoría jurídica), cuáles son las características del tipo de Derecho que está prevaleciendo, como sistema de regulación global.

3.- Las transformaciones del Derecho. En predicamento los postulados de la mitología del Derecho Moderno

3.1.- De la estatalidad del Derecho a la pluralidad jurídica

Uno de los objetivos que entretejió el Estado moderno en el curso de su construcción, consistió en hacer de su exclusividad la producción del derecho, las normas con poder

³⁸ El caso de Estados Unidos de Norteamérica es ejemplar. Este país no ha ratificado una serie de tratados internacionales –entre ellos el Protocolo de Kyoto– y deliberadamente pasa por encima de las indicaciones y normas que para varias materias –como la intervención bélica en otros países– ha establecido la Organización de Naciones Unidas.

coactivo. Si la intención de esa etapa histórica en la que se circunscribió y dio carácter el Estado moderno, tenía como finalidad acabar con el poder fragmentado característico de la organización político-social del medioevo, una vía efectiva para lograrlo tendría que ser la eliminación de todos los ordenamientos jurídicos que no procedieran exclusivamente de la nueva autoridad legitimadora del orden social en curso. Esta situación reflejaba fielmente el origen de vocación homogeneizante que habría de prevalecer en la naturaleza y funcionamiento del Estado-nación.

El derecho de la Edad Media se representaba como una estructura difusa, en la que cada reino y los feudos se regían por un conjunto de reglas propias, basados en los usos locales, precedentes de los juicios de la tierra y en las cartas de privilegios concedidos por el señor³⁹, así como de otros órdenes normativos que tuvieran como fuente la organización del poder de aquella época, como el poder papal.

Caracterizando a este tipo de derecho, Wolkmer nos dice que se trata de un “derecho que, por admitir las desigualdades y los intereses de los diferentes estamentos, se define como estatuto jurídico incluyente, pues es producido para legitimar la existencia de una jerarquía social claramente establecida en las distinciones entre el clero, la nobleza y el campesinado”⁴⁰.

Con la emergencia del Estado moderno, se intenta eliminar la variedad de centros de poder político que obedecía a la organización interna del sistema feudal, cuyo poder se distribuía entre nobles, obispos, universidades, reinos, entidades intermedias, estamentos, organizaciones y corporaciones de oficios. Se presenta con el Estado, un nuevo fenómeno jurídico expresivo de las relaciones sociales procedentes del nuevo modo de producción capitalista y de la ideología liberal-individualista.

Del nuevo fenómeno jurídico que se configuraba junto a la sociedad moderna y su Estado, se observaba un acento marcadamente monista en su producción. El Estado se apropió de la producción de las normas jurídicas para terminar de legitimarse y de centralizar el poder. Cualquier otra forma de expresión jurídica extra-estatal no tendría la fuerza normativa que el Estado moderno decía imprimirle a las normas jurídico-estatales. Fue así como se le cerró el paso a diferentes manifestaciones jurídicas, volviéndolas inexistentes al considerarlas no reconocidas por la autoridad del Estado. Fue la *íntima conexión entre la suprema racionalización del poder soberano y la positividad formal del Derecho* la que condujo a la *fusionada y predominante doctrina del monismo*⁴¹.

En su afán centralizador el Estado moderno totalizó desde sí y para sí, el fenómeno jurídico: su producción, interpretación, aplicación y reconocimiento discursivo. Así, el Estado a través de sus órganos, daba valía al discurso jurídico. Por una parte, en el poder

39 Citado en WOLKMER, Antonio, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*, 3ª. Edición, San Pablo, Alfa-Omega, 2001, p. 41.

40 *Ídem*.

41 WOLKMER, *op. cit.*, p. 56.

legislativo se hizo descansar la facultad exclusiva de producir normas jurídicas, cuya característica principal sería su poder coactivo, es decir: una norma con todo el respaldo del poder del Estado. Por otro lado, el poder judicial, otro poder del Estado con capacidad para juzgar con base en las normas producidas por el legislativo. Esas normas jurídicas se articularon como parte de todo el sistema jurídico, conformando leyes generales y abstractas, sistematizadas en un cuerpo conocido como Derecho positivo. Es así que el Estado moderno logra encarnar un Derecho de inspiración secular, con una racionalidad cientificista, basado en la despersonalización del poder. Todo ello como aspiración, como un ideal, cuya realidad no siempre se vio cristalizada.

Este principio del monismo jurídico, implicó la creencia sostenida y dominante de que no existían, más allá del Estado, otros sistemas jurídicos que valieran como verdadero Derecho. En Hobbes podemos rastrear el origen de identificar al Derecho como el Derecho del soberano; la reducción del Derecho a Derecho positivo y todavía más: el Derecho como una creación exclusiva del Estado⁴² y excluyente de cualquier otra fuente productora. Es en el capítulo *De las leyes civiles* de su obra cumbre *Leviatán*, donde Hobbes plantea contundentemente que las leyes civiles serán sólo aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros de un Estado; leyes que nadie podrá hacer sino el Estado, por la exclusiva subordinación que los hombres se imponen como parte del sometimiento al contrato social. El Estado se constituye en el único legítimo legislador; Hobbes lo expresó en este tenor: “El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque legislador es el que hace la ley, y el Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes: por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución”⁴³.

El monopolio estatal de la producción jurídica, entonces, fue como un artilugio del poder estatal para otorgarle validez y reconocimiento solo a la normatividad originada desde sus esferas, implicando la afirmación (estatal por supuesto) de la no-existencia de diferentes órdenes jurídicos, condenándolos con esta concepción al ostracismo. Sin embargo, lo cierto es que ninguna sociedad moderna organizada en términos de la abstracción de un Estado-nación, pudo observar empíricamente como hecho absoluto, la existencia exclusiva de normas jurídicas emanadas sólo del Estado.

Que el Estado no reconociera la existencia de otros órdenes normativos, solo provocó exclusión y opresión a significativos grupos sociales que tenían diversas formas de

42 Así lo sugiere Miguel REALE, citado en WOLKMER, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 59.

43 HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma o y poder de una república eclesástica y civil*, segunda edición, México, FCE, 1980. 217-128 (Parte II, cap. XXVI).

regulación. Esta concepción exclusivista del fenómeno jurídico, ayudó al fortalecimiento del Estado moderno como único centro de poder por excelencia de la etapa post-feudal. Todo el engranaje que implicó este principio del monopolio estatal de la producción jurídica, propició la construcción de la base teórica del paradigma dominante en la ciencia jurídica moderna: el iuspositivista. El mismo que hoy evidencia una crisis profunda.

Como hemos afirmado, el poder del Estado está siendo disputado desde diferentes centros de poder. Esto trae consigo que también sea disputado el monopolio de la producción jurídica. Otros centros de poder están produciendo sus propias normas y ante ellas, el Estado-nación en ocasiones ha llegado a reconocer validez, a negociar o conciliar su contenido con el de las normas estatales. Este fenómeno —que iremos explicando con más detalle en un apartado subsecuente—, está reflejando un cambio sustancial en uno de los considerados pilares estructurales del Derecho moderno: su estatalidad exclusiva.

Este cambio se está presentando con mayor fuerza debido al impacto de la globalización económica. Al concurrir varios centros de poder en el mismo espacio y tiempo, resulta que algunos de ellos elaboran su propio marco normativo según sus prioridades e intereses. Esta situación refleja una pluralidad normativa, no muy común después de la consolidación del monopolio estatal del fenómeno jurídico, una vez eliminada la organización social de tipo feudal. Por lo menos, no común en tanto tendencia.

Para explicar este fenómeno de intensidad y manifestación novedosas —pero presentado con diversos matices en otros momentos históricos—, nos apoyaremos en el marco analítico-explicativo del pluralismo jurídico. A efecto de no confundir sus diferentes planos de significación, será necesario referirlos y aclarar cuál es el utilizado en esta investigación.

El pluralismo jurídico⁴⁴ tiene dos connotaciones ampliamente difundidas: 1) como descripción de una realidad jurídica y 2) como paradigma del derecho a consolidar. El primero, se ubica en la descripción de hechos socio-jurídicos, esto es que el pluralismo jurídico implica la coexistencia de diversos órdenes normativos en un mismo espacio y tiempo determinados, en contraposición a la exclusiva producción de normas del Estado. En segundo lugar, el pluralismo jurídico⁴⁵ es utilizado como un paradigma que plantea

44 “El sentido originario de este concepto es reformulado a partir de mediados del siglo XX, principalmente cuando la antropología extiende sus investigaciones desde las sociedades primitivas a los centros urbanos de la sociedad industrial. A partir de ese momento, el pluralismo pasa a verse como ‘la situación en la que en el ámbito de una única esfera de jurisdicción existe más de un cuerpo de leyes’”. Ver FARIA, *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 130-131.

45 Este nuevo paradigma a consolidar, es planteado por varios autores como Antonio Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, César Rodríguez, entre otros. Ellos plantean la idea de un “pluralismo jurídico” como proyecto emancipatorio cuya visión no instrumentalista del Derecho, estaría basado en estructuras sociales y respectivos actores en cambio continuo.

una nueva concepción sobre el Derecho, un entendimiento diverso de las características de los sistemas jurídicos, opuesto al que se tiene desde el positivismo jurídico.

Para efectos de nuestro trabajo, cuando hacemos referencia a la expresión “pluralismo jurídico”, nos estaremos refiriendo a la coexistencia de diversos órdenes normativos en un mismo espacio y tiempo determinados, en virtud de que esa explicación nos servirá de argumento para dar cuenta de la pérdida del monopolio del Estado en la producción jurídica. No obstante, es necesario hacer algunos apuntes sobre la trayectoria histórica que ha seguido el pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico se puede analizar a través de diferentes etapas de la historia occidental. Una de ellas se remonta a la época feudal, en la que “la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, derecho canónico y derecho romano”⁴⁶. La pluralidad jurídica de esa época, era un fiel reflejo de la organización del poder, el cual estaba dividido en estratos que no tenían una jerarquía sistemática u ordenada, más bien respondían a una estructura social desagregada y muchas veces anárquica. Los diferentes órdenes normativos y su aplicación correspondían, en todo caso, a la unidad de poder de las que emanaban y, podían quedar sujetos a ellos los individuos pertenecientes a esa unidad política y/o religiosa. En ese sentido, Rouland⁴⁷ identifica cuatro manifestaciones legales del mundo medieval: a) un “derecho señorial” correspondiente a la función militar; b) un “derecho canónico” basado en los principios cristianos; c) un “derecho” burgués” apoyado en la actividad económica y d) un “derecho” real” con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en virtud de su afán centralizador.

Una vez que se dejó atrás la etapa feudal al consolidarse la idea de Estado-nación, el pluralismo jurídico de aquella época fue sustituido por el monopolio estatal de la producción jurídica. Esta nueva realidad jurídica fue predominantemente confirmada y, hasta exacerbada, por la teoría positivista del derecho. Edificó sus principios sobre las bases del territorio del Estado-nación; con la consideración sobre el derecho como aquél producido sólo por los órganos del Estado; en la separación estricta del derecho respecto a otras disciplinas como la ética y la política. En fin, que la concepción del monismo jurídico prevaleciente en la etapa del Estado moderno, hizo las veces de ideología jurídica, pues llegó a distorsionar la realidad negando la existencia de diversas manifestaciones jurídicas que no procedieran de él; negándole el carácter de derecho a las reglas o normatividades generadas por diferentes grupos sociales.

46 “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Mauricio GARCÍA VILLEGAS y César A. RODRÍGUEZ (eds.), Bogotá, ILSA-Universidad de Colombia, 2003, p. 249.

47 Citado en WOLKMER, *idem*.

Pero en tanto se consolidaba una hegemonía en torno al pensamiento jurídico sobre la estatalidad del derecho, empezaron a surgir desde la filosofía antipositivista, voces discrepantes respecto a esta supuesta característica dominante del fenómeno jurídico. Se trataba de teóricos integrados en la llamada Escuela Histórica. Planteaban una concepción amplia del derecho, en la que obviamente cabría hablar de pluralismo jurídico. Fue, como lo constata Santos, “una reacción contra el centralismo o el exclusivismo estatal, fundada en un argumento según el cual el derecho estatal estaba, en realidad, lejos de ser exclusivo y en algunos casos incluso no era central en la ordenación normativa de la vida social”⁴⁸. A pesar de que el concepto de pluralismo jurídico apareció mucho tiempo antes, es con esta reacción al centralismo jurídico que gana espacios de discusión y se perfecciona su planteamiento⁴⁹.

4.- La pluralidad jurídica de la globalización económica: paisaje del contexto actual como reflexiones finales

Antes del descentramiento del Estado como tendencia predominante, el Derecho operaba, fundamentalmente, en el espacio y tiempo nacional. De ahí que, a decir de Santos la concepción positivista del derecho con fundamento en la teoría política liberal, se entendiera según la ecuación de “nación, Estado y derecho”. La nación, como el espacio privilegiado de operación del campo jurídico; el Estado como el aparato burocrático, retórico y coactivo de su concreción; y ambos elementos *nación* y *Estado*, en interacción permanente con el *Derecho*.

Uno de los cambios trascendentes que se están gestando en el campo del Derecho –más o menos, a partir de dos décadas hacia atrás–, tiene qué ver con la importancia y centralidad que ha adquirido el espacio y tiempo transnacional en colisión con el espacio y tiempo nacional. Dicha preponderancia del espacio y tiempo transnacional, atiende a la complejidad de las sociedades modernas. Esto es, “en lugar de estar reguladas por un único ordenamiento jurídico, las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias

48 *La globalización del derecho*, *op. cit.*, p. 24. Dentro de esta gama de autores que defendieron antaño las tesis del pluralismo jurídico considerados, se encuentran en primer término, Santi Romano, así como Gurvitch y *su concepción sobre la pluralidad de centros generadores de derecho, tanto supraestatales (como las organizaciones internacionales) como infraestatales (como los sindicatos, las cooperativas, entre otros)*. OLIVEIRA, Luciano, “Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance”, en *Derecho y sociedad en América Latina*, *op. cit.*, p. 203.

49 Ya en el siglo XX, se formarían las importantes corrientes del “derecho vivo”, la cual distingue entre normas de decisión (jurídico-estatales) y normas de organización (jurídico-sociales) y la corriente del realismo jurídico en la que se propone la distinción entre *law in books* y *law in action*.

maneras”⁵⁰. Estos diferentes ordenamientos jurídicos pueden presentar una serie de discrepancias, contradicciones y/o francos enfrentamientos en sus contenidos. En cuanto a su fuente productora, también pueden observar diferentes grados de legitimidad, de intereses y objetivos, por mencionar lo menos. Por ello, tiene sentido que en la literatura sobre el pluralismo jurídico, algunos autores hagan notar la posibilidad siempre latente de la emergencia de pluralismo jurídico de corte reaccionario y no exclusivamente emancipatorio y progresista⁵¹. Es por esta razón —y siguiendo la metodología de Santos— que utilizamos la expresión “pluralidad de ordenamientos jurídicos” para referirnos a la emergencia de diversos ordenamientos jurídicos en una misma unidad política.

La pluralidad jurídica que interesa estudiar en esta investigación, tiene sus anclajes en los nuevos actores emergentes de la globalización, como pueden ser las empresas transnacionales y las instituciones financieras internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial *et al*) principalmente. Este tipo de organizaciones transnacionales “forman complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos, normativa y criterios de legitimación, al tiempo que definen sus propias identidades y regulan sus propias operaciones”⁵², entrando en conflicto muchas de las veces, con las normas jurídicas emanadas del Estado.

La creación de estos nuevos espacios normativos que no emanan directamente de los agentes del Estado, resultan algunas de las veces, igualmente obligatorias para los individuos sujetos a ellas. Así, un ejemplo típico es el trabajador de una empresa transnacional⁵³, que por un lado está sujeto a la regulación del Estado en el que geográficamente se encuentra ubicada la empresa, mientras que por otra parte, su conducta también está siendo regulada por las normas laborales emanadas de la empresa a nivel global. Esto es, todos los trabajadores de la empresa transnacional en cualquier país que se localice, son regulados tanto por las normas laborales de su país, así como por las reglas que la empresa se ha dado para sí, independientemente del lugar donde se instale.

50 SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, tr. de César Rodríguez, Bogotá, Universidad de Colombia-IILSA, 2002, p. 23.

51 Esto viene al caso, pues algunos de los autores que han estudiado el fenómeno del pluralismo jurídico, le han dado un contenido positivo *per se*, debido a que muchos de los ordenamientos jurídicos extra-estatales se han constituido con la idea de contraponer, mejorar o sustituir al derecho estatal por su inoperancia o por la exclusión o nulificación que ha hecho de diversos grupos sociales, *vr. gr.*, los sistemas jurídicos indígenas.

52 FARIA, Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, p. 130.

53 Ejemplo retomado de LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Globalización, estado nacional y derecho”, en *Revista Isonomía*, núm. 11, octubre, México, 1999, ITAM, p. 14.

Así, en este nuevo paisaje de pluralidad jurídica ofrecida desde la esquina de la globalización económica, se nos presenta un derecho de fuente global⁵⁴, en dos aspectos: 1) por su ámbito de aplicación, que no se restringe a una aplicación de límites estatales, sino que opera más allá de cualquier frontera; y 2) en el modo de producción, en virtud de su elaboración en diversos lugares del mundo.

Desde esa esquina que hemos mencionado, el pluralismo se expresa con la forma típica de la globalización económica, que es la transnacionalidad. Dicha transnacionalidad se observa, inequívocamente, en el modelo de las empresas transnacionales. Este tipo de empresas “forman complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos, normativa y criterios de legitimación, al tiempo que definen sus propias identidades y regulan sus propias operaciones”⁵⁵. No es fortuito que este tipo de empresas frecuentemente estén dirimiendo en tribunales o arbitrajes internacionales denuncias interpuestas por los mismos estados en los que se hubieron instalado, por la falta de cumplimiento a la legislación nacional. O también, demandas interpuestas por sus trabajadores, relativas a la inobservancia del derecho nacional del país en el que están instaladas, por el privilegio que le dan a su propia normatividad. Una característica básica de este tipo de redes normativas es su porosidad, pues debido a sus múltiples huecos y de carácter coactivo atípico, no puede operar como derecho sustantivo sino más bien como normativa organizacional o lo que llaman, *soft law*, derecho suave.

Es este tipo de pluralismo jurídico el que le otorga especificidad y originalidad a las instituciones jurídicas emanadas con el fenómeno de la globalización económica. Es un pluralismo, sin duda, de corte conservador o reaccionario, un pluralismo jurídico que nada tiene que ver con las formas de normatividad de grupos sociales que lo hacen por la exclusión que han sufrido por parte del derecho del Estado. Es una pluralidad jurídica con poder de mando. Una pluralidad que el Estado tolera más que el otro pluralismo liberador —como lo llaman Santos o Wolkmer—.

Éste tipo de pluralismo jurídico es exclusivo de la globalización económica, el cual se dedica a socavar la soberanía estatal, al mismo tiempo que disputa al Estado el monopolio de la producción jurídica. Una disputa que roza una delgada línea, para convertirse en la declinación deliberada por parte de los órganos del Estado, de funciones consideradas exclusivas en su contexto de origen.

Ante este nuevo peligro se enfrenta el Derecho de nuestro tiempo y para estos nuevos problemas, los estudiosos tendrán que plantear respuestas convincentes y efectivas. Nuevas líneas de investigación tendrán que ser exploradas, para explicar las características del emergente fenómeno jurídico emanado de la globalización económica.

54 Lo hace constar de esta manera Francisco GALGANO, *La globalización en el espejo del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editoriales, 2005, p. 46.

55 FARIA, *op. cit.*, p. 130.

SECCIÓN 2
CIENCIA JURÍDICA MODERNA Y TEORÍA CRÍTICA

LA CIENCIA JURÍDICA MODERNA Y EL ABANDONO DE LA RAZÓN CRÍTICA

Edmundo del Pozo Martínez

1.- Introducción

La construcción de la ciencia del Derecho moderna¹ como proceso histórico ha estado mediada por factores culturales, económicos, políticos y de orden ideológico. Abarcar en detalle un fenómeno de tal magnitud conllevaría un esfuerzo propio de un trabajo de tesis. Por esta razón, el presente artículo sólo aborda cuestiones cardinales de esta problemática.

Nuestro punto de mira se ubica en la dimensión filosófica. La obra de notables filósofos como Kant y Hegel fue esencial para el despertar del pensamiento crítico moderno. Sin embargo, la teoría jurídica positivista hizo una lectura reduccionista de estos clásicos. A partir de esta premisa, nos proponemos evidenciar el abandono de la razón crítica por la ciencia jurídica moderna y los condicionamientos que determinaron esta problemática.

2.- La filosofía crítica moderna

Las bases filosóficas de la modernidad², que posibilitaron el cese del absolutismo religioso medieval, se asentaron en la razón. El origen del pensamiento racional se remontaba a

1 La gestación, construcción y ulterior desarrollo de la ciencia del Derecho moderna estuvo condicionada por el influjo de varias corrientes jurídicas: jusnaturalistas, juspositivistas, jusrealistas y en los últimos tiempos, un grupo heterogéneo de tendencias críticas. En el caso de la tradición continental de Derecho –desde la cual abordamos nuestro estudio– la tendencia hegemónica ha sido el positivismo jurídico formalista. En el caso de la tradición del Common Law no ha ocurrido así, pues el influjo del realismo norteamericano marcó significativamente esa tradición. No obstante, el peso del positivismo jurídico tuvo presencia en el derecho anglosajón, a través, de la doctrina de John Austin, de H.L.A. Hart y del propio Kelsen que desarrolló parte de su obra en los Estados Unidos.

2 Dentro del legado crítico de la filosofía moderna analizamos las concepciones del idealismo alemán, tendencia que inició con Kant –entre fines del XVIII y principios del XIX– el giro crítico en la filosofía. Entre sus exponentes principales se pueden mencionar además del propio Kant, Fichte, Schelling y Hegel. La impronta crítica continuó con los aportes de los hegelianos de izquierda, entre ellos, el joven Marx, quien tiempo después, junto a Federico Engels, dio a conocer la concepción materialista de la historia. Sus postulados reorientaron el papel de la crítica filosófica hacia la praxis histórica, desligándose de la filosofía de carácter especulativo que había imperado con anterioridad. Otros hitos relevantes de la filosofía crítica constituyeron las obras de Nietzsche y Freud; sus concepciones junto con las del marxismo clásico fueron revisadas y reelaboradas por la *Escuela crítica de Frankfurt* en sus distintas etapas. La escuela frankfurtiana junto con las corrientes neomarxistas occidentales abrieron, en nuestra opinión, un tercer momento de la filosofía crítica.

la filosofía griega clásica, empero, lo novedoso de este renacer fue su profundo impacto en todas las estructuras de la sociedad moderna.

Uno de los argumentos centrales de la filosofía moderna fue el reposicionamiento en la relación hombre-mundo, en términos de sujeto-objeto.³ El vehículo mediador de esta nueva relación fue la razón, su potencial permitiría al sujeto parcelar el estudio de la sociedad y abordarlo hasta su causa última: la religión, la moral, la política, la economía y el derecho tendrían que someterse, en lo adelante, al juicio crítico de la racionalidad. Para una comprensión de la razón moderna, en su vertiente crítica, habría que remitirse necesariamente a las obras de Inmanuel Kant (1724-1804) y G.W.F. Hegel (1770-1831).

2.1.- Las condiciones de posibilidad del sujeto cognoscente

Con la llegada de Kant operó en el pensamiento filosófico una revolución significativa. El filósofo, sin oponerse a la capacidad del sujeto para apropiarse del mundo de la experiencia, introdujo un nuevo elemento problemático: “(...) la existencia de estructuras que condicionan la actividad cognoscitiva del sujeto y que no son externas a este, sino immanentes a su propia constitución”⁴.

En consecuencia, la aprehensión del objeto estaba limitada desde la subjetividad misma. Lo cuestionable de la tesis kantiana fue, empero, apreciar la limitación cognoscitiva del sujeto desde elementos *a priori* y no por condicionamientos históricos. Pese a ese señalamiento, el alcance crítico de su teoría del conocimiento fue trascendental. Sus aportes en ese campo fueron comparables, en palabras del propio autor, a una verdadera revolución copernicana: “Hasta ahora se admitía que todo nuestro conocimiento tenía que regirse por los objetos (...) Ensáyese, pues, una vez (...), admitiendo que los objetos *son los que* [las cursivas son mía] tienen que regirse por nuestro conocimiento (...) Ocurre con esto como con el primer pensamiento de *Copérnico*, quien, (...) ensayó si no tendría mayor éxito haciendo al espectador dar vueltas y, dejando, en cambio, las estrellas inmóviles”⁵.

Planteado en forma concreta, Kant desplazó el centro de la reflexión filosófica del *objeto* al *sujeto* y focalizó su investigación al estudio de condiciones de posibilidad de la actividad cognoscitiva. Esa fue la razón por la cual la filosofía adquirió una naturaleza crítica a partir de entonces.⁶

3 ACANDA, Jorge Luis y ESPEJA, Jesús, *Modernidad, Ateísmo y Religión*, editado por el Aula Fray Bartolomé de las Casas, La Habana, 2004, p. 21.

4 *Ibidem.*, p. 23.

5 KANT, Manuel, *Crítica de la Razón Pura* (Traducción directa del Alemán - a la 2da edición (B), Cfr. en notas al pie y apéndices a la 1era edición (A) - por Manuel G. Morente), Colección de filósofos españoles y extranjeros, Madrid, 1960, *Prólogo* a la 2da edición (B), pp. 25-26.

6 ACANDA y ESPEJA, *ob.cit.*, p. 23.

2.1.2.- La concepción kantiana del Derecho

Ahora resulta necesario aproximarnos a la reflexión jusfilosófica kantiana. La atención concedida por Kant al Derecho no debe ser subestimada, ya que “su posición jusfilosófica ni se imposta en su obra, ni constituye, como muchos han tratado de ver una inconsecuencia con relación a todo su sistema filosófico (...)”⁷. En efecto, el *Reloj de Konisberg* impartió clases de derecho natural en la universidad de su natal ciudad, además de haber sido alumno del iusnaturalista Martin Knutzen.⁸

La concepción jurídica kantiana está enmarcada en su *filosofía práctica* o moral, correspondiendo con el segundo y tercer período de su actividad filosófica. Durante esta etapa salieron a la luz obras como *Crítica de la razón práctica* (1788) y *La Metafísica de las Costumbres* (1797). En esta última realiza un estudio pormenorizado del tema jurídico y su forma de conocimiento.⁹

En la parte introductoria a la “Doctrina del Derecho” Kant se interroga sobre “¿Qué es la doctrina del derecho?” “¿Que es el derecho?”, así como sobre sus principios universales y naturaleza. En primer lugar, define esta doctrina (*Ius*) como “al conjunto de leyes, para la que es posible una legislación exterior” y añade: “si una legislación semejante es real entonces es doctrina del *derecho positivo*; y el jurisperito de la misma o versado en derecho (*Jurisconsultus*) se llama jurisperito (*Jurisperitus*) si conoce las leyes externas (...) en su aplicación a los casos que se presentan en la experiencia, que muy bien pueden convertirse también en *jurisprudencia* (*Iurisprudentia*)”. Ahora bien, la “*ciencia del derecho*” como tal (*Jurisscientia*), no comprende a la llamada doctrina del derecho positivo, ni la *jurisprudencia*, sino que se dedica sólo “al conocimiento *sistemático* de la doctrina del derecho natural”.¹⁰

De tal suerte, no cabe hacer ciencia del fenómeno jurídico como hecho empírico, ya sea en forma de legislación o de aplicación de las leyes en un determinado Estado. Esta apreciación se ratifica cuando advierte: “Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de Fedro) una cabeza que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”.¹¹ Se trata, en síntesis, de una ciencia del *deber ser* y no del *ser*. Esta premisa normativa rige la comprensión kantiana del fenómeno jurídico.

Kant establece desde un inicio las tres características formales del concepto de derecho: este “afecta, *en primer lugar*, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra (...). Pero, *en segundo lugar*, no significa la relación del arbitrio con

7 FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *Filosofía del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2005, p. 123.

8 *Ídem*.

9 Otros textos donde abordó la problemática del Derecho: *Teoría y Práctica* y la *Paz Perpetua*.

10 KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres* (traducción: Adela Cortina y Jesús Conill Sancho), Tecnos, Madrid, 2002, p. 37.

11 *Ibidem.*, p. 38

el deseo del otro (...) como en las acciones benéficas o crueles) sino sólo con el *arbitrio* del otro. En *tercer lugar*, en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere (...), sino que sólo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida que se considera únicamente como *libre*". Bajo esa tesis define el Derecho como: "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad".¹²

La coexistencia externa de la libertad individual requiere, además, de otro elemento fundamental, la *facultad de coaccionar*. Kant fundamenta la coacción por el hecho de constituir un "obstáculo a lo que *obstaculiza la libertad*", en esa línea, "concuerta con la libertad" y "es conforme a derecho", según el "principio de contradicción" de la lógica formal.¹³ Esto no significa que el derecho se componga de dos esferas, es decir, la "libertad", por un lado, y la "coacción recíproca", por el otro, sino, por el contrario, podemos establecer el concepto derecho sobre la posibilidad de conectar ambos elementos.¹⁴

Por lo referido hasta aquí parece indudable que la teoría jurídica kantiana es reacia a dar entrada al mundo de moral. En efecto, para Kant los valores pertenecen al universo interior del sujeto donde rige el *imperativo categórico*, como principio racional de la ley moral. En cambio, el derecho modula sólo el comportamiento externo del sujeto. Sin embargo, algunos autores, no descartan una posible relación entre el campo de los valores y las normas dentro de la razón práctica kantiana. Para Angelo Altieri el punto de conexión radica en el principio ético de humanidad, por el cual, Kant "considera a la humanidad, y en general a cada ser racional, como un "fin" y jamás como un "medio". El Derecho surgirá entonces para prevenir y evitar que unos hombres dispongan arbitrariamente de la integridad física y las posesiones de otros hombres tomándolos como medios.¹⁵

Faviola Rivera, por su parte, sostiene la tesis de que ambas dimensiones forman parte de un mismo universo que es la *moralidad*.¹⁶ Es cierto que las leyes cumplían para Kant el papel de salvaguarda de la libertad individual ante la invasión de terceros y que esa libertad se consagraba en la ley moral como guía del actuar de los individuos. Pero esta perspectiva, empero, no disminuye el carácter formalista de la doctrina jurídica kantiana, porque la relación entre moral y derecho no se presentaba con carácter sustancial sino meramente formal.

Finalmente, no podemos hacer la salvedad de lanzar algunas hipótesis en torno al criticismo cognoscitivo kantiano y su incidencia en la concepción del derecho. Desde el prólogo de la primera edición de la *Crítica de la Razón Pura*, Kant aboga por la necesidad

12 *Ídem*.

13 *Ibidem.*, p. 40

14 *Ídem*.

15 ALTIERI, Angelo, *ob. cit.*, p.41

16 RIVERA, Faviola, *Virtud y Justicia en Kant*, Fontamara, México, 2003.

de un cuestionamiento radical de todo el conocimiento anterior, incluyendo ramas “intocables” como la Religión y el Derecho, en este tenor expresó: “Nuestra época es la época de la crítica, a la que todo tiene que someterse. La Religión por su santidad y la legislación por su majestad quieren generalmente sustraerse de ella. Pero entonces suscita contra sí sospechas justificadas y no pueden aspirar a un respeto sincero, que la razón concede sólo concede a quien ha podido sostener libre y público examen”¹⁷.

Ahora bien ¿En qué medida fue consecuente Kant con su postulado en el marco de la razón jurídica? En *La Metafísica de las costumbres* Kant examina las condiciones de posibilidad del derecho como ciencia, lo cual implica, de por sí, un cuestionamiento crítico. Sin embargo, su respuesta arrastra la limitación de fondo del criticismo cognoscitivo: el *apriorismo*. En ese sentido la racionalidad jurídica kantiana quedó estrangulada en las formas puras, ajena a toda experiencia socio-histórica y vinculada con el universo ético sólo de forma funcionalista. El apriorismo kantiano conllevó, por tanto, al dualismo, donde el *ser* y el *deber ser* del derecho quedaron divorciados. El conocimiento jurídico Kant lo hace depender absolutamente de la razón pura, sin ser necesario partir de las categorías del mundo sensible que son las que hacen posible la comprensión de la realidad natural. Por esta razón se explica que la *iuriscientia* sea un conocimiento formal productor de conceptos al estilo de la matemática.

La definición kantiana de Derecho, por ejemplo, no solo adolece de extrema generalización, sino que supone una sociedad igualitaria pasando por alto las enormes diferencias que se han dado históricamente entre clases sociales¹⁸. De cualquier manera, Kant fue consecuente con su esquema crítico en el campo del conocimiento jurídico, sólo que incorporó las limitaciones idealistas de su propio criticismo. Sus apreciaciones, aún con desaciertos, dejaron planteado una problemática esencial, en la que aún se debate la ciencia del Derecho, el tema de las posibilidades del conocimiento jurídico.

2.1.3.- El método dialéctico

El idealismo alemán iniciado con Kant llegó a su momento cúspide con la obra de G.W.F. Hegel. Su actividad filosófica penetró en numerosas ramas del conocimiento, como la Historia, la Religión, la Política, la Ética, la Lógica y el Derecho.

Uno de sus aportes trascendentales a la filosofía moderna fue el desarrollo del método dialéctico. La dialéctica había tenido una presencia relevante en la evolución del idealismo alemán, aunque Hegel, indudablemente, la situó en un estadio superior.

El pensamiento dialéctico penetra todo el sistema hegeliano, por eso más que una reflexión elaborada en torno a un método – que aparece sólo ocasionalmente en sus obras –, quien se arrima a los textos hegelianos encuentra el movimiento por todas

17 KANT, *Crítica de la razón pura*, *ob. cit.*, p. 6.

18 ALTIERI, Angelo, *ob. cit.*, p. 43

partes. El propósito de Hegel no fue dar, simplemente, una disertación bien elaborada de lo real, sino persiguió un ideal mayor: “Aquello sobre lo que he trabajado y trabajo en general, cuando me ocupo de la filosofía es el conocimiento científico de la verdad”. A esa aspiración se adicionaba hacer que el saber filosófico dejara de ser “amor por la filosofía para llegar hacer saber real.”¹⁹

La dialéctica relaciona sujeto y objeto de forma indisoluble. Esta relación, visible desde Kant, se torna extraordinariamente compleja en Hegel y marca todo el recorrido histórico del devenir del espíritu, tal como se representa en la célebre *Fenomenología del Espíritu* (FEN) (1807). La totalidad fluye de la conciencia al ser y retorna a la conciencia, en un proceso circular, contradictorio, progresivo y eterno.

Es a raíz de esta noción que se puede comenzar a entender porque la concepción dialéctica hegeliana es una sola. Es decir ya no es una cualidad de la razón especulativa que choca constante por traspasar sus límites (Kant) o el cambio de la naturaleza que percibimos ante a nosotros (Heráclito). En Hegel la dialéctica es todo un proceso, que va de lo abstracto a lo concreto en una suerte de *devenir*.

En esa dirección define el método dialéctico como: “el autoconocimiento de la conciencia tanto en su conocimiento como en el objeto conocido, (que) es, en tanto, que surge en el nuevo objeto que se presenta a la conciencia²⁰”. La experiencia es su resultado, precisamente, “como el movimiento dialéctico que la conciencia lleva a cabo en sí misma, tanto en su saber como en su objeto, en cuanto brota ante ella el nuevo objeto verdadero”²¹.

Ernest Bloch ha distinguido tres etapas de la dialéctica hegeliana:²²

- 1) La unidad inmediata del concepto o fase del entendimiento abstracto (tesis)
- 2) El enfrentamiento del concepto consigo mismo o fase de la reflexión negativamente racional (antítesis); también fase de la negación, del conflicto, de la diferencia, etc.
- 3) El reestablecimiento de la unidad consigo mismo o fase de la mediación positivamente racional (síntesis) o también negación de la negación.

Estas determinaciones de la dialéctica sería incorrecto entenderlas como eslabones aislados. Por el contrario deben asumirse en “un solo concepto vivo, una unidad vital plasmada en concepto²³”. Empero, constituye un error –bastante asumido– identificar mecánicamente la dialéctica hegeliana con la triada tesis-antítesis-síntesis. Para Walter

19 HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu* (traducción: Walter Rocés), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1966, p. 52.

20 HEGEL, G. W. F., en Alejandro del Palacio Díaz, *La Utopía de la Razón. La Filosofía del Estado y el Derecho en Hegel y el Materialismo histórico*, Fontamara, México, 1989, (Prefacio).

21 HEGEL, G. W. F., *ob. cit.*, p. 58.

22 BLOCH, Ernest, *El pensamiento de Hegel*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 117.

23 *Ídem*.

Kaufman, Hegel nunca empleó ese término, tal cual, “sólo lo hizo una vez para criticar a Kant²⁴”. Otros especialistas contemporáneos insisten que la tríada no es el método hegeliano. Esa interpretación dogmática ha llevado a “forzar su pensamiento en contra del principio fundamental de la dialéctica que prohíbe las incursiones personales en el ritmo immanente del concepto²⁵”.

La dialéctica lejos de ser un “método para preveer el futuro” está destinada a comprender la historia humana. Esta es una de las razones por las cuales, se puede afirmar que el idealismo hegeliano presenta un carácter objetivo, marcando una distancia con el idealismo subjetivista kantiano. No por ello Hegel dejaba de mantener vivo su idealismo: “la verdad de lo finito es (...) su idealidad (...) Esta idealidad es la proposición fundamental de la filosofía y, por tanto, toda verdadera filosofía es idealismo”.²⁶

En este mismo sentido, Bloch señala: “la verdadera objeción que hay que hacer al tipo de dialéctica hegeliana es (...) la que convierte las cosas en conceptos. Esto hace que la acción de las contradicciones se desarrolle (...) de un modo demasiado libresco, que se añada, no pocas veces, desde afuera, el curso de las cosas, en vez de descubrirlas en ellas²⁷”. A pesar de estos señalamientos, la trascendencia del método dialéctico para la filosofía crítica es incuestionable. Sólo basta mencionar, que la concepción *Materialista de la Historia* reconoció en la dialéctica hegeliana una de sus tres fuentes principales.

2.1.4.- La concepción hegeliana del Derecho

La labor jusfilosófica de Hegel se circunscribe a dos momentos fundamentales, el llamado período de Jena, donde aún su pensamiento comulgaba con la filosofía de Schelling, colaborando juntos en proyectos editoriales como los *Cuadernos críticos de filosofía (Kritische Journal der Philosophie)*. Fue en esta revista, precisamente, donde fue publicado, en dos ediciones, durante 1802 y 1803, el trabajo titulado *Sobre las maneras de tratar científicamente el Derecho Natural*.

La segunda etapa se corresponde plenamente con la consagración intelectual de Hegel, se trata del catedrático titular de la Universidad de Berlín, autor de la *Fenomenología del Espíritu*, *Ciencias de la Lógica* y la *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. En este prolífico contexto publicó, hacia 1821, su *Filosofía del Derecho*, que tituló originalmente, *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*.

La *Filosofía del Derecho* es una obra con alusiones explícitas al método dialéctico. Desde sus comienzos, Hegel deja establecido su aplicación para el estudio de esta mate-

24 KAUFMAN, Walter, *Hegel*, trad. Sánchez de Zavala, Alianza, Madrid, 1982.

25 REGNIER, Marcel, *Hegel* en Yvon de Belard, *La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel*, p. 250. También en, del PALACIO, Alejandro, *La Utopía de la Razón...*, *ob. cit.*, p. 22.

26 HEGEL, del PALACIO, Alejandro, *ob. cit.*, p. 21.

27 BLOCH, *ob. cit.*, p. 129.

ria: “llamo dialéctica al principio que mueve el concepto y que por una parte engendra las particularizaciones de universal y por la otra, lo disuelve y lo suspende (...) El método de las ciencias filosóficas es parte de la lógica y está presupuesto en este libro”²⁸.

La visión dialéctica en el estudio de derecho fue la respuesta hegeliana a los métodos tradicionales que pretendían imponer un modo unívoco en el tratamiento científico del derecho natural. Ya desde su primer acercamiento al tema, Hegel, somete a revisión crítica, tanto “el racionalismo (Kant, Fichte) como el empirismo positivista”. El primero acentuaba el *deber ser* formal del Derecho, negando su contenido material, el segundo, por su parte, absolutiza, el *ser* del derecho y su particularismo histórico, desechando su universalismo racional. Ambos, sin embargo, son concepciones dualistas del derecho.²⁹

El espíritu dialéctico, en cambio, no considera desechar estas tendencias, más bien “estas *dos maneras de tratar científicamente el Derecho Natural, han de ser caracterizadas, en principio, lo más aproximadamente posible*”. Ello desembocaría “en la *consideración de la naturaleza y de la relación de las ciencias de lo ético como ciencias filosóficas* así como en la *de su relación, con lo que se ha llamado ciencia del Derecho positivo* y que, en verdad, se mantiene fuera de la filosofía, a la cual renuncia voluntariamente, en la creencia de que puede eludir su crítica”³⁰.

Para Hegel resultaba inadmisibles el repudio del positivismo jurídico de su época a la filosofía: “(...) Que se denominen ciencias empíricas, que tengan, por una parte, su aplicabilidad en el mundo existente y (...) que, por otra parte, se relacionen con sistemas individuales de constitución y de legislación existentes y pertenecientes a un pueblo determinado, tanto a un tiempo concreto, no determinan ninguna determinación necesaria que las excluya de la filosofía, pues nada puede ser más aplicable a la realidad efectiva y nada se justifica más ante el modo universal de representación, (...), que lo que proviene de la filosofía”³¹.

De tal suerte, el Derecho, es sólo uno, “que media entre la naturaleza, donde reina lo múltiple, y la eticidad, estableciendo una unidad formal de los contenidos”. Es cierto que tiene dos caras una positiva y otra natural, empero, ambas deben coexistir en la identidad, “donde el contenido de las tendencias y virtudes coincida con la regla de derecho, lo cual implica, a su vez, que “a través del Derecho (...) se realice la vida ética”. En consecuencia la Filosofía del Derecho comprende “tanto el Derecho Natural como el llamado Derecho positivo”³².

28 HEGEL, G.W.F, *Filosofía del Derecho*, en Cordua, Carlos, *Explicación Sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1992, p.61.

29 HEGEL, G.W.F, *Sobre las Maneras de Tratar Científicamente al Derecho Natural*, (traducción e introducción, Dalmacio Negro Pavón), Aguilar, Madrid, 1979, Introducción, pp. X, XXIV, XXV.

30 *Ibidem.*, pp. 8-9.

31 *Ibidem.*, pp. 92-93.

32 HEGEL, *Sobre las Maneras de Tratar Científicamente al Derecho Natural*, *ob. cit.*, Introducción de NEGRO Pavón, Dalmacio pp. XXIV, XXV.

En ese mismo tenor, en la introducción de la *Filosofía del Derecho* plantea: “La ciencia *filosófica* del Derecho tiene por objeto la *Idea del Derecho*, o sea el concepto del Derecho y su realización”. “(...) la Ciencia del Derecho *es parte de la filosofía*. En consecuencia debe desenvolverse desde el concepto, la *Idea*”.³³

Por otra parte, la cara positivista de la concepción hegeliana del Derecho se expresa de la siguiente manera: “El derecho es positivo en general: a) Por la *forma de tener vigencia* en un Estado; esta autoridad legal es el comienzo para el *conocimiento* del mismo; la *ciencia positiva del derecho*; b) En cuanto al *contenido*, este derecho recibe un elemento positivo (...)”³⁴. La caracterización positiva del Derecho, sin embargo, no es formal - en el sentido kantiano- sino sustancial; se conecta indisolublemente a la realidad histórica. En el estudio del “elemento histórico del derecho positivo”, Hegel se afilió a Montesquieu, quien definió “el verdadero criterio histórico, el legítimo punto de vista filosófico, de considerar la legislación en general (...) no aislada ni abstractamente, sino, por el contrario, como momentos que dependen de una *totalidad*, en conexión con todas las determinaciones que constituyen el carácter de una nación y un período”³⁵.

Asimismo supo darle un valor equilibrado a la fundamentación histórica de las instituciones jurídicas preexistentes. Ésta “tiene en su propia esfera su mérito y su dignidad”, empero, “no guarda relación con la consideración filosófica”. Una cosa es demostrar, por el “desenvolvimiento del concepto”, que las disposiciones del derecho son justas y racionales (justificación filosófica) y otra cosa es explicar “la historicidad de su aparición” (justificación histórica), la cual por sí misma no se amplía hasta “la significación de una justificación *eficaz en sí y por sí*”.³⁶ Para Hegel, el “campo del Derecho” es concreto, está compuesto por “la espiritualidad —*no en sentido religioso, sino del espíritu humano*— (cursivas mías) y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su substancia y su determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu, expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza”³⁷. Esta concepción ética del Derecho la entiende más elevada frente al Derecho formal.³⁸

33 HEGEL, *Filosofía del Derecho, ob. cit.*, p. 37. (No debe olvidarse el modo peculiar en que Hegel concibió el *concepto* y la *Idea*. Su definición se caracterizaba por rechazar cualquier construcción unilateral de los mismos por entendimiento abstracto. Por eso tanto el *concepto* como la *Idea* expresaban la unidad dialéctica entre sujeto y objeto).

34 *Ibidem.*, p.39.

35 *Ibidem.*, p.40.

36 *Ídem.*

37 HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho, ob.cit.*, p. 45. (Esta segunda naturaleza se identifica con el *espíritu objetivo*, ámbito reservado por Hegel para el Derecho y el Estado. En este momento el espíritu en su devenir histórico, como colectividad humana autoconsciente, progresa de la dimensión natural-física, a la dimensión social y cultural. (Véase *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*).

38 *Ibidem.*, p. 60.

La Ciencia del Derecho, por tanto –partiendo de la evolución del concepto–, debe aprehender los “impulsos” de la voluntad libre, interpretada como “el sistema racional de la determinación volitiva”, en las distintas esferas de la realidad jurídica, lo cual viene a constituir su contenido. Si se expone el contenido de esta ciencia, “según todos sus momentos particulares”, quedaría configurada por los siguientes niveles: “derecho, propiedad, moralidad, familia, Estado”.³⁹

Esta explicación demuestra cómo Hegel concibió el conocimiento jurídico dialécticamente, haciendo de la ciencia del derecho un saber reflexivo, es decir crítico. Su concepción jusfilosófica no sólo significó una crítica demoledora al formalismo jurídico y al empirismo positivista, sino, integró, además, en una misma filosofía jurídica al jusnaturalismo y el juspositivismo. De ahí las enormes posibilidades de haber trasladado el método dialéctico al conocimiento del derecho.

3.- La formación de la ciencia del Derecho moderna

3.1.- La construcción positivista de la ciencia jurídica moderna

Durante todo el siglo XIX se gestó el modelo científicista del Derecho moderno como resultado de la labor de reconocidas escuelas jurídicas europeas. Entre las de más reconocimiento se debe mencionar: *La Escuela Histórica*, *la Escuela de la Exégesis*, *la Jurisprudencia de conceptos* y *la Analítica*.

El contexto de las ideas donde emergieron las escuelas del XIX estuvo entrecruzado por diversas corrientes filosóficas como el racionalismo, el romanticismo y el positivismo filosófico. De este mosaico de tendencias surgieron los problemas centrales que determinaron, a la postre, la naturaleza positivista de las escuelas decimonónicas, a saber: la necesidad de un objeto y un método científico, el estudio de un derecho concreto (histórico) y el predominio del formalismo.

3.2.1.- La Escuela Histórica

Fundada por F.K. Savigny (1779-1861), a inicios del XIX, tuvo una influencia directa del romanticismo Alemán⁴⁰. El método empleado por la escuela fue el *histórico*, anclado en la

³⁹ *Ibidem.*, p. 51.

⁴⁰ Corriente cultural que dominó la escena europea entre la segunda mitad del XVIII y comienzos del XIX. Entre los fines perseguidos por el movimiento romántico estaba destronar el predominio del *racionalismo* y la ciencia abstracta, a través de un replanteamiento sobre los valores de la comunidad humana. En ese sentido, esta tendencia se caracterizaba por “la adoración por la historia, (...) de lo colectivo, y el culto a la autocracia”. “El romanticismo es partidario de la tradición en todos los terrenos”, es “apasionadamente nacionalista” y tiene el “afán de unificar todas las oposiciones, de separar todos los dualismos”. “Otro de los rasgos de la concepción romántica es el *animismo* (...). Consiste (...) en creer que todas las cosas son seres vivos animados por un principio espiritual oculto. Todas las

costumbre jurídica romana y en *el Volkegeist* (espíritu del pueblo). En esta lógica, la misión del jurista recaía en la interpretación de las instituciones del derecho romano con la finalidad de aplicarla a la realidad jurídica del pueblo alemán.

La fuente jurídica fundamental defendida por los historicistas fue la costumbre, concibiendo el derecho como resultado exclusivo de la tradición popular. Por esta razón Savigny se mostró reacio a la idea de una fuente codificadora para Alemania; así lo manifestó en 1814 cuando escribió su opúsculo denominado, *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la jurisprudencia*. En el documento criticaba la postura codificadora impulsada por Anton Friedirich Justus Thibaut (1772-1840), quien estimaba que un código –similar a la versión francesa– podría resolver la dispersión jurídica reinante en los pueblos germanos.⁴¹ Otra de las intenciones perseguidas por Savigny consistió en conformar una clase de juristas encaminados a vincular la teoría con la práctica. En efecto, el iusnaturalismo racionalista de base kantiana –predominante en la segunda mitad del XVIII– poseía una exacerbada abstracción y mostraba escasa preocupación por la experiencia jurídica.⁴²

Un balance mínimo del quehacer de la escuela histórica y, en particular, de legado savigniano conlleva a reconocer un grupo de elementos significativos de esta concepción, entre los que cabe mencionar: la necesidad de una interpretación histórica para el estudio del derecho y el análisis de la legislación; el rescate de la costumbre como fuente del orden jurídico; el ejercicio de la crítica como fin último de la interpretación de las leyes y la lectura de los textos doctrinales, la persistencia de un tipo de axiología en el derecho positivo⁴³, así como la interrelación entre todas las ciencias y de la jurisprudencia con la filosofía.

Empero, con independencia de la resonancia que tuvo la Escuela Histórica y su máximo exponente existen varios elementos cuestionable en su concepción. Con relación a la interpretación histórica tiene el sabor tradicionalista que solían darles los románticos. Era sobretodo una adoración de las costumbres, especialmente, del derecho romano y no una comprensión integral de la realidad jurídica desde condicionamientos históricos. En este tenor la Escuela adquirió tintes conservadores, que pueden explicarse por el rechazo inamovible de Savigny a un código civil para Alemania. Atienza afirmó sobre esta interpretación, que la historia no era entendida como progreso, sino tradición; siendo la única función del análisis histórico justificar el presente desde el pasado⁴⁴.

cosas tienen alma, en sentido literal (...) Las colectividades entre ellas, por lo tanto, las naciones tienen cada una su alma” (...) RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, México, D.F., pp. 439. 440, 441.

41 WOLKMER, Antonio C., *Historia de las ideas...*, *ob.cit.*, p. 112.

42 CARPINTERO, Francisco, *Los Inicios del Positivismo Jurídico en Centro Europa*, Actas, Madrid, 1993, p. 85.

43 RECASENS, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, pp. 447-448.

44 ATIENZA, Manuel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Fontamara, México, 1995, p. 174.

De manera similar sucede con su perspectiva crítica⁴⁵, donde el fin es la autocorrección del sistema legislativo, que debe ser armonioso, sin fisuras y sin la intromisión de agentes externos. De ahí que la interpretación *auténtica* no la considere, Savigny, verdadera interpretación. Sobre el ejercicio crítico en el estudio del derecho⁴⁶ se reduce a la forma de leer los textos doctrinales anteriores para verificar su correspondencia con un *ideal* y su conexión con un todo (ideal).

Un punto genera polémica es en torno al carácter positivista de la Escuela Histórica. Hasta cierto punto compartimos el criterio de algunos autores que no etiquetan de positivista esta tendencia del derecho.⁴⁷ Sin embargo, somos de la opinión que la Escuela adquiere un positivismo peculiar. En primer lugar, por concebir el Derecho como *puesto*⁴⁸, sin importar que su fuente principal fuese la costumbre y no un acto normativo. En segundo lugar, Savigny tenía una fe ciega en la armonía y autocorrección del sistema jurídico y la subordinación plena del juez a la legislación⁴⁹. En tercer lugar, la escuela fue la predecesora y el vehículo de la *Escuela pandectista*⁵⁰ y la *Jurisprudencia de conceptos*, troncos indiscutibles de la concepción positivista del Derecho.

45 SAVIGNY, F. K, *Metodología Jurídica*, Valletta, Buenos Aires, 2004, pp. 21-22.

46 *Ibidem.*, pp. 64-65.

47 “Sería un error identificar la tesis del positivismo (...) con la doctrina de la Escuela Histórica. Mientras que el positivismo y el naturalismo niegan el problema valorativo sobre el Derecho, recuérdese que, por el contrario, Savigny profesa una Estimativa Jurídica, si bien esta no sea racional ni ideal, sino inspirada en el criterio de autenticidad histórica (...) Por otra parte, la Escuela Histórica profesa una concepción integral del mundo y de la vida (...), mientras que el positivismo se abstiene de plantearse todo problema sobre lo que haya más allá o por debajo de la pura experiencia”. RECASENS SICHES, Luis *Tratado General de Filosofía del Derecho*, *ob. cit.*, p.449. “Una escuela... ¿positivista? De la Escuela Histórica del Derecho se ha dicho que sus planteamientos eran positivistas (Cfr., a KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*), aunque no faltan quienes sostienen la opinión contraria (Cfr., HURTADO BATISTA, M., *Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny*, Artículo (1959). Verdaderamente los conceptos manejados por los autores historicistas resultan tan genéricos, tan vagos, que se prestan a ambos tipos de interpretaciones (...)”. ÁLVAREZ, Norberto, *Introducción Filosófica al Derecho*, Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1989. “De hecho, aunque la Escuela Histórica del Derecho no puede ser calificada de manera alguna como positivista, acabó presentando ciertos enfoques conceptuales (...)”. WOLKMER, A.C, *ob. cit.*, p. 112.

48 Para mayor indagación véase, BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

49 SAVIGNY, F. K, *Metodología Jurídica*, *ob. cit.*, pp. 24, 25, 54, 55.

50 Fue el puente de transición entre la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos. Sus juristas más sobresalientes fueron Vengerow, von Brinz, Arndts, von Bekker, Reglsberger y Windscheid. Cfr., WOLKMER, Antonio C, *ob. cit.*, p. 112.

3.2.2.- La Escuela de la Exégesis

La escuela francesa debe su surgimiento y desarrollo a la promulgación del Código Civil de 1804, también conocido como *Código napoleónico*, en honor a su ideólogo y artífice político. El contexto de las ideas en el que emerge la escuela está estrechamente relacionado al movimiento codificador europeo, heredero de los iusnaturalismos racionalistas y militantes de los siglos XVII y XVIII.

En efecto, “el iusnaturalismo racionalista no sólo inspiró muy directamente el contenido y la redacción de los códigos civiles centroeuropeos (...), sino que más en general (...) alentó la idea misma de la codificación y su necesidad como un factor esencial de racionalización del poder político y de su modo de elaborar las leyes. Ésta es la razón por la que el iusnaturalismo, el racionalismo y el liberalismo son decisivos también para entender la codificación francesa y las demás codificaciones”.⁵¹

Como sostiene Giovanni Tarello, “*Escuela de la Exégesis* designa, de manera colectiva, a los civilistas franceses y belgas que enseñaban, en el siglo XIX, el Código napoleónico con la técnica del comentario artículo, por artículo; designa además el método o la técnica de la que se valían aquellos juristas, y las ideas generales o ideologías que les eran propia”. Aunque, en verdad, quien puso en circulación la denominación de *Ecole de l'Exégese* fue el jusprivatista francés Julién Bonnacese a inicios del siglo XX.⁵²

Para los célebres juristas de la Escuela como Proudhon, Bugnet, Lurent, Demolambe y Pothier, el método *exegetico* se basaba en el apego estricto a la norma legislada, que se identificaba con el Código Civil napoleónico. El estudio iniciaba a partir de la explicación e interpretación por el orden de las materias contenida en los *Libros*, de ahí se proseguía al examen de los *Títulos* particulares, hasta llegar a la especificidad de los artículos del Código. “Por lo tanto la obra asumía la forma literaria del *comentario*”. En cambio cuando se seguía el orden de los títulos pero no el orden de los artículos, la obra se consideraba próxima al “tratado” (que era el género literario propio de la escuela dogmática)⁵³.

Inclinarse al estudio por “tratado” significaba salirse del método exegetico para hacer concesiones al método dogmático, aunque algunos exegetas decidieron distanciarse un tanto del “comentario” para combinarlo con el análisis sistemático de los textos, por vía de los tratados. Esto es, la adopción de una especie de método mixto. De cualquier manera, como tendencia primó la adhesión firme a la letra de la ley.

51 ALFONSO RUIZ, Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002, p. 273.

52 TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, (trad. Isidro Rosas Alvarado), Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 64-65: “Bonnacese con el intento de criticar a la Escuela de la Exégesis, hizo aunque sea de manera precavida y parcial, la historia, y consolidó el nombre”.

53 *Ibidem.*, p. 71.

En aquellos casos donde se presentaba una aparente contradicción entre las normas podía hacerse un lugar para la interpretación, “según la mente del legislador histórico”, muy diferente al *legislador racional* de lo dogmáticos, que indagaban la “voluntad abstracta de la ley”, y a la idea de hallar el “espíritu de la ley” sentada por la Escuela Histórica.⁵⁴

La creencia de un sistema jurídico pleno tuvo distintas derivaciones tanto en el orden práctico como doctrinal. En el ámbito de la praxis jurídica, si bien la Exégesis tuvo un sentido práctico del conocimiento jurídico, mediante la relevancia que adquirió “el examen de casos concretos”. Desde otro enfoque, se trató de una visión reduccionista, que implicaba el sometimiento absoluto del aplicador del derecho a la ley legislada, sin libertad alguna para realizar modificaciones interpretativas a las normas en los casos particulares. A esta actitud de sometimiento a la ley se le denominó “*legalismo* o *positivismo legal*”⁵⁵.

Un ejemplo específico del *legalismo* se ubica en el artículo 4 del Código napoleónico, en lo referente a la *denegación de la justicia*. Esta norma, puede interpretarse como de *clausura*, ya que “prescribe al juez considerar al código mismo como una reglamentación *completa* y *exhaustiva* de todas las relaciones civiles”, impidiéndole poder acudir a otras fuentes (derecho natural, costumbre, doctrina). En otras palabras se prohibía la “heterointegración” del Código.⁵⁶

Con relación al papel concedido a la doctrina no corría mejor suerte que el destinado a los jueces. Su rol era secundario, de sumisión a la ley, mediante la interpretación de la voluntad del legislador histórico. “Respecto a la integración de las lagunas, la prudencia debía ser mayor, ya que el jurista debía intentar fabricar para cada caso concreto la solución que hubiera podido ser la del legislador histórico, en caso de que este lo hubiera podido prever”⁵⁷.

En conclusión los juristas de la Exégesis, con su pretendido afán de enseñar exclusivamente el Código napoleónico –idea puesta de moda por el exégeta Jean-Joseph Bugnet–, más que a dar a conocer el derecho civil terminaron por contribuir a la sustitución de la autoridad científica por el poder político como fundamento y legitimación del derecho. Esté quedó a merced, sin cuestionamientos, de las mayorías parlamentarias. Todo ello dio origen “a una pérdida de prestigio del derecho, cuando no a una desconfianza con relación a el mismo, inducidas ambas por el desprestigio de la política y la desconfianza que progresivamente fue suscitando.”⁵⁸ De tal suerte, la Exégesis conspiró

54 *Ídem*.

55 ESPANHA, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, (Trad. Isabel Soler y Concepción Valera), Tecnos, Madrid, 2002, p. 197.

56 TARELLO, *ob. cit.*, p. 75.

57 ESPANHA, Antonio M, *Cultura Jurídica Europea, ob. cit.*, p. 197.

58 *Ídem*.

en sentar las bases de la ideología normativista, quedando el análisis crítico del derecho condenado a las *antípodas*.

3.2.3.- La Escuela Analítica

La corriente analítica, más que designar a un conjunto de autores, eclipsa en las concepciones de “una figura singular en la historia de las ideas jurídicas”, el jurista inglés John Austin (1790-1859). En el positivismo analítico austiniano confluyen las dos grandes tradiciones que marcan el rumbo del positivismo jurídico, de inicios del siglo XIX: el utilitarismo y el historicismo. “De este encuentro saldrá una nueva teoría de la ciencia del derecho”.⁵⁹

En efecto, Austin pertenece desde su juventud a la tradición utilitarista inglesa formada en torno a Jeremy Bentham y James S. Mill “Su carrera científica comienza en realidad, cuando, en 1827, el grupo benthamista (...) le invita a ocupar (...) la cátedra de *Jurisprudence* o Teoría del Derecho” en la recién fundada Universidad de Londres”. Sin embargo, la cátedra, que se “proponía renovar la enseñanza jurídica inglesa”, tuvo que cerrar por falta de alumnos”.⁶⁰ A pesar de aquel fracaso, Austin tuvo una ganancia muy importante en aquella etapa, ya que con motivo de su preparación como docente realizó una estancia de estudio por las universidades alemanas, que le rindió “los más extraordinarios frutos” a su desarrollo teórico⁶¹.

“Austin no publicó en vida más que una sola obra de teoría del Derecho, *The Province of Jurisprudence determined* (1832)”. Con posterioridad a su muerte en 1861, con el esfuerzo de su esposa, vio la luz *Lectures on Jurisprudence*, que agrupó “los manuscritos de las restantes lecciones del curso y las notas y ensayos inéditos dejados por Austin”. Dentro de este último grupo se encontraba el ensayo *On the Uses of the Study of Jurisprudential*, publicado tiempo después al castellano bajo el título: *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*.⁶² En este último documento se recogen ideas medulares sobre la moderna ciencia del Derecho, que permiten considerar al jurista inglés como uno de los más rigurosos teóricos del positivismo jurídico.

Antes de emitir una definición de jurisprudencia Austin se preocupó por delimitar el territorio particular de esta ciencia: “El objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el Derecho positivo, o Derecho estrictamente así llamado, el

59 GONZÁLEZ VICEN, Felipe, *Notas Preliminares*, en Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 5, 7.

60 *Ibidem.*, pp. 5-6.

61 *Ibidem.*, p. 6.

62 *Ibidem.*, pp. 21-22.

Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad o expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo”⁶³.

Desde su perspectiva, el Derecho positivo está íntimamente asociado a la noción de *sistema* y de una totalidad jurídica concreta. Por ello considera, que la “leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de derecho”. Y en tanto se trate de un sistema jurídico determinado o alguna parte del mismo, “la Jurisprudencia es particular o nacional”.⁶⁴

No obstante, ello no lo limita en concebir una noción de sistema jurídico con vocación universal y por ende una ciencia general del derecho. De ahí que “aun cuando cada sistema de Derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, las cuales forman analogías o semejanzas que lo hacen afines”. Esto aplica tanto “a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más perfectos de las comunidades civilizadas”.⁶⁵

Ahora bien, para Austin sólo los sistemas jurídicos civilizados⁶⁶ presentan las suficientes analogías para edificar una verdadera teoría jurídica. De ahí que “constituyan el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada Jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía – o principios generales- del Derecho positivo”⁶⁷.

Para clarificar el objeto de su Jurisprudencia general, Austin emplea los “principios, nociones y distinciones necesarias” (seis en total), a los que está refiriendo. Entre ellos podemos mencionar, “las nociones de deber, derecho, libertad, delito, pena, resarcimiento, así como sus relaciones entre sí y con las nociones de Derecho, soberanía y sociedad política independiente”; “la distinción entre Derecho escrito o promulgado y Derecho no escrito o no promulgado”, “la distinción entre derecho que pueden hacerse valer contra todo, como (...), la propiedad (...) y derechos que pueden hacerse valer sólo contra personas específicas, como (...) los derivados de un contrato”, etc.⁶⁸.

Este ejercicio de discernimiento teórico, casi quirúrgico, tenía, entre sus principales propósitos, evitar la especulación jurídica, propia del jusnaturalismo racionalista abstracto, para nutrirlo con la experiencia jurídica concreta de las naciones civilizadas y, al unísono, desterrar el campo de la moral del escenario de la ciencia jurídica positivista.

63 AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 23.

64 *Ídem*.

65 *Ibidem.*, p. 24.

66 “Son sólo los sistemas de dos o tres naciones los que merecen atención: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusianos en cuanto a la sistemática”. AUSTIN, *ob.cit.*, p. 37.

67 *Ídem*.

68 *Ibidem.*, pp. 27-28

Austin procura despejar el terreno de lo puramente jurídico y en relación con ello procura evitar las ambigüedades tradicionales de lo entendido por *Jurisprudencia*. Ésta había sido empleada para designar “la ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que *se debe de hacer* para producir buenas leyes, junto con el arte de de hacerlas”. Sin embargo, para él “la Jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al Derecho (...)”⁶⁹.

Para emprender una verdadera radiografía del sistema de Derecho, la Teoría jurídica demandaba un método al más puro estilo de las ciencias naturales, y este vino a ser, para Austin, el método analítico. Sólo a través de la analítica podría ser posible el trabajo de distinción entre las diversas clases de leyes.⁷⁰ Aunque el método analítico implicaba, básicamente, la descripción científica de la realidad jurídica, evitando en lo posible la producción del objeto Derecho. Austin, llegó a admitir que junto con las nociones y distinciones que caracterizan a todo sistema de Derecho de una comunidad civilizada, se requerían “un gran número de conclusiones dadas con dichas nociones y distinciones y extraídas de ellas por los constructores del sistema a través de deducciones casi inevitables”⁷¹. Lo que no pareció advertir fue, que al mostrar un sistema de derecho también se contribuía a la producción de una realidad jurídica determinada.

La inclinación de Austin de conocer el derecho a partir de la experiencia jurídica se debe a sus acercamientos a la jurisprudencia romana, lo cual le posibilitó no enajenarse en la pura construcción de conceptos jurídicos y proponer una ciencia jurídica, que sin renunciar a la generalidad, tuviera un basamento en las particularidades jurídicas históricas.⁷²

Ahora bien, el estudio del elemento jurídico nacional no bastaba por sí sólo, éste demandaba el auxilio de articulación coherente, de ahí que Austin retome el espíritu sistemático de las escuelas jurídicas alemanas y del propio Savigny. El estudiante de derecho deberá aproximarse al derecho particular “con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia, y con el esquema de un sistema de Derecho claramente impreso en la mente, podrá obtener una concepción clara de él – como un sistema o totalidad orgánica - (...)”⁷³.

En relación con el concepto austiniiano del Derecho no podemos decir que goce de la misma originalidad que sus planteamientos sobre la ciencia jurídica moderna. En este campo retoma con bastante similitud la línea imperativista sentada por Bentham. Para Austin el Derecho está estrechamente ligado a la noción de soberanía. “La soberanía existe cuando la mayoría de una sociedad política tiene el hábito de obedecer a un superior común (...)”⁷⁴. Al aplicar sus concepciones sobre la soberanía al escenario político-

69 *Ibidem.*, p.36

70 *Cfr.*, p. 34

71 *Ibidem.*, p. 29

72 *Cfr.*, p. 52.

73 *Idem.*

74 *Ibidem.*, p. 38.

constitucional británico, Austin concluye que “(...) la soberanía siempre reside en el rey y en los lores, junto con el un cuerpo electoral de los comunes”⁷⁵.

Otra noción clave dentro de la concepción austiniana del derecho, es el elemento del mandato, razón por la cual su teoría ha sido calificada como “teoría imperativista del derecho”. Los elementos anteriores (*soberanía, mandato y deber de obediencia*) van configurando el positivismo jurídico austiniano; imperativo y antijusnaturalista por excelencia. “Una ley es válida si es establecida por un soberano. (...) ésta existe, con independencia de su contenido moral. (...)”⁷⁶.

El positivismo jurídico de Austin fue duramente criticado por célebres juspositivistas como, H.L.A. Hart. El punto de cuestionamiento de Hart, recogido en *The Concept of Law*, se volcó sobre la teoría imperativista austiniana, especialmente su noción de mandato, que constituía su punto más vulnerable.

De cualquier manera, las aportaciones de Austin en el ámbito de la *Jurisprudencia* fueron trascendentales para la teoría jurídica. Su dedicación por delimitar el terreno de la ciencia moderna del Derecho, la aplicación del método analítico al Derecho positivo, el rescate de estudio jurídico-comparado y su esfuerzo por promover una enseñanza jurídica teórico-práctica, le ha valido a su obra - aunque de forma tardía - importantes reconocimientos.⁷⁷

Finalmente, vale apuntar que la obra de Austin deja entrever la huella del criticismo kantiano y no es casual, ya que “en la colección de libros que Austin dejó a su muerte (...) se encuentran incluidos los escritos de Kant sobre la filosofía del Derecho y de la moral”, así como otros textos de juristas alemanes como Mackeldey y Hugo, que llevan la impronta de la filosofía práctica kantiana. Por ello cabe esperar, “que los puntos de vista de Austin acerca de la relación entre el Derecho y la moral se hallaran muy influidos por Kant”.⁷⁸

Sin embargo, el punto a rescatar de la presencia crítica kantiana en la obra de Austin es el planteamiento de las condiciones de posibilidad de la ciencia del Derecho. Aunque, vale apuntar, que Austin marcó distancia de Kant al concebir una ciencia del Derecho *a posteriori*, formulada a partir de realidades jurídica concretas, en tanto para Kant, la teoría jurídica partía de conceptos puros, previos a la experiencia y debía ser por tanto una ciencia *a priori*.

75 *Ídem*.

76 RIDELL, *ob. cit.*, p. 45.

77 GONZÁLEZ VICÉN, Felipe en sus *Notas Preliminares*, en Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981. También, PICATTO RODRÍGUEZ, A. O, *Teoría del Derecho*, Ed. IURE, UNAM, México, 2006.

78 POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, (Trad. José Puig Brutau), Comares, Granada, España, 2004.

3.2.4.- La Jurisprudencia de conceptos

Otras de las escuelas relevantes del XIX fue la *Jurisprudencia de conceptos* o *conceptual*, que emergió como derivación de la *Escuela Histórica*, siendo su expresión formalista depurada. Entre sus principales exponentes tenemos a: Ihering (primer), Windscheid y los iuspublicistas, Gerber, Laband y Jellinek.⁷⁹

El objeto sobre el cual recayó la actividad teórica de la escuela – al igual que en las corrientes anteriores– fue el derecho positivo. Aunque en su caso el papel del jurista no se constreñía solamente a la descripción del ordenamiento positivo (Analítica), ni a descifrar la voluntad del legislador histórico (Exégesis), sino que además lo sistematizaban y “construían”.

Una de las tareas sobresalientes de la *Jurisprudencia conceptual* fue la elaboración del método científico. La dogmática jurídica, como doctrina de los conceptos jurídicos, devino su método rey, que, a su vez, provenía de la lógica como doctrina de los conceptos universales. Bajo la guía del método dogmático debía procederse a la hora de extraer de la realidad jurídica los conceptos jurídicos fundamentales. Con el fin de realizar, a posteriori, una minuciosa tarea de sistematización.⁸⁰

El modelo científico adoptado por el movimiento fue de carácter formalista. Se basó en la elaboración de conceptos jurídicos universales ajenos a contenidos ideológicos y morales. Este divorcio con los fenómenos sociales garantizaba –junto a la existencia del método dogmático– la “cientificidad” del saber jurídico. El éxito de la ciencia del Derecho recayó, por tanto, en la conformación de un sistema normativo abstracto y neutral adaptable a cualquier forma de Estado o de Gobierno.

Los aportes más importantes de la escuela fueron la creación del método dogmático, la construcción y profundización del aparato conceptual del Derecho, la elaboración lógica de un sistema jurídico y la introducción del concepto de validez jurídica.⁸¹ Empero, el distanciamiento tomado de la realidad social en el afán de construir conceptos jurídicos universales ha sido el aspecto más cuestionable de su quehacer científico.

Por otra parte, debe hacerse mención a una de las corrientes formalistas que contribuyó a cimentar la ciencia jurídica moderna, a partir de la segunda mitad del XIX. Conocida como *Teoría general del derecho*, tuvo como punto de partida la existencia de un saber jurídico-científico dividido por las ramas (Derecho civil, penal, mercantil, etc.). Su fundador fue Merkel, otros juristas que militaron fueron Bergbhom, Rumelin y Wallas-

79 *Ibidem.*, p. 182.

80 Para el estudio de esta escuela me sirvieron los intercambios sostenidos en la mesa redonda, *Relevancia de los conceptos jurídicos fundamentales*, ponentes, CUEVAS, A. BAQUEDANO, Carlos M, del POZO, Edmundo, moderadora, Luz María Padilla Longoria, Asignatura, *Teoría jurídica contemporánea I*, Prof. Dr. Gabino Vásquez Robles. Posgrado en Derecho, UNAM, Octubre, 18 de 2007.

81 *Ídem.*

check⁸². Para Wolkmer, esta tendencia fue: “la máxima expresión de la doctrina jurídica positivista, incorporando el conceptualismo con el formalismo dogmático y volviéndose hacia el examen de los principios de los diversos sectores del ordenamiento jurídico”⁸³.

En resumen, las escuelas jurídicas positivistas del XIX consagraron un grupo de principios inamovibles para el conocimiento “científico” del Derecho, tales como: “el rechazo a conceptos valorativos (construcciones metafísicas, racionalistas y iusnaturalistas), la reducción de la juridicidad a la producción estatal (voluntarismo estatista), la exaltación del Derecho como construcción legal lógico-sistemática (legalismo dogmático) y el rigor metódico en cuanto formalismo técnico (formalismo)”⁸⁴. Así las cosas, todos los elementos estaban sobre la mesa para que el máximo exponente del positivismo jurídico llevara a la “cumbre” a la ciencia del Derecho moderna.

3.2.5.- El positivismo normativista kelseniano

En pleno siglo XX Hans Kelsen (1881-1970) elaboró su *Teoría pura del Derecho* (1934). Su obra cimentó, desde el punto de vista teórico, los pilares fundamentales del positivismo jurídico decimonónico y, al mismo tiempo, estableció los parámetros básicos de la ciencia jurídica contemporánea.⁸⁵ Kelsen es considerado el militante más activo de las filas neokantianas en el ámbito jurídico. “Trató de llevar a cabo en el campo del Derecho lo que Kant había realizado en el terreno de la razón pura, es decir, se propuso construir una ciencia jurídica auténtica”⁸⁶.

Para este fin, se dio a la tarea de deslindar el saber jurídico de las ciencias naturales y realizó, por otro lado, una distinción tajante entre la *Ética* como ciencia de la moral (positiva) y la *Jurisprudencia* como ciencia del derecho (positivo). Si bien las dos eran ciencias normativas, en el caso de la jurisprudencia su objeto eran normas revestidas de coerción.

Otra separación operante en la teoría kelseniana tuvo lugar entre la *Ciencia jurídica* (dogmática y teoría general del derecho), como encargada de la enunciación de normas y conceptos jurídicos y la *Política jurídica*, cuyo cometido es la prescripción de normas lega-

82 ATIENZA, Manuel, *Introducción al estudio del Derecho*, *ob. cit.*, p. 182.

83 WOLKMER, Antonio C. *Historia de las Ideas...*, *ob. cit.*, p. 112.

84 *Ibidem.*, p. 110.

85 Aunque Kelsen desarrolló su obra durante el siglo pasado fue un heredero de la tradición positivista decimonónica. Su teoría normativista dio el acabado al positivismo jurídico anterior conformando su núcleo duro. Cabe sostener, entonces, que su labor científica prolongó el siglo XIX en el ámbito de la teoría jurídica. Por otra parte, la obra kelseniana significó un punto de partida sobre el cual ha girado la discusión jurídica contemporánea, las principales corrientes del Derecho hasta la fecha no han podido pasarla por alto, sea para alabarla, criticarla o rearticularla.

86 ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, p. 206.

les, sea por vía legislativa o vía judicial. En consecuencia, el cometido del cientista jurídico debía ser la edificación formal del sistema normativo, desarrollando su actividad en el terreno del *deber ser* y no del *ser*. En este aspecto su referente epistemológico es antagónico con el de Austin que parte del terreno ontológico.

Atienza caracteriza la ciencia jurídica de Kelsen desde tres parámetros esenciales: *normativa*, en su doble carácter descriptivo e imputativo; *axiológicamente neutral*, sin valorar criterios morales; y *autónoma*, divorciada del resto de las ciencias sociales⁸⁷.

En un pasaje de la Teoría Pura se puede verificar la clasificación anterior:

“La teoría pura del Derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del Derecho positivo, mantiene a este libre de toda mezcla con un Derecho “ideal” o “justo”. En este sentido es una teoría jurídicamente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el Derecho positivo. (...) la teoría pura del Derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica. Puesto que la ciencia como conocimiento tiene la tendencia immanente a descubrir su objeto.”⁸⁸

El modelo formalista kelseniano cuestionó también las aspiraciones “científicas” de la teoría jurídica tradicional. Entendía que al preguntarse ésta por los contenidos y el origen del Derecho, al no determinar claramente su objeto de estudio e interferir en el mismo; terminaba explicando la realidad mediando juicios de valor subjetivo. Todo ello traía consigo la transfiguración del objeto de la ciencia jurídica, la determinación su valor o desvalor, así como discusiones sobre la legitimidad o no de un determinado modelo político. De tal suerte, la teoría jurídica anterior devino instrumento de carácter ideológico.⁸⁹

Las corrientes jusnaturalistas y el jusrealistas fueron blancos por igual de la teoría pura. La corriente jusnaturalista “naturalizaba” los fenómenos sociales a la hora de concebir el Derecho. Por el contrario, la ciencia jurídica jusrealista, aún reconociendo el carácter social del Derecho, pretendía abordarlo mediante el método causal sin dar debida cuenta del elemento normativo. De tal forma harían sociología o psicología jurídica, pero de ninguna manera ciencia del Derecho⁹⁰.

El normativismo kelseniano dio el acabado final a la tradición juspositivista del siglo XIX. De esta manera la ciencia jurídica moderna tomaría un rumbo acrítico, desprovisto de contenido axiológico, político y de espaldas a la realidad histórico-social.

87 *Ibidem.*, p. 212.

88 KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2000, p. 121.

89 PELÁEZ Padilla, Jorge, *Derecho, ciencia del Derecho y cambio social*, en “Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba”, Estudios en homenaje al profesor. Dr. C. Julio Fernández Bulté, coedición, Universidad de la Habana-Lleonard Muntaner, Palma Mallorca, 2009.

90 ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, p. 210.

4.- El abandono de la razón crítica por la ciencia jurídica moderna durante el proceso de construcción positivista

4.1.- La renuncia al estudio de posibilidades del sujeto

La teoría positivista moderna realizó una lectura reduccionista de la filosofía kantiana. Asimiló, exclusivamente, la *razón pura* para la construcción de conceptos jurídicos abstractos. Sin embargo, como tendencia general, no asimiló la razón crítica sobre el estudio de posibilidades del sujeto cognoscente. El propio filósofo de Königsberg había reparado en las limitaciones del razonamiento puro:

“Acabamos ahora no solo de recorrer el campo del entendimiento puro y de considerar atentamente cada una de sus partes, sino también de señalar su medida y el puesto cada cosa dentro de aquel. Pero este campo es una isla y ha sido encerrado por la naturaleza misma dentro de unos límites inmutables. Es el campo de la verdad [palabra fascinante], rodeado de un amplio y turbulento océano, lugar propio de la ilusión, donde muchos bancos de niebla y muchos bloques de hielo apunto de derretirse ofrecen el engaño de nuevas tierras, y al mismo tiempo que seducen al marino con vanas esperanzas de descubrimientos fantásticos, aquí y allí, le comprometen en una loca aventura de la que no pueden retroceder jamás ni puede llevar a feliz término”.⁹¹

La ciencia jurídica positivista, al parecer, no estaba interesada interpretaciones metafóricas de la obra kantiana. Lo cierto fue que desechó el estudio sobre los límites del sujeto (jurista) en su acercamiento al objeto (derecho positivo). El teórico del derecho para la ciencia “neokantiana” se presentaba como un ser neutral a la hora de describir o producir el sistema positivo de normas. En términos generales la dedicación de la ciencia positivista a la cuestión del sujeto fue limitada; su atención recayó principalmente sobre el objeto y el método idóneo.

Para la Escuela Histórica se entendía justificable cierto rechazo al criticismo kantiano, si se toma en cuenta que el romanticismo alemán –de la cual fue su derivación jurídica– se opuso sistemáticamente al racionalismo abstracto del filósofo de Königsberg. Sin embargo, cabe cuestionarse el por qué ocurrió una asimilación tan estrecha en el resto de las corrientes positivistas donde la presencia kantiana fue de gran influencia.

91 ERHARD, J.B, HERDER, J. G, KANT, I y otros, *¿Qué es la Ilustración?*, Estudio preliminar de AGAPITO Maestre (trad. Agapito Maestre y José Romagosa), Tecnos, Madrid, 2002.

4.2.- Adiós a la dialéctica

La presencia de la filosofía hegeliana corrió peor suerte que la doctrina kantiana en la recepción de la ciencia jurídica moderna. Aunque Hegel culminó su *Filosofía del Derecho* en 1819 y fue reconocido el impacto de su obra junto a la *Enciclopedia jurídica*, de Nicolaeus Falk (1821) dentro del pensamiento jurídico centroeuropeo del XIX, “(...) los juristas siempre fueron refractarios de la Filosofía, y la claridad, el orden y la rotundidad de la Enciclopedia de Falk operó poderosamente en los juristas centroeuropeos (...)”⁹².

Pese a este argumento parece inexcusable que el saber jurídico moderno desestimara el valor crítico del método hegeliano. En la *Filosofía del Derecho*, Hegel alude expresamente a la dialéctica. El empleo de este método en el campo del derecho propiciaba, desde el prisma hegeliano, un entendimiento complejo e integrado de los conceptos jurídicos con otros fenómenos como el moral y el histórico. No se le puede achacar a la complejidad filosófica de Hegel, ni al idealismo de sus concepciones, la simple y llana renuncia de sus postulados.

Por supuesto, el haber admitido la aplicación del método dialéctico en el ámbito de la teoría jurídica positivista hubiera distorsionado por completo su objeto reducido y “autónomo”, además implicaría el despojo de la pureza formalista del conocimiento jurídico.

Por otra parte, el riguroso tratamiento dado a la cuestión moral en la obra jusfilosofica hegeliana fue ignorado. Su concepción había superado la visión instrumentalista del derecho kantiana en su relación con el mundo moral. Para Hegel ambas esferas se encontraban estrechamente vinculadas entre sí. Sin embargo, el positivismo jurídico también desestimó esta aportación, ignorando por completo el universo de los valores dentro del terreno jurídico

El impacto que desafortunadamente tuvo la filosofía hegeliana para la ciencia jurídica moderna se redujo a glorificar la raíz estatista del Derecho. Es difundida la imagen de Hegel como filósofo –no siempre bien comprendida– “ (...) del Estado prusiano absolutista, ideólogo del estatismo y apóstol del totalitarismo”⁹³. Sus ideas sobre el carácter originario del poder del Estado se difundieron ampliamente en los círculos jurídicos alemanes y dieron origen a toda una reinterpretación del Derecho público (Gerber, Laband y Jellinek).⁹⁴

92 CARPINTERO, Francisco, *ob. cit.*, p. 27.

93 ACANDA, Jorge L, *Sociedad Civil y Hegemonía*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2002, p. 164. En el acápite de esta obra titulado, *La racionalidad del poder o de bayonetas y posaderas*, podemos obtener una mejor comprensión de la visión de Estado en Hegel.

94 HESPANHA, Antonio M., *Cultura Jurídica Européica*, en Wolkmer, *ob. cit.*, p. 100.

5.- Los móviles científicos e ideológicos

Una vez explicado el abandono de la razón crítica por la ciencia jurídica positivista es necesario indagar sobre sus móviles, tanto en el plano de las ideas jurídicas como en el orden ideológico.

5.1.- El terreno de las ideas jurídicas

Las causas que conllevaron a la renuncia de la teoría crítica puede rastrearse en la obra *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. En ella, su autor, Francisco Carpintero, explica como la ciencia del Derecho constituía un verdadero caos durante el siglo XIX.⁹⁵

Entre las causas de aquel panorama estaban los extensos tratados de Derecho natural que se prodigaban desde finales del XVIII. Algunos juristas del momento se interrogaron por el valor de aquellos materiales, “casi siempre hechos de la mano de la filosofía kantiana (...) ¿Constituyen “Ciencia Jurídica” que el jurista debía tener en cuenta?”⁹⁶.

La modernidad conducida en sus inicios por el iusnaturalismo moderno se había desentendido de la realidad concreta; por tal motivo, situó los criterios de justicia en niveles abstractos, totalmente divorciado con el derecho realmente posible y existente. Kant y su escuela que habían llevado a su máxima expresión las tesis iusnaturalistas modernas, dejaron sin explicación el derecho positivo. Para ellos constituía un campo más del mundo contingente donde no cabía una explicación racional, universal y necesaria.⁹⁷

Esta situación empeoraba si se tomaba en cuenta, la falta de juristas profesionales dentro de las filas jusnaturalistas. “Este grupo abigarrado de autores (...) persiguieron, ante todo, un empeño político encaminado a la defensa absoluta de la libertad individual. En este sentido, la tarea de la Escuela del Derecho Natural (...) poco tuvo que ver con la ocupación concreta del derecho”⁹⁸.

Frente a esas tendencias abstractas y “politizadas” se levantaron juristas alemanas como Hugo y Falck y otros posteriores, como Mohl y Fisher. “Estos captaron la naturaleza jurisprudencial del Derecho, basado siempre en la experiencia, y explicaron, consecuentemente, que el conocimiento jurídico y la ocupación de la Filosofía del Derecho era cuestión de experiencia, no de la imaginación fabuladora (...)”⁹⁹.

Este paso proseguía con el desprecio por la Filosofía del Derecho. Jakob Fries en 1803 sostuvo: “Quien pretenda mezclar en la aplicación práctica del Derecho positivo,

95 CARPINTERO, Francisco, *ob. cit.*, p. 171.

96 *Ídem*.

97 *Ibidem.*, p. 111.

98 *Ibid.*, p.97.

99 *Ibid.*, p. 167.

sus ideas filosóficas sobre el Derecho, estropeará sus negocios y tendrá pocos motivos de agradecimiento con la Filosofía”¹⁰⁰.

De manera sucinta, las razones del desprecio al modelo iusnaturalista – especialmente en la versión kantiana– se le achacaron a su abstraccionismo y divorcio con la praxis jurídica. Pero ¿Cuáles eran estas razones “prácticas” demandadas por el positivismo? ¿En qué condiciones históricas se exigieron?

El escenario era el que correspondía a la formación de los estados naciones y el auge de las relaciones sociales de producción capitalista. Las demandas eran, por tanto, del derecho al “libre” mercado, de la seguridad jurídica de las relaciones mercantiles contractuales y de la defensa absoluta de la propiedad privada. Estos procesos exigían un derecho pragmático y desvalorizado como cauce “natural” de reproducción de las relaciones burguesas. En consecuencia, los cuestionamientos morales y políticos constituían trabas para la reflexión “científica” del derecho. Los largos discursos filosóficos podrían “estropear los negocios”, como citó Jakob Fries.

Con ello no pretendemos simplificar la importancia de volcarse sobre la experiencia jurídica. Esta dimensión, ciertamente, fue subestimada en los modelos jusnaturalistas. El Derecho entre sus funciones principales tiene la de garantizar el funcionamiento ordenado de una sociedad y de no distanciarse de las necesidades sociales. Cuesta no tomar partido por una filosofía y una ciencia de la praxis jurídica.

Ahora bien, en qué medida el anhelo empírista del positivismo jurídico decimonónico se logró. En verdad la tradición positivista intentando acabar con el abstraccionismo jusnaturalista se fue encerrando en la *torre de cristal* del formalismo. Así lo pudimos apreciar, por ejemplo, en la *jurisprudencia de conceptos* y en el normativismo kelseniano, donde el divorcio con la realidad social fue denominador común.

Este fenómeno, dio lugar a la denominada *revuelta contra el formalismo*.¹⁰¹ Sin embargo, la intención del movimiento de trasladar los análisis sobre el derecho a la realidad social no tuvo gran eficacia. El positivismo jurídico formalista –sobre todo a partir de Kelsen– siguió prevaleciendo como doctrina hegemónica de la ciencia jurídica moderna. Por otro lado, las propuestas antiformalistas compartieron una característica esencial con

100 FRIES, Jakob en CARPINTERO, Francisco, *ob. cit.*, p. 167.

101 Movimiento surgido en Europa y Norteamérica, entre finales del SigloXIX y la primera mitad del XX. Su finalidad fue emprender una serie de cuestionamientos contra el formalismo jurídico, que transitaron por la *jurisprudencia de intereses* (Ihering II, Heck), el historicismo (Gierke), el realismo norteamericano (Holmes), la antiexégesis (Geny II), el sociologismo jurídico (Pound, Duguit, Ehrlich) y la escuela libre del Derecho (Kantorowicz). La incidencia de esta revuelta, probablemente, fue mayor en la tradición del *common law*, donde el realismo de O. Holmes consolidó con nuevos contenidos el pragmatismo anglosajón. Para una revisión más completa véase ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, pp. 184-190 y WOLKMER, Carlos A., *ob. cit.*, pp. 114-119.

el mismo positivismo, al considerar “que el objeto de esta ciencia (*la jurídica*) no puede ser otro que el Derecho positivo”¹⁰².

5.1.2.- Móviles en el plano ideológico. La crítica marxiana del Derecho

El acriticismo de la ciencia jurídica moderna no obedeció tanto a motivaciones “científicas”, como sí a razones de orden económico, político e ideológico. Por tal razón, “la reacción a las diversas matrices del formalismo positivista no ocurre apenas por medio de orientaciones sociológicas, culturalistas y iusnaturalistas sino pasa por posturas identificadas con el materialismo histórico”¹⁰³.

Ahora bien, antes de penetrar a la crítica marxiana del derecho moderno, es menester detenernos en algunos aspectos nodales de su concepción filosófica. Marx fue heredero del legado crítico de la filosofía clásica alemana, particularmente, de la obra de Hegel. Ello influyó en que el punto de partida de su crítica a la sociedad burguesa fuera en el terreno filosófico y no propiamente en la Economía Política donde terminó desembocando.

En *La ideología alemana*, Marx se adentra con precisión en la cuestión del sujeto. Esta problemática, que había centrado la atención del idealismo alemán, no quedó plenamente resuelta, específicamente, en lo relacionado con las estructuras condicionantes de la acción de los sujetos en su apropiación de la realidad. En este sentido, Marx rompió con la visión unilateral e idealista del sujeto. Dicho en sus propias palabras: “Las premisas de que partimos no son arbitrarias, no son dogmas, sino premisas reales, de las que solo es posible abstraerse en la imaginación. Son los individuos reales, su acción y sus condicionantes materiales de vida, tanto aquellas con que se han encontrado ya hechas, como las engendradas por su propia acción”¹⁰⁴.

Con este razonamiento quedaba demostrado que no existe realidad fuera de los seres humanos; son ellos quienes crean, mantienen y transforman su entorno social desde sus posibilidades históricas concretas. El condicionamiento del sujeto, por tanto, no es *a priori*, sino determinado por la actividad entre los sujetos y sus circunstancias materiales de existencia.¹⁰⁵

102 ATIENZA, Manuel, *ob. cit.*, p. 190.

103 WOLKMER, *ob. cit.*, p. 119.

104 MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Obras Escogidas*, tomo I, en ACANDA, Jorge Luis y ESPEJA, Jesús, *Modernidad, Ateísmo y Religión*, *ob.cit.*, p. 156.

105 Es crucial comprender el aporte epistemológico de Marx para no dogmatizar su pensamiento y entender con rigor como se crea una determinada realidad histórica y los múltiples espacios subjetivos de la misma. En consecuencia, sus concepciones sobre los modos históricos de producción, no deben mal interpretarse como una idea puramente económica, sino, como la vía en que determinados sujetos históricos producen su realidad social.

Si aterrizamos este análisis a la esfera de la ciencia jurídica, entonces primero debe concebirse el conocimiento jurídico como un producto histórico. Los teóricos del derecho al producir teóricamente y examinar el sistema normativo no son neurales, sino que están limitados por la comunidad y las condiciones históricas en la cual se desenvuelve su actividad. Este razonamiento, imposibilita la existencia de un saber científico puro y neutral en el ámbito sociojurídico. Por tanto, los principios universales y abstractos de la ciencia formalista no han hecho más que enmascarar realidades políticas, económicas y culturales, que operan desigualmente.

En un conocido pasaje de la *Contribución a la crítica de la economía política*, Marx plantea, “Mis investigaciones dieron este resultado: que las relaciones jurídicas, así como las formas de estado, no pueden explicarse por si mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano, que se originan más bien en las condiciones materiales de existencia que Hegel (...) comprendía bajo el nombre de “sociedad civil”; pero que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la economía política”¹⁰⁶.

Del fragmento anterior se advierte la falta de autonomía del fenómeno jurídico y su condicionamiento económico-político. Sin embargo, esta interpretación ha sido malinterpretada una y otra vez, tanto por detractores como por continuadores del legado marxiano.¹⁰⁷

La crítica ideológica de Marx a los derechos burgueses partió, precisamente, de su crítica a la economía política del Capitalismo. La tarea propuesta fue demostrar el maridaje de los sistemas jurídicos liberales con los intereses de las clases burguesas. Hasta ese momento la burguesía pretendía mostrar sus derechos como universales, cuando en realidad quienes gozaban de ellos era un puñado de propietarios y solamente hombres.

En *La Cuestión Judía*, Marx distinguió dos modalidades de derechos (distintos y contradictorios), basándose en la *Declaración Francesa de 1789*; por una parte los “derechos del hombre” y por otra los “derechos del ciudadano”. Un tratamiento especial es dado al

106 MARX, Carlos *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1973, p. 11.

107 Para una mejor lectura de las interpretaciones reduccionistas y dogmáticas del marxismo jurídico, en su versión soviética. Véase FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 266-285. (Engels insistió sobre lo erróneo de interpretar, deterministamente, la teoría económica de Marx en el campo social y jurídico. “En un Estado moderno el derecho no solo tiene que corresponder a la situación económica en general, ser expresión suya, sino que tiene que ser, además, una expresión coherente en sí misma”. *Carta a K. Schmidt, de 27 de Octubre de 1890*).

Por otra parte, sostenemos que los estudios de Marx sobre economía política no fueron un capricho científico. Estos tuvieron el fin de desenmascarar la ideología burguesa, para mostrar que la vida material y espiritual engendrada por la sociedad capitalista se encuentra en función de la ganancia y no así de las necesidades reales de la sociedad humana y en especial de las clases explotadas.

primer grupo, en cuanto a derechos de los “miembros de la sociedad burguesa, esto es del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”¹⁰⁸. Sin embargo, los derechos del ciudadano consagraron una existencia abstracta, dirigidos a los asuntos generales, y abiertos a una preocupación universal. Esta diferenciación expresaba una existencia humana dividida en la sociedad burguesa¹⁰⁹.

En medio de la contienda frente a la burguesía, Marx proclamó su radical concepto de derecho: “Vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley, una voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase”¹¹⁰. Poner el acento en el carácter volitivo-clasista y mercantil del derecho moderno significó un ejercicio crítico sin precedentes de gran alcance ideológico.

A partir la crítica marxiana se puede comprender la naturaleza ideológica de la ciencia jurídica positivista. Su tarea principal consistió en garantizar “científicamente” la legitimidad y seguridad operativa de la racionalidad económica instrumental, a través, de la construcción de sistemas formales-normativos. El formalismo jurídico ha sido uno de los sustentos teóricos más eficaces para la consolidación histórica de la modernidad. Su amplia gama de fetichismos abstractos como *neutralidad*, *validez jurídica*, *igualdad ante la ley*, *sujeto de derecho*, *relación jurídica*, *universalidad*, etc., han servido como sostén jurídico racional de la explotación capitalista.

En consecuencia la filiación ideológica de la ciencia del derecho en su vertiente positivista no fue producto de la casualidad. La Escuela de la Exégesis, por ejemplo, aunque buscó promover la idea de un código compacto, organizado y claro, que parecía facilitar la democratización del derecho mediante la generalización de su conocimiento, determinó, por otro lado, que las aspiraciones “libertarias” de la revolución francesa se limitaran a los textos jurídicos y a conveniencia de la burguesía. El Código Civil napoleónico fue el modelo jurídico ideal para asentar las relaciones de producción capitalista, sin importar que el artífice del texto viniese vestido de monarca.

En el caso de las escuelas *Analítica* e *Histórica* sucedió de forma similar. El positivismo imperativista austriaco legitimó racionalmente el orden monárquico británico. Savigny, por su parte, defendió el rescate del viejo derecho romano, pero su vuelta al pasado latino no fue puramente espíritu romántico. Sin poner en duda la impronta histórico-cultural de los romanos para los pueblos germanos, no debe ignorarse que la recuperación de su tradición jurídica obedeció también a intereses económicos muy concretos. La basta obra de los juristas romanos en Derecho privado, sintetizada en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, constituyó una base jurídica idónea para la implementación de las

108 WOLKMER, Antonio. C., *ob. cit.*, p. 123.

109 *Ibidem.*, p. 124.

110 MARX, Karl y ENGELS, Federico, “Manifiesto del Partido Comunista”, en *Obras escogidas*, tomo I, Progreso, Moscú, 1971, pp. 34-35.

nuevas relaciones monetario-mercantiles que demandaba la sociedad moderna. Por ello no es extrañarse la asimilación del viejo - pero efectivo- derecho romano en los códigos civiles europeos.

El caso kelseneano resulta paradójico en el plano ideológico. El jurista llegó a reconocer que el contenido del Derecho es absolutamente valorativo y volitivo, sin estar sujeto a criterios racionales, sin embargo se empeñó honestamente en salvar de manipulaciones a la ciencia jurídica. No importaba el destino político del Derecho en medio de la contienda social. Si la ciencia del Derecho aspiraba a ser tal, tendría que resultarle inútil a cualquier interés.¹¹¹

Pese a sus titánicos esfuerzos, Kelsen no pudo evitar el posicionamiento ideológico de la ciencia jurídica positivista. “En la sociedad explotadora la doctrina kelseniana devino un blando comodín para ejercer el derecho (todos, abogados, jueces, fiscales) sin sentirse maculados por sus injusticias notables (...), ya que estas eran de naturaleza metajurídica. Las responsabilidades y cuentas se pasaban a los políticos, los economistas y los filósofos”¹¹².

Por su parte, Eugeni B. Pashukanis¹¹³ demostró en su crítica al normativismo kelseneano, la falacia –por reducción al absurdo– de las tesis del jurista austriaco, así sostuvo: “Si consideramos la norma como el elemento primario de todas las relaciones jurídicas, debemos entonces –antes de buscar cualquier superestructura jurídica– presuponer la presencia de una autoridad que establezca la norma, en otros términos, de una organización política. De lo que debemos concluir que la superestructura jurídica es una consecuencia de la superestructura política.”¹¹⁴

En la enseñanza del derecho tenemos otras expresiones de las consecuencias ideológicas del positivismo de Kelsen. En el ámbito académico se enseña “fidel al normativismo, solo ramplona legislación positiva, y un derecho, entendido como un conjunto doctrinal, teórico, trascendente y por ello únicamente científico”.¹¹⁵

El anhelo por una teoría jurídica neutral fue una pretensión fantasiosa del normativismo. De cualquier manera, se le reconoce a Kelsen su sincero e inteligente trabajo por hacer realidad una ilusión que era imposible desde su origen.¹¹⁶ Ciertamente no se debe

111 PELÁEZ Padilla, Jorge, *Derecho, ciencia del Derecho y cambio social*, *ob. cit.*, p. 12.

112 *Ídem*.

113 Es considerado el primer jusfilósofo marxista que combatió con efectividad teórica el normativismo kelseneano. Véase, FERNÁNDEZ, Bulté, *ob. cit.*, p. 283.

114 PASHUKANIS, Eugeni B., *Teoría general de Derecho y Marxismo*, en FERNÁNDEZ Bulté, *ob. cit.*, p. 283.

115 FERNÁNDEZ Bulté, Julio, *ob. cit.*, p. 193.

116 Es justo reconocer la honestidad científica de Kelsen al admitir, en sus años finales, las limitaciones de su teoría: “Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina (*con referencia a la norma fundamental*), que tengo que abandonarla (...) La he abandonado al comprobar

llegar a los extremos de culpar a la teoría normativista de haber contribuido a la instauración de un régimen genocida como fue el nazi, aunque sí vale advertir que la producción del conocimiento científico implica una alta responsabilidad social que todo científico - sobre todo los influyentes como Kelsen - deben saber asumir.

6.- Consideraciones finales

Durante el proceso de construcción positivista de la ciencia jurídica moderna existieron las condiciones en el campo de las ideas para haber construido un pensamiento jurídico crítico, que examinase las condiciones de posibilidad de los sujetos en su acercamiento a la realidad jurídica. También estaban dadas las premisas intelectuales para haber construido un conocimiento jurídico dialéctico, que estableciera las relaciones necesarias con la moral, la política y la historia.

Nuestro estudio no pretende exigirles metas altruistas a los positivistas decimonónicos y al propio Kelsen, menos ha pretendido subestimar sus aportes de para la ciencia jurídica contemporánea. Sin embargo, sí hemos puesto en evidencia, primero, que estaban dados los elementos suficientes en el contexto filosófico para que la ciencia del Derecho positivista se hubiera apropiado de un acervo crítico, y segundo, que este pasó no se concretó por condicionamientos ideológicos y económicos, de los que no se puede excluir al conocimiento jurídico.

Por estas consideraciones, el trabajo presentado ha servido para *historiar críticamente nuestra ciencia y con ello contribuir a la concientización de quienes nos dedicamos a imaginar y a crear un Derecho desde abajo.*

que una norma debe ser (**sollen**) el correlato de una voluntantad (**wollen**). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición ficticio, que realmente no existe”. Fragmentos del *Simposio de Zalsburgo*, 1963, en FERNÁNDEZ BULTÉ, *ob. cit.*, p. 190.

EL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL. UN ANÁLISIS CRÍTICO FILOSÓFICO

Mylai Burgos Matamoros

1.- Introducción

La problemática acerca del estatuto científico del derecho ha sido motivo de múltiples debates entre los académicos que estudian el fenómeno jurídico. Históricamente ha habido numerosas concepciones diferentes del derecho, de las cuales muchas han tenido la preocupación de si el derecho es ciencia o no lo es. Este análisis pasa por dos aristas fundamentales; a) qué se concibe como ciencia; b) qué se concibe como derecho. Una vez definidos los conceptos de ciencia y derecho comienza un proceso de investigación teórica y filosófica donde se interrelacionan tales concepciones, delimitándose las razones que explican porque el derecho es ciencia o no, y qué tipo de ciencia jurídica ha sido precisada –según las clasificaciones de ciencia acuñadas por la comunidad científica existente en determinado contexto histórico¹–.

Al realizar un análisis doctrinal² acerca del estatuto científico del derecho podemos definir que existen tres concepciones generales: el derecho es ciencia; el derecho no es ciencia, es técnica³ y, no es relevante el carácter científico del saber jurídico, lo importante es qué y cómo hacemos las cosas los juristas.

1 En la actualidad, recordemos que las clasificaciones de Ciencia más aceptadas por la comunidad científica son Ideales o Formales que serían por ejemplo: las matemáticas y la lógica; las Fáticas o Reales que serían por ejemplo: las naturales como física, química y biología y las Sociales como la sociología y la historia. En dependencia del concepto de derecho y ciencia jurídica que maneje el autor se podría ubicar a la ciencia jurídica en ideales o fáticas.

2 El análisis doctrinal realizado para este ensayo sobre las concepciones científicas del derecho está enmarcado en la contemporaneidad. Las razones son que el objeto de nuestro trabajo es exponer el debate actual de la temática y no el decursar histórico del mismo.

3 Según el *Diccionario de la Real Academia Española* en cuanto a los que nos interesa en este trabajo, técnica: (Del latín. *technicus*, arte). 1. adj. Perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes. 5. f. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. Ver en *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª edición, España, 2001, <http://buscon.rae.es/draeI/>, [Consulta: Noviembre 2010].

Según el *Diccionario Filosófico*, las técnicas comprenden todo el conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera. Sería un procedimiento cualquiera regulado por normas y provisto de una determinada eficacia. Ver en ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario Filosófico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 1117-1119. Es decir, técnica es lo relativo a las aplicaciones de las Ciencias y de las Artes, industrial y mecánico, relativo a las reglas prácticas que hay que aplicar para ejecutar una actividad manual o intelectual.

Este ensayo pretende explicar la primera de estas posiciones afirmando que el derecho es una disciplina que se puede concebir como ciencia, pero no como cualquier ciencia, sino como ciencia social, fáctica. Para argumentar tal afirmación primero definiremos qué es la ciencia social y en qué posición epistemológica nos ubicamos para conceptualizarla. Posteriormente, analizaremos de manera muy general cuales son las diferentes posiciones que existen con respecto al carácter científico del derecho. Finalmente, fundamentaremos la aseveración de que el derecho es una ciencia social, aunque con características muy específicas determinadas previamente por el concepto de ciencia explicado.

2.- Las ciencias sociales desde la teoría crítica

El devenir histórico de las polémicas acerca de qué se considera conocimiento científico data desde la denominada antigüedad griega. La visión más conocida de qué es conocimiento científico –aunque totalmente helenocéntrica, eurocéntrica y occidentalocéntrica–, parte de las concepciones aristotélicas de la antigua Grecia. Aristóteles nos expone cómo hacen ciencia los filósofos de su época describiendo así el método lógico inductivo-deductivo. Posteriormente nos encontramos con la llamada Revolución Científica que abarca desde el siglo XVI hasta el XVIII aproximadamente, donde exponentes como Galileo Galilei, Isaac Newton, Francis Bacon y René Descartes, entre otros, protagonizan el cambio de las nociones de ciencia exponiendo el método científico de perspectiva empirista y racionalista como forma de validez para ser parte del cúmulo de conocimientos científicos. A partir de la modernidad, los saberes se especializan cada vez más delimitando los conocimientos sobre física, matemáticas, biología, religión, filosofía, con una visión cada vez más disciplinar de las reconocidas ciencias existentes. En el siglo XIX –producto de la dinámica social convulsa y cada vez más compleja del capitalismo industrializado– surge el interés porque la ciencia explique los fenómenos sociales. Comienzan así los intentos por definir cómo surge y se construye el conocimiento científico social. Las herramientas que emergieron intentarían explicar a su vez los fenómenos que se estaban dando en la sociedad del siglo de la revolución industrial. En este sentido, surge el positivismo filosófico trayendo consigo el debate de que serían las ciencias sociales⁴.

4 Recordemos que el positivismo surge en el siglo XIX como una visión necesaria para explicar científicamente las condiciones de complejidad social que se están dando en la Europa decimonónica producto de la consolidación y el desarrollo del capitalismo industrial. De ahí que la Ciencias Sociales y Humanas adquieren relevancia y auge desde esta posición epistemológica de la investigación científica. Los principios del Positivismo serían; *monismo metodológico*: se pueden investigar científicamente diversos objetos pero con unidad de método y homogeneidad doctrinal para obtener la explicación científica; este único método tendría un *ideal metodológico*, las ciencias naturales, sobre todo la física-matemática (Este método tiene su origen en la tradición galileana que se aplicaba a la física y lo traspolaron a las ciencias sociales como modelo, de manera muy

Desde el positivismo decimonónico hasta la actualidad la discusión de cómo surge y se construye el conocimiento científico social ha estado marcado por dos tendencias básicas, positivistas *vs* hermenéutas. Las posiciones epistemológicas han sido disímiles indistintamente pero se podrían resumir en tres posturas; la empírico-analítica; la fenomenológica, hermenéutica y lingüística y; la dialéctica o crítica hermenéutica⁵.

Para comenzar nuestro análisis de qué concebimos como ciencia social debemos aclarar que partimos de las concepciones científicas de la Escuela Crítica de Frankfurt⁶, –de posiciones dialécticas, críticas y hermenéuticas–, además de otros autores críticos contemporáneos. Para sustentar teóricamente qué es la ciencia social desde el punto de vista crítico tendremos en cuenta diferentes parámetros como son: cómo se origina el conocimiento científico social, que interés impulsa su desarrollo, cuál es el entorno del estudio de fenómeno social, cómo se estudia ese fenómeno social y qué tipo de teoría crítica queremos teniendo en cuenta el conocimiento que en ella se recoge.

general sería: los hechos se verifican empíricamente mediante la observación y el experimento, utilizando la razón para descubrir inductivamente las Leyes científicas que van a explicar el porqué de los fenómenos sociales); aquí a la vez se expone su tercer principio, descubrir *Leyes científicas* que nos expongan las *causas de los fenómenos sociales*. Los fines de esta visión epistémica de construcción de las Ciencias Sociales es el afán de control y dominio de todos los fenómenos, naturales y sociales, cosificando todos los objetos de investigación científica, incluso al hombre, de esta manera se utiliza la razón de manera completamente instrumental, en una sola dimensión, legitimando la ideología sistémica de la Europa capitalista en su fase industrial y postindustrial. El padre del Positivismo filosóficamente hablando fue Augusto Comte con su *Curso de Filosofía Positiva* donde explica la esencia del positivismo y sus visiones metódicas al respecto, pero fue Émile Durkheim quien reflexionó con más profundidad acerca del método empírico para la sociología. Ver en MARDONES, J. M., *ob.cit.*, pp. 27-30, 133-149; en DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, trad. L. E. Echevarría Rivera, 3ª ed., Orbis, España, 1982, pp. 11-13 y; en PÉREZ TAMAYO, Ruy, *¿Existe el método científico?*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 137-146.

5 Las tres posturas mencionadas están representados por diferentes autores con posiciones metodológicas diferentes dentro de su marco epistemológico. Postura empírico-analítica: Augusto Comte y Émile Durkheim (ver supra 4), Bertrand Russell como precursor del Positivismo Lógico, Karl Popper, principal exponente del Racionalismo Crítico, entre otros. Postura fenomenológica, hermenéutica y lingüística: Max Weber con la Sociología Comprensiva, H. G. Gadamer, Ludwig Wittgenstein y Georg Henrik von Wright, inmersos en la filosofía del lenguaje y la lógica en diferentes aspectos. Postura dialéctica o crítica hermenéutica: Karl Marx con su Filosofía Política Marxista, la Escuela de Frankfurt con sus dos generaciones que produjeron teoría social crítica –Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamín, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, Karl Otto Appel, entre otros.

6 Los científicos sociales de la Escuela de Frankfurt, en su primera generación (la Escuela nace oficialmente en 1923), arremeten contra el positivismo decimonónico y sus escuelas seguidoras, como el Círculo de Viena (Positivistas lógicos) y el Racionalismo Crítico (Karl Popper), con concepciones influenciadas por las ideas de Marx y Engels del siglo XIX y de Sigmund Freud en los inicios del siglo XX. El materialismo histórico-dialéctico desarrollado en la praxis social y el psicoanálisis freudiano, más todo el contexto histórico europeo marcó profundamente a esta generación, creando una Teoría Crítica de la Sociedad y, a su vez, de la Ciencia, como parte de la primera.

2.1.- El origen y fin del conocimiento científico social

Las personas tenemos interés por conocer, existe una especie de tensión entre el saber y el no saber, pero, a diferencia de los positivistas y los racionalistas críticos⁷, los críticos fundamos esta tensión en la contradicción social, en los problemas prácticos y reales que se generan socialmente. Por tanto, el inicio de la investigación científica social parte de las contradicciones sociales⁸. Además, ese conocimiento científico social tiene un fin, un objetivo, criticar la sociedad para su transformación, con intereses emancipatorios, con intereses de supresión de la injusticia social y con carácter desideologizador. Lógicamente, la razón humana tiene una vinculación estrecha con estos intereses cognoscitivos y emancipadores, lo que nos lleva a reflexionar sobre la razón teórica y la razón práctica. Entonces, el interés que rige el conocimiento de las ciencias naturales es de control y dominio de la naturaleza, y el interés que rige el conocimiento científico social es un interés práctico, en función de que se establezca una buena comunicación entre los dialogantes de una comunidad, —diría Habermas—. Este interés práctico está íntimamente relacionado con los fines emancipatorios ya mencionados. El interés práctico-emancipatorio se asienta

7 Es válido destacar que los críticos frankfurtianos, si bien critican toda la teoría positivista, polemizaron directamente en sus escritos y en eventos académicos con los racionalistas críticos. Esto ocurre desde la tercera década del siglo XX y las críticas fueron a Karl Popper como su principal exponente. Estas polémicas entre racionalistas críticos y críticos dialécticos perduraron y se agudizaron en los años 60 con seguidores de los precursores, por supuesto, cada uno con sus aportaciones respectivas al tema. Popper expresaba que el origen del conocimiento científico se daba a partir de problemas epistemológicos, intelectuales, mentales, hipótesis y conjeturas. Este filósofo es considerado por algunos autores como neopositivista porque realmente había sido crítico del positivismo inicial y de la Escuela de Viena, sobre todo, en cuanto al tema de la verificación empírica como método básico para construir la ciencia. Ejemplo, ¿Cómo se puede verificar en la realidad si todos los cuervos son negros?, como no se puede, pues es imposible reunir a todos los cuervos del universo, es mejor que el enunciado científico sea hipotético y el saber conjetural, creativo, al punto de que siempre se encuentra en espera de ser refutado, falsificado. La ciencia está configurada por hipótesis, pero siempre está la posibilidad de que sea falsificada, es decir, refutada. La falsificación mediante el modo hipotético-deductivo (ensayo-error o conjeturas-refutaciones) sería entonces el método científico popperiano para construir la Ciencia. Este autor, aunque con sus peculiaridades, sigue la línea del positivismo en cuanto al monismo metodológico mediante la falsación de hipótesis, usando la razón de manera instrumental -la razón puede demostrar si los enunciados se pueden mantener conformes a los hechos empíricos o no-, aunque difiere de algunos de los principios de las corrientes positivistas anteriores. Ver en MARDONES, J. M., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, Anthropos, Barcelona, 2001, pp. 33-37, 86-88, 90-100, 149-186; en POPPER, Karl, *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Barcelona, 5ta ed. 1983, 3ra reimp. 1991, pp. 309 y ss, pp. 403 y ss; POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1ra. ed. 1962, 5ta reimp. 1980, pp. 75 y ss; PÉREZ TAMAYO, Ruy, *ob.cit.*, pp. 216-223.

8 ADORNO, Theodor W., en MARDONES, J. M., *ob. cit.*, pp. 331 y ss.

en la autorreflexión y la pugna por conducir a los seres humanos a un ejercicio adulto de la razón, es decir, libre de dependencias de los poderes dominantes⁹.

2.2.- El entorno de estudio del fenómeno social

Para estudiar el fenómeno social debemos tener en cuenta su entorno. Una disciplina social que se considere crítica deberá estudiar los fenómenos sociales teniendo en cuenta la realidad como totalidad social¹⁰. Percibir la realidad como totalidad social es entender que los fenómenos sociales a comprender son producto y se desarrollan dentro del movimiento dialéctico de relaciones sociales, es decir, en constante proceso de contradicción –proceso denominado praxis social–¹¹.

Este proceso contradictorio, dialéctico y complejo de la realidad social penetra hasta la estructura misma del fenómeno cognoscitivo. Por tanto, la percepción de los hechos sociales por el investigador siempre va a tener mediaciones, es decir, condicionamientos socioeconómicos y culturales producto de su contexto histórico. Es por esto que la observación como fuente de investigación es importante, pero no es lo más importante. La realidad es mucho más compleja que los hechos sociales cosificados, existen los hechos pero esa no es toda la realidad, no se puede reducir la realidad a la observación empírica solamente¹². Así podemos decir que la sociedad es algo objetivo y subjetivo a la vez, no es un objeto más, ni está separada del que investiga¹³. En este sentido, la posibilidad de arribar a conclusiones científicas con respecto a los fenómenos sociales que se analizan

9 HABERMAS, Jürgen, “Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica”. Apéndice de la controversia entre Popper y Adorno, en ADORNO, Theodor W. *et al*, *La disputa del Positivismo en la Sociología Alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973, pp. 147-180.

10 La totalidad social es un concepto acuñado por la primera generación de la Escuela Crítica de Frankfurt como el espacio donde se dan y desarrollan todas las relaciones sociales en constante proceso de contradicción.

11 La dialéctica tiene orígenes en el mundo antiguo griego, pero es utilizada y aplicada al funcionamiento de la Sociedad de manera sistémica por primera vez, por Hegel, y retomada por Marx en toda su obra y como fundamento metodológico de su pensamiento. Pensando en términos metódicos, la dialéctica se expresaría de la siguiente manera: el pensamiento que se genera en las ciencias sociales, en el estudio de la sociedad, debe ser crítico constantemente con su propio objeto (*devenir y cambio constante*), a partir de la propia contradicción del objeto y del propio pensamiento que es parte del objeto y a la vez su negación (*unidad y lucha de contrarios*), traería como consecuencia el desarrollo de un pensamiento que no sólo es idea sino que estaría comprometido con la construcción de la nueva Sociedad en aras del mejoramiento humano (*cambios cuantitativos generan cambios cualitativos*).

12 DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, trad. Joaquín Herrera *et al.*, Col. Palimpsesto, Derechos Humanos y Desarrollo, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 23.

13 ADORNO, Theodor W., *Epistemología y Ciencias Sociales*, Frónesis, Ed. Cátedra, Universitat de València, 2001, pp. 9 y ss.

se debe realizar en un contexto de descubrimiento denominado totalidad social. En la totalidad social comprendemos la sociedad y sus fenómenos objetivamente.

No obstante, debemos aclarar que la investigación de un fenómeno social en la totalidad social debe ser analizado en su contexto histórico, debido a que ningún contexto es igual a otro, ninguna época es igual a otra, incluso, ni por cercanía espacial, ni temporal. Los conocimientos que se generan no deben ser absolutos aunque tengan intereses emancipatorios, el estudio de la totalidad social no debe proveernos una alternativa totalitaria a la sociedad existente. Lo podemos constatar al percibir que no hay principio único de transformación social, ni agentes únicos de transformación social, como sí hay muchas y diversas formas de dominación, al igual que múltiples formas de resistencia con diferentes agentes protagonizándolas. Es así que sería un error componer una teoría común a esta diversidad de formas hegemónicas y contrahegemónicas, la propuesta es traducir los fenómenos sociales que se estudien contextualmente, creando una “teoría de traducción que haga inteligibles las luchas y permita a los actores colectivos dialogar sobre las opresiones a las que se resisten y las aspiraciones que los animan”¹⁴. Es decir, una teoría de traducción que haga inteligibles los fenómenos sociales investigados, en aras del objetivo de una creación científica, crítica y transformadora.

2.3.- Cómo se estudia el fenómeno social

Para que el fenómeno social sea analizado en su contexto de descubrimiento requiere formas y vías. En este sentido, una investigación con carácter crítico dialéctico tendrá en su haber la ejecución de multiplicidad de métodos para poder llegar con la mayor objetividad posible al conocimiento científico. No obstante, las reglas lógicas-metodológicas usadas tendrán algo en común, tendrán raíz en la crítica, fundamento en la razón crítica. El investigador observa datos particulares pero estructurados en la totalidad social, debe ver más allá de lo que aparece para captar el fenómeno en su objetividad. Como la razón es relativamente autónoma respecto de los hechos, la objetividad se intenta alcanzar al analizar dialécticamente los fenómenos estudiados, haciendo crítica de la sociedad misma. El uso de la razón crítica no es meramente formal sino también material¹⁵, es decir, la razón no tiene el sentido instrumental de positivistas y racionalistas, bien criticado por Horkheimer y Adorno, sino es la razón analizando la totalidad social.

Por otro lado, hay que señalar que el uso dialéctico de la razón crítica debe presuponer cuestionamiento al producto del acto que se cuestiona, el producto debe criticarse con el mismo grado que se critica a su objeto, porque debemos partir del supuesto de que lo que decimos es más de lo que sabemos acerca de lo que decimos, y en este exceso reside

14 DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *ob. cit.*, p. 28 y en Dussel A., Enrique, *Veinte tesis de política*, Siglo XXI, México, 2005, p. 88.

15 ADORNO, Theodor W., *Epistemología y...*, pp. 29 y ss.

el límite de la crítica¹⁶. Es decir, obtener un conocimiento científico mediante la razón crítica con el uso de los métodos respectivos según el fenómeno estudiado, conlleva también una crítica del producto obtenido, lo que supone cierta autocrítica también.

Además, estas reglas lógicas-metodológicas no deben tener pretensiones de autonomía total ni carácter absoluto. Al analizar el ejercicio de la razón humana podemos concluir que la razón humana es intersubjetiva y su base son los presupuestos universales de la comunicación. El científico social hace ciencia social sobre la base de los presupuestos del lenguaje como condición de intersubjetividad, esto es un *apriori* en cuanto al fin y en cuanto al objetivo cognoscitivo. Si el objetivo del conocimiento es comprender los fines y motivos por los que acontece un hecho, por tanto, los métodos a utilizar son los métodos interpretativos (críticos-hermenéuticos) y los métodos para la explicación causal de los fenómenos, orientados todos al interés emancipatorio y dirigido a construir una sociedad humana y racional. En este sentido, va a existir una mediación dialéctica entre la comprensión hermenéutica y la explicación causal de los fenómenos sociales estudiados¹⁷.

2.4.- Teoría crítica como fundamento de la ciencia social

Finalmente, podemos plantear que para que la ciencia social sea crítica debe estar fundamentada en una teoría crítica que no sólo sea de carácter subversivo en cuanto a todo lo que está sucediendo en la totalidad social estudiada, sino debe tener objetivo en la vida¹⁸. La teoría crítica debe tener fundamento y fin en la vida del ser humano y su entorno¹⁹. La vida de las personas individual y colectivamente en conjunto con su

16 SOUSA SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob. cit.*, p. 15.

17 HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como ideología*, trad. Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2001. pp. 173 y ss.

18 *Ibidem*.

19 Aquí nos referimos al principio material de la vida del ser humano, y a su voluntad para vivir como individuo y como colectividad porque es un ser viviente. Es el principio básico que defendemos, es el sustrato material de nuestra reflexión donde el ser humano conoce, utiliza y transforma en función de este principio. Lo cual implica que si el ser humano defiende la vida, defiende también la vida de todo su medio ambiente y la construcción social que él mismo realiza en su relación de condición condicionada condicionante. En mi opinión, la *condición básica del funcionamiento* de este principio se desarrolla en la subjetividad y la intersubjetividad, en el vivir individual y el vivir de la colectividad, es decir, el hombre actúa en aras de vivir *él y todos* en el mundo conocido, sin excepción. Esto puede parecer utópico pues el hombre también ha conocido, utilizado y transformado en función de la muerte, lo cual sabemos que ha sucedido durante todo el desarrollo de la humanidad y determinada actividad científica no ha estado exenta de este funcionar (por ejemplo, la construcción de armas modernas de cualquier tipo). En este caso, unos cubren sus necesidades y reafirman *su* vida, dominando a otros, matando a otros, lo cual es inadmisibles, pero no dejamos de reconocer que sucede desde hace miles de años, por tanto, aunque realicen estas acciones no cumplen la condicionante prevista anteriormente. Esta categoría puede verse en

entorno es el fundamento material de la construcción teoría crítica. En este sentido, la teoría crítica en la actualidad debe romper con las estructuras y funcionabilidades del paradigma dominante de la modernidad. Para esto debemos crear una teoría crítica no como alternativa a la teoría dominante, pues así se constituye como subparadigmática²⁰, sino como una nueva teoría crítica paradigmática²¹. Es decir, se debe criticar radicalmente la sociedad existente, pero esa crítica va a incluir tanto sus modelos reguladores como los modelos emancipatorios que ha creado, diseñando los primeros rasgos de horizontes emancipadores en los que eventualmente se anuncia el paradigma emergente²².

Por último, sería bueno referir que los conocimientos científicos sociales construidos a partir de las contradicciones sociales, con fines emancipatorios, mediante la razón crítica-dialéctica y hermenéutica, se lo podría denominar conocimiento emancipatorio²³. Este

DUSSEL A., Enrique, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI editores, 2006, p. 23; “La voluntad de vivir es la esencia positiva, el contenido como fuerza, como potencia que puede mover, arrastrar, impulsar. En su fundamento la voluntad nos empuja a evitar la muerte, a postergarla, a permanecer en la vida humana.” En las páginas siguientes desarrolla este concepto dentro del accionar político y en la sociedad.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob. cit.*, p. 14. El autor explica que no podemos pensar las alternativas emancipadoras como posibles dentro del paradigma dominante de la modernidad, pues la praxis social-histórica nos ha demostrado que no se han podido concebir estrategias emancipadoras genuinas en el ámbito de este paradigma dominante, ya que todas ellas están condenadas a transformarse en otras estrategias reguladoras y no emancipatorias.

21 El concepto de paradigma aportado por Thomas Khun desde la década de los 60 ha marcado el estudio de todo tipo de conocimiento científico hasta la actualidad. En su obra expone como las Ciencias se han construido mediante ciclos históricos, primero, existe una etapa pre-científica donde se acumulan saberes, hasta que estos se constituyen en paradigma dominante o ciencia normal, marcados por el reconocimiento de la comunidad científica que construye la Ciencia. Estos ciclos se repiten, pues la investigación científica continúa, pero la mayoría de las investigaciones se van a realizar sobre la base, y en el marco, de las teorías científicas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad científica en el paradigma dominante. Esto provoca que existan conocimientos, que no se consideran científicos, por su no aceptación, y que van constituyendo anomalías al paradigma dominante. Sólo el paradigma dominante deja de serlo por un proceso de ruptura que constituye la revolución científica, la acumulación de anomalías es tal que ya el anterior paradigma no tiene sentido, y estas anomalías se instauran como nuevo paradigma dominante o ciencia normal, por la condición de que ha sido aceptado por la comunidad científica existente. Es válido destacar, que Khun llega a plantear que la comunidad científica de un paradigma dominante prácticamente tienen que desaparecer en cuanto a sus miembros para que pueda el nuevo paradigma aflorar, pues el diálogo entre las dos comunidades es inconmesurable, es decir, no puede existir diálogo alguno entre las dos comunidades que generalmente tienen diferencias generacionales, debido a que no se comprenden unos a otros por el cambio de las teorías, los conceptos, las definiciones, etc. Por ejemplo, el Derecho ha tenido un decursar histórico paradigmático con respecto a las corrientes iusnaturalistas y las corrientes positivistas con respecto al Derecho. Ver KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Carlos Solís Santos, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob. cit.*, p. 15.

23 *Ídem.*, p. 31.

conocimiento es el cimiento desde el cual nace la teoría crítica que antes hemos descrito y que fundamenta la ciencia social en la cual creemos se debe fundamentar el análisis de los fenómenos sociales. Este será el conocimiento donde el punto de ignorancia será el colonialismo, —que no es más que la concepción del otro como objeto-no reconocimiento del otro como sujeto—, y el punto de saber será la solidaridad, —conocer es reconocer y progresar elevando al otro de la condición de objeto a la de sujeto—. La teoría crítica construye un pensamiento de alternativas, pero también un pensamiento alternativo de alternativas²⁴. Por supuesto, esto implicaría muchos otros elementos que el espacio no nos permite desarrollar, pero que podemos enunciar de manera general como es el paso del monoculturalismo al interculturalismo cognoscitivo; el equilibrio entre la producción de conocimiento científico y la responsabilidad por las consecuencias de esta producción; el análisis y construcción del conocimiento sin que se anticipen al mismo nuestras preferencias ideológicas, con la aplicación sistemática de métodos en la búsqueda de los intereses y valores que subyacen en la investigación científica, que no es otra cosa que la denominada objetividad fuerte; el objetivo de reconstruir la idea y la práctica de las formas de socialización, de educación y de trabajo que promueven subjetividades rebeldes o conformistas, etc.²⁵.

He aquí el fundamento básico de lo que sería para nosotros la ciencia social. Sabemos que no es tarea fácil que el conocimiento científico social se desarrolle así pero es nuestro objetivo académico basado en la responsabilidad social que tenemos como investigadores sociales. También sabemos que una buena parte de la comunidad científica no coincide con estos criterios²⁶, pero esa comunidad conformista es también objetivo

24 *Ibidem.* y DUSSEL A., Enrique, *ob. cit.*, p. 141 y ss.

25 SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob. cit.*, pp. 31-40.

26 Por ejemplo, una tradición común y actual de qué es Ciencia Social pasa por la clasificación de Ciencias Fácticas de Mario Bunge, donde reconoce que los principios de la Ciencia son la *racionalidad* y la *objetividad*, referidas como: el *conocimiento racional* está constituido por ideas, que las mismas se combinan con reglas lógicas deductivas para obtener nuevas ideas y, que se ordenan sistemáticamente; es *objetivo* en cuanto a: busca la verdad fáctica mediante la verificación que implica observación y experimentación. Como podemos observar en nuestro marco teórico no negamos que estos pasos se puedan dar en momentos de búsqueda y obtención del conocimiento científico social pero no aceptamos que sean los principios por los cuales se fundamenta, debido a que la construcción de las Ciencias Sociales debe abarcar la realidad como totalidad social para poderla estudiar cognoscitivamente mediante la razón crítica dialéctica y pluralidad metodológica con fines emancipatorios. Ver en BUNGE, Mario, *La Ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 2001, pp. 15-16.

Otro autor con estos criterios elaborados para las Ciencias Sociales específicamente sería el sociólogo Heinz Dieterich, donde expone todo el panorama del uso del método científico, mediante un esquema de construcción de un diseño o proyecto de investigación enfatizando que la contrastación de la hipótesis, producto del problema de investigación, es mediante la observación, la documentación, el experimento y la encuesta. Volvemos a lo mismo, no negamos el uso de estos métodos y técnicas, pero siempre teniendo en cuenta todos los principios básicos de la teoría crítica expuestos en el cuerpo del

de nuestras investigaciones como fenómeno social y, en esa investigación va también la responsabilidad de transformar en función de la emancipación, a partir de la praxis social, haciendo otra ciencia social.

3.- Las concepciones acerca del estatuto científico del Derecho

El estatuto científico del derecho es un tema harto debatido por los filósofos del derecho en todas las épocas. Como ya hemos afirmado el debate se centra a partir de qué concepción de ciencia y de derecho tenga el investigador ponente de la temática. Podemos comentar, como ya dijimos, que existen tres posturas generales sobre este tema; los que conciben al derecho como ciencia; los que plantean que el derecho no es ciencia sino técnica y; los que no les parece relevante el carácter científico del saber jurídico, lo importante es qué y cómo hacemos las cosas los juristas. En este sentido, para los objetivos de nuestro trabajo sólo me adentraré en la explicación de qué se plantea al afirmar que el derecho es ciencia.

La afirmación de que el derecho es una ciencia presenta posiciones epistemológicas diferentes. Tenemos por un lado, los que conciben el derecho como ciencia jurídica a partir de la concepción que el derecho es la norma jurídica y por tanto, la ciencia jurídica es la dogmática jurídica. Por el otro lado, los que perciben al derecho como un fenómeno jurídico, complejo, inmerso en las relaciones sociales, por tanto, la ciencia jurídica pueden ser un conjunto de saberes jurídicos o ciencias jurídicas que emanan de la realidad social y pueden ser contruidos de diferentes maneras. Dentro de cada una de las posturas hay matices, relaciones y diferencias. El objetivo de la clasificación es metodológico, en aras de comprender y definir como concebimos al derecho como ciencia social y cuáles son sus características con este carácter científico.

3.1.- La ciencia jurídica es la dogmática jurídica

Rudolf Stammler planteaba que la dogmática jurídica tenía carácter cognoscitivo. La dogmática jurídica es reproductiva de *normas positivas*²⁷, por tanto, suministradas por el legislador, que reconstruye y sistematiza, interpreta y expone *mediante un aparato lógico*. La dogmática no discute el contenido de las normas jurídicas, por tanto, como ciencia jurídica-

trabajo, lo cual conllevaría una investigación distinta indefectiblemente. Ver en DIETERICH, Heinz, *Nueva guía para la investigación científica*, Col. Ariel, Planeta Mexicana, México, 2002, pp. 21-22, 137-206.

27 Es de destacar que cuando se utiliza del término positivo en Derecho es que existen las normas jurídicas como normas vigentes, de manera positiva, pero no tiene que ver con el modelo filosófico-metodológico de concepción de la Ciencia creado por Augusto Comte, sobre todo en cuanto al método de constatación empírica.

ca es formal²⁸. El conocimiento nace y se desarrolla en las normas jurídicas positivas²⁹. Otra posición similar la encontramos en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Este autor propone un modelo de dogmática jurídica científica que se ocuparía de un derecho positivo particular o de un fragmento del mismo. Las normas jurídicas positivas son las que constituyen el objeto del Derecho como conocimiento teórico, pues ellas le dan sentido jurídico a los hechos naturales y sociales que constituyen el fenómeno jurídico. Este sentido de las normas jurídicas no puede ser percibido ni descubierto por métodos científicos empíricos, pues no pertenecen a la realidad del fenómeno sino que sólo puede ser comprobado por la norma jurídica en su esquema de interpretación³⁰. Las normas jurídicas son constitutivas de significados específicos, a estos significados se les aplica el conocimiento propio del jurista quedando fuera del conocimiento los actos o hechos generados por el fenómeno jurídico –estos pertenecen a las ciencias naturales o sociales–. En este modelo de ciencia jurídica no se dan hechos sino prescripciones, sus conceptos estarían entonces, en el plano del deber ser, la norma no describe algo sino que exige como ha de ser el comportamiento humano. Por tanto, es una ciencia normativa.

Por otro lado, tenemos a Norberto Bobbio, que retomando las ideas kelsenianas específica con mucho más detalle el carácter normativo de la ciencia jurídica, ubicando este carácter de tres maneras; en el objeto –porque tiene que ver con normas–; en el método –porque considera la realidad social a través de un sistema normativo–; en la función –porque pone normas–. Así, la dogmática jurídica –la cual denomina Jurisprudencia–, tiene dos partes; a) una constitutiva, –que son las proposiciones normativas, resultado de un estudio empírico precedente que el jurista debe respetar hasta el límite y, vistas como reglas de comportamiento son el objeto de estudio de la ciencia jurídica y; b) la parte crítica, que consiste en la construcción de un lenguaje riguroso, sólo a través del cual el estudio adquiere nivel de ciencia, y que tiene como fines la comunicabilidad

28 En este caso, nos referimos a la clasificación de la Ciencias en Formales o Ideales y Fácticas o Reales (ver supra 258). En este caso las Formales tienen como objeto las relaciones entre signos, ellos no poseen carácter de espacio y tiempo, no son objeto de experiencia empírica, pero son portadores de una consistencia tal que nadie puede dudar que existen ya que son susceptibles de ser pensados por los sujetos. Por ejemplo, los números, las normas jurídicas, nunca hemos visto caminando un número y una norma jurídica sino son representaciones ideales de los seres humanos. En cuanto a las fácticas su objeto de estudio son hechos, sucesos y procesos. Ver en BUNGE, Mario, *ob. cit.*, pp. 10-16.

29 CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 79.

30 Kelsen reconoce que hay dos tipos de interpretación; la auténtica, de los aplicadores del Derecho, los jueces, que son actos de voluntad que se realizan en cada momento de la aplicación del Derecho donde las normas son marcos abiertos a diversas posibilidades, tienen un rango de interpretación hasta que llegan al momento de ejecutarlas; la segunda, la de los juristas científicos del Derecho, que es puramente cognoscitiva, el científico del Derecho debe limitarse a buscar y poner de manifiesto el sentido de las normas jurídicas sin emitir preferencia alguna sobre ellas. Como es evidente, Kelsen separa el proceso de aplicación del Derecho de su sentido cognitivo. Ver en KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 83 y ss.

plena de las experiencias fijadas en las proposiciones normativas. Esta actividad es denominada por el autor análisis del lenguaje³¹, y no es otra cosa que la labor del jurista en la interpretación de la ley, la cual realiza analizando el lenguaje del legislador, de ese lenguaje expresado en reglas jurídicas. Finalmente, y bajo estas premisas, Bobbio plantea que la ciencia Jurídica no es formal, debido a que su objeto no es la forma de cualquier posible discurso, sino un contenido determinado de un discurso específico que es el del legislador o de las leyes³².

Los modelos explicados anteriormente destacan por su monismo metodológico, por su objeto en la norma jurídica vigente y, por su conocimiento jurídico construido de manera ideal en tanto producto de la razón como instrumento fundamental para dar origen y validez al conocimiento, es decir, sólo mediante ella podremos arribar a la verdad del conocimiento científico del derecho.

3.2.- La ciencia jurídica es un conjunto de saberes jurídicos o ciencias jurídicas que emanan de la realidad social

En este acápite analizamos los autores que consideran que la ciencia jurídica es ciencia social pero tratando desde diferentes perspectivas el derecho.

Primero, tenemos a las escuelas realistas, que perciben al derecho como el hecho, este se crea a partir de la realidad social. El conocimiento jurídico será más científico en cuanto imite la estructura y métodos de las ciencias sociales. En este caso el derecho tiene fines sociales de transformación y el estudio del mismo partirá de las conductas de las personas, no de las normas consideradas de manera aislada sino de ellas como parte del fenómeno social que es el derecho. Algunas vertientes de estas teorías realistas como los estadounidenses no se interesaron mucho por construir una ciencia jurídica pues para ellos el derecho tiene un fin pragmático, útil, resolver los conflictos sociales. En contrastación los realistas escandinavos estuvieron más interesados en el estudio del conocimiento jurídico como ciencia³³.

Por otro lado, tenemos a los que consideran que la ciencia jurídica son conjuntos de saberes jurídicos o ciencias jurídicas. Comprenden en ellos una especie de totalidad del saber jurídico. Plantean que el derecho como ciencia jurídica, es un conjunto que contiene a otros subconjuntos, donde los conjuntos son disciplinas con cierta autonomía,

31 Con respecto a la importancia del análisis del lenguaje en cuanto al Derecho, y su importancia vital para el desarrollo del mismo, puede verse a los autores Herbert. L. Hart, Carlos Santiago Nino y Genaro Carrió, entre otros.

32 BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, 2ª ed., Debate, Madrid, 1990, pp. 181 y ss.

33 Para estudiar a los realistas jurídicos norteamericanos se pueden consultar obras de Jerome Frank, Karl Lewellyn, entre otros. En el realismo jurídico escandinavo uno de sus mayores exponentes es Alf Ross.

que tienen heterogeneidad interna dentro de la totalidad y límites en la propia totalidad del saber jurídico. El conocimiento objetivo es el mundo real, por tanto el conocimiento objetivo jurídico emana de la realidad, del cuestionamiento de la realidad. Existen los hechos, y estos se vuelven objetivos en los conceptos, teorías, conjeturas, argumentos, reflejados en libros, escritos jurídicos, etc. Los saberes jurídicos pueden ser muchos, como la Sociología Jurídica o Jurisprudencia Sociológica, Historia del Derecho, Teoría General del Derecho, Epistemología Jurídica, Dogmática Jurídica, Derecho Comparado y Filosofía del Derecho —que puede incluir Lógica Jurídica, Ética Jurídica, Axiología Jurídica, Metodología Jurídica, o no incluirlas y tenerlas como saberes con cierta autonomía—. Todos tienen como punto común lo jurídico, que no es otra cosa que lo referente a las normas jurídicas pero desde su creación, interpretación, aplicación e investigación de las mismas con referente en los hechos, es decir, la realidad. Todos estos saberes jurídicos se nos presentan en relación con acontecimientos, donde hay exposición, argumentación, que se objetiva en proposiciones analizables y criticables. La interrelación de todos los saberes jurídicos es estructural-funcional por un lado, y por otro, auxiliar-interdinámica. El jurista, al conocer todos estos saberes jurídicos hace que repare en el todo, en la totalidad y a esto se le denomina comprensión del objeto. El jurista amplía sus conocimientos y tiene en cuenta todas las actividades constructivas del derecho. Por último, podemos decir en cuanto al método, que estas posiciones defienden el pluralismo y el sincretismo metodológico, debido a la heterogeneidad de estos saberes jurídicos³⁴.

En esta misma línea argumental, este conjunto de ciencias jurídicas —incluyendo también a las ramas del derecho concretas como el Derecho Civil, Derecho Penal, etc.—, tienen una integración sistémica, con interrelaciones dialécticas donde se vincula la teoría con la práctica. Es decir, el conocimiento teórico y más abstracto de la teoría —por ejemplo, la Teoría General del Derecho—, se vincula con las otras ramas del derecho que tienen un sentido más práctico, —Derecho Civil, Penal—. La ciencia jurídica sería la construcción del derecho como sistema, el cual se conformaría mediante un interrelacionar dialéctico entre lo abstracto y lo concreto. Desde la percepción empírica de la realidad —realidad vista como fenómenos que quieren regularse o se regulan mediante el Derecho—, debe elevarse el pensamiento a determinadas abstracciones, determinar así las categorías y generalizaciones en sentido científico, construyendo el conocimiento científico jurídico. A partir de éste conocimiento científico jurídico, se avanza nuevamente hacia lo concreto, pero ya este concreto interpretado y enriquecido por la teoría. Esta sería la expresión de un método de construcción empírica donde la observación de la realidad y los procesos cognoscitivos tendrían un devenir dialéctico para construir la ciencia jurídica³⁵.

34 SANDLER, Héctor Raúl, *Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, Dirección General de Publicaciones, UNAM, México, 1980.

35 FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría de Estado y el Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. XII-XIV.

4.- El derecho como ciencia social crítica

Podemos concluir que, según las teorías doctrinales acerca de qué es la ciencia jurídica, explicitado anteriormente por las diversas posiciones de diferentes autores, no hay acuerdo único en cuanto a una definición al respecto.

Todas estas concepciones están basadas en las visiones históricas-concretas de los teóricos del derecho y sus condicionamientos sociales y culturales, que evidencian en el fondo, posiciones ideológicas acerca del concepto del derecho, y por tanto, de ciencia jurídica. Así delimitamos que nuestra concepción científica del derecho estará condicionada igualmente, reflejando una concepción ideológica del mismo y de su estudio científico.

Por tanto, teniendo en cuenta que la ciencia social lo es si es crítica, -como se describe en el segundo apartado de este ensayo- entonces, el derecho para constituir ciencia social, deberá ser estudiado a partir de un profundo ejercicio reflexivo de cuestionamiento de lo que se encuentra normatizado y oficialmente consagrado en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento en una determinada formación social, en la totalidad social. Sin quedarnos solamente en el empleo de la crítica, a la vez, se podrán detectar, dialogar y concebir otras formas emergentes, diferenciadas y pluralistas de la praxis sociojurídica³⁶.

El cuerpo de estas reflexiones se pueden encontrar hoy en el denominado Pensamiento Jurídico Crítico, donde se formulan en la teoría y en-desde la práctica otras direcciones y referenciales epistémicos para el análisis del derecho que respondan a las contradicciones profundas de la actualidad social.

Este pensamiento jurídico crítico como ciencia jurídica, se manifiesta genéricamente –diría Antonio Carlos Wolkmer- como Derecho Alternativo, y su expresión específica se constata en tres fenómenos: a) el positivismo de combate, que consiste en la lucha porque el derecho objetivo sea realmente efectivo, expresado en aquellas leyes que reconocen derechos a todos los seres humanos, pero sobre todo a los grupos más vulnerables en una sociedad determinada; b) el uso alternativo del derecho; que es el ejercicio hermenéutico por el cual el intérprete –jueces y abogados– da a la norma legal un sentido diferente al pretendido por las concepciones oficiales y dominantes en aras de transformar y emancipar las realidades sociales que nos dominan y hegemonizan; c) el derecho alternativo en sentido estricto; que constituye el pluralismo jurídico, y consiste en aquellas múltiples juricidades confluyentes, contradictorias pero existentes en tanto, producidas en el seno mismo de los grupos sociales³⁷.

36 WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*, ILSA, Colombia, 2005, pp. 25 y ss.

37 *Ídem*.

En la teoría jurídica crítica se investiga el fenómeno socio-jurídico vinculado a la realidad social concreta en la cual se desenvuelve, indagando a su vez, sobre cuestiones epistemológicas y políticas-ideológicas –fundamentales para una postura antidogmática y antiformalista–, y determinando las relaciones entre el fenómeno socio-jurídico constatado por verificación empírica y las interpretaciones del mismo. Los métodos a utilizar serán múltiples; desde posiciones analíticas, dialécticas, semiológicas, psicoanalíticas, empíricas, hermenéuticas, etc., todos con una perspectiva crítica acerca de la realidad social. Los fines de un pensamiento jurídico crítico es reconsiderar, desacralizar y romper con la dogmática jurídica lógica-formal propiciando algunas condiciones y presupuestos necesarios para el proceso estratégico-pedagógico -siempre mucho más amplio y no sólo ligado al derecho- de esclarecimiento, autoconciencia, transformación y emancipación de las personas y los grupos en su devenir social.

LA LUCHA POR SUBSISTIR: EL PAPEL DEL DERECHO (Y EL DEBER) DE RESISTENCIA EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Aline Rivera Maldonado

1.- Consideraciones introductorias

*No somos nada sin derechos. Los derechos no son nada sin nosotros[as].
En este camino no hemos hecho más que comenzar.*

Joaquín Herrera Flores
In Memoriam

Si echamos una mirada atrás, a la historia de occidente, de oriente o a aquella de la América indígena, podremos observar que los movimientos de resistencia han sido el motor de grandes acontecimientos y transformaciones sociales, políticas y jurídicas. Desde la antigüedad, las luchas de resistencia han estado presentes en la teoría y en la praxis jurídico-política: como denuncia, como forma de organización social, como derecho e incluso como deber. Fue a través de la resistencia que históricamente personas, comunidades y pueblos se opusieron a la ocupación extranjera, a la instauración de regímenes autoritarios y tiranías, cuestionaron el poder absoluto, la injusticia, la discriminación y la desigualdad; combatieron la opresión y la pobreza e incluso transformaron sociedades enteras.

Instrumento de supervivencia, de defensa, de liberación, de transformación, de búsqueda de dignidad o de reivindicación de derechos, la resistencia ha sido una clave en la construcción de sociedades que aspiran a ser más igualitarias, democráticas, y *garantistas*¹. Por ello, debido a su importancia, además de ocupar el centro de las reflexiones político-jurídico-filosóficas durante más de cuatro siglos², el derecho de resistencia fue consagrado en diversos ordenamientos jurídicos como uno de los derechos básicos e imprescriptibles de las personas³. Sin embargo, al paso del tiempo, distintas razones

1 Para Luigi Ferrajoli “la función *garantista* del derecho consiste en general en la minimización del poder, por otra parte absoluto: de los poderes privados, los cuales se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación en las infinitas formas de opresión...de dominio económico y de abuso interpersonal; de los poderes públicos, los cuales se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policiales y administrativos. La técnica de esta minimización es aquella... de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales, y de la correlativa limitación y funcionalización de las situaciones jurídicas de poder.” FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, p. 975. (Las cursivas son nuestras).

2 Al respecto véase GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, 2005.

3 Para profundizar sobre este tema *vid.* RIVERA, Aline, *La resistencia a la opresión: un derecho fundamental*, San Luis Potosí México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-

lo hicieron desaparecer del debate jurídico: Con el advenimiento de los denominados ‘Estados constitucionales de Derecho’, la separación y la atomización del poder político, la adopción del paradigma democrático y las grandes conquistas de otros derechos humanos y fundamentales; parecía que la resistencia comenzaba a desdibujarse del ámbito jurídico, permaneciendo como mero principio, como una evocación de declaraciones pasadas, un eco revolucionario que parecía encontrarse fuera del Derecho, lejos de constituir un instrumento útil para vivir mejor.

Sin embargo, esta invisibilidad y olvido de la resistencia en el ámbito jurídico contrasta con una realidad en la que la lucha social y la organización han sido (y siguen siendo) utilizadas cotidianamente para reivindicar y defender derechos, satisfacer necesidades básicas, acceder a recursos y bienes negados, o simplemente, para sobrevivir. Lo anterior sobre todo frente a una realidad en la que todavía en 2008, al menos “unos 1.200 millones de personas [de los aproximadamente 6.700 millones] de todo el mundo... [vivían] con menos de un dólar por día, mientras que casi 850 millones de personas... [pasaban] hambre”⁴ (y de las cuales, no está de más decir, el 70% son mujeres); una realidad en la que la desigualdad, la exclusión y la discriminación se han vuelto cotidianas para las personas que viven en regiones como América Latina, que si bien ha avanzado en el combate a la pobreza, todavía en 2008 presentaba un 33% del total de su población que se encontraba en esta situación, del cual casi un 13% sufría de indigencia o pobreza extrema⁵.

Este escenario se repite a lo largo de toda Latinoamérica, región del planeta que presenta los más altos índices de desigualdad, en donde el acceso a los derechos es todavía un privilegio para muchas personas y el caso de México no es la excepción. Según las cifras oficiales, en 2008 el 44.2% de la población mexicana se encontraba en situación de pobreza desde una concepción ‘multidimensional’⁶, lo cual implica, que casi la mitad de las personas en México, además de sufrir de pobreza de ingresos, tienen dificultades para satisfacer al menos sus necesidades básicas a la alimentación, a la vivienda, a la salud y a

Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2009.

4 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *El fomento de la capacidad: Empoderamiento de las personas y las instituciones. Informe anual 2008*, New York, Oficina de Comunicaciones PNUD, junio 2008, p. 13.

5 *Vid.* Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Panorama social de América Latina 2009*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2009.

6 Desde finales de 2010, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo también empezó a utilizar el concepto de índice de pobreza multidimensional (IPI), que constituye una nueva forma de medir dicho fenómeno en el ámbito internacional, integrando “la multiplicidad de faltas graves que sufren las personas de forma simultánea” PNUD, *Document de travail : Indice de Pauvreté multidimensionnelle*, p. 1 (traducción libre).

la educación⁷; todas ellas consagradas como derechos fundamentales en la Constitución mexicana vigente. “Vivimos, pues, en la época de la exclusión generalizada. Un mundo en el que las 4/5 de [las y] los habitantes que lo componen sobreviven en el umbral de la miseria...”⁸

Frente a esta situación alarmante, la única pregunta lógica que viene a la mente es: ¿cómo logran subsistir día a día esas personas que parecieran estar olvidadas por el Derecho? Pues bien, en América Latina y en países como México esta pobreza, discriminación, desigualdad, exclusión y marginación cotidiana ha empujado a las personas a buscar *otros medios*, que en ocasiones parecieran *extra-jurídicos*, para poder sobrevivir. Estas ‘estrategias de supervivencia’ que las personas, comunidades y pueblos ponen en marcha día a día a través del ejercicio del derecho de resistencia, constituyen un amplio y diverso espectro que a nuestro juicio, desde el punto de vista jurídico, presentan un factor en común: todas ellas están encaminadas, de una o de otra forma, a la reivindicación de derechos.

Estas múltiples formas de *resistir* al hambre, a la enfermedad, al analfabetismo, a la escasez de agua, a la falta de vivienda, a la pobreza, a la discriminación, a la desigualdad, a la explotación, a la ausencia de un empleo o a su precarización, etc.⁹ es decir, en términos jurídicos, las múltiples estrategias para hacer efectivos los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, al agua, a la vivienda, a la no discriminación, a la igualdad, o al trabajo; pueden presentarse en diversas modalidades. A grandes rasgos, y sin pretender agotarlas todas, podemos citar por ejemplo: 1) Las acciones de resistencia que reivindican el ejercicio de un derecho en específico. En América Latina y en países como México, este tipo de acciones se ejecutan en muchos casos a través de la *autotutela* de los derechos, es decir “la garantía del derecho llevada a cabo por su propio titular”¹⁰. Este es el caso de las tomas clandestinas de pozos de agua que realizan las comunidades organizadas con el fin de poder acceder a este recurso que, por diversas circunstancias, les ha sido negado¹¹,

7 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), *Informe de Pobreza Multidimensional en México 2008*, octubre 2010, p. 13. (El documento completo puede ser consultado en el sitio *web* del CONEVAL: www.coneval.gob.mx).

8 HERRERA, Joaquín, “Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia” en *Revista de filosofía práctica*, Mérida-Venezuela, Universidad de los Andes, junio de 2004, p. 40.

9 Stéphan RIALS considera que la resistencia constituye simplemente una respuesta mecánica, si se puede decir, natural, para liberarse de una opresión determinada. En este sentido, consideramos que la opresión puede ser cualquiera de las carencias señaladas, sufridas de forma aislada o simultánea; en otras palabras, la opresión es también la falta de acceso a los derechos. *Vid.* RIALS, Stéphan, *Oppressions et résistances*, París, Presses Universitaires de France, 2008, p. 10.

10 COURTIS, Christian, *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista*, Documento de trabajo del Proyecto de Protección de Programas Sociales del PNUD sección México, marzo 2007, p. 9.

11 Este es el caso de miles de comunidades discriminadas en México cuyo único medio para hacer efectivo su derecho humano al agua (consagrado en la Observación General n°15 al Pacto Internacio-

la ocupación de terrenos y casas vacías para construir viviendas para personas que no han podido (y tal vez no podrán) acceder a éstas por otro medio¹², la construcción de escuelas autónomas que permiten a las niñas y los niños acceder por lo menos a una educación básica en comunidades indígenas¹³, o la creación de casas de salud comunitarias para evitar que las personas en situación de pobreza extrema continúen muriendo por enfermedades curables¹⁴, entre otros múltiples ejemplos de este tipo de resistencia.

nal de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC- y que forma parte del Derecho mexicano) ha sido a través de la resistencia. Como lo hizo en 2009 un grupo organizado de personas de la comunidad de *Chicoloapan* en el estado de México, que intentó defender por todos los medios (incluso por medios no pacíficos) su acceso al agua para el consumo de las personas de la Comunidad. Sin embargo, después de un enfrentamiento con la fuerza pública local, el pozo de agua fue cerrado por ser considerado ‘ilegal’, privando sin más a la Comunidad del preciado recurso. Sobre éste y otros tipos de problemáticas relativas al derecho humano al agua, puede verse el artículo de Rodrigo GUTIÉRREZ, y Silvia EMANUELLI que forma parte del presente libro.

12 En México, desde los años 80 el “Frente Popular Francisco Villa” se organizó para ocupar terrenos vacíos o abandonados con el fin de *autotutelar* el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 4º de la Constitución mexicana. Así, las personas que pertenecen a este grupo construyen viviendas con recursos propios o en otros casos, han logrado establecer acuerdos con el Estado mexicano para obtener financiamientos complementarios y créditos que les permitan lograr sus fines. Gracias a este tipo de acciones de resistencia, miles de personas en México han podido hacer efectivo su derecho a la vivienda.

13 El sistema educativo creado por los Caracoles Zapatistas y las Juntas de Buen Gobierno resulta emblemático en esta materia. Este es el caso del Caracol “Corazón Céntrico Delante el Mundo” en la Comunidad de *Oventik*, en Chiapas México. Frente a la precariedad del sistema educativo estatal y a la falta de escuelas adaptadas a las necesidades de las niñas y los niños indígenas que habitan en dicha Comunidad, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación (consagrado en el artículo 2º de la Constitución mexicana, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), en el PIDESC y en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT): todos firmados y ratificados por el Estado mexicano), la gente se organizó para construir con sus propios recursos –y aquéllos provenientes del apoyo nacional e internacional– las “Escuelas Primarias y Secundarias Autónomas Zapatistas” que han permitido hoy a las y los habitantes de esta zona indígena hacer efectivo su derecho a una educación bilingüe e intercultural adaptada a sus necesidades. Sobre las formas de organización autónoma zapatista, véase el artículo de Yacotzín BRAVO, en las siguientes páginas de este libro.

14 Desde el año 2003, la comunidad indígena de *Mini Numa* en Guerrero, considerada por el PNUD como aquella que sufre mayor pobreza en México (*Vid. Informe sobre Desarrollo Humano-México 2004*, México, PNUD, 2005, p. 56.) se organizó para exigir por diversos medios jurídicos y extrajurídicos la efectividad de su derecho a la salud, así como la urgente solución a las muertes por enfermedades curables en la Comunidad. Frente a las respuestas negativas de las autoridades regionales y estatales, las y los indígenas de *Mini Numa* decidieron construir, con sus propios recursos, una casa de salud con el fin de autotutelar su derecho a la salud y colaborar así con las autoridades responsables en la efectividad del mismo. Paralelamente, gracias a la asesoría y acompañamiento del Centro de derechos humanos de la montaña *Tlachinollan*, la Comunidad *Mini Numa* presentó un Juicio de Amparo para solicitar la protección colectiva de su derecho a la salud. Cabe subrayar que la movilización y la resistencia de la

2) También existen acciones de resistencia que defienden un conjunto de derechos, reclaman una violación masiva (ya sea real o potencial) o cuestionan el acceso desigual a los mismos. Este ha sido el caso de las revoluciones francesa y mexicana o en épocas más recientes, de movimientos de resistencia que se oponen a megaproyectos de inversión económica —que además de ocasionar violaciones directas a los derechos de las personas y comunidades, desplazamientos masivos y destrucción de pueblos enteros, también desencadenan desastres ambientales—, como ejemplo podemos mencionar la resistencia frente a los proyectos de construcción de represas de agua¹⁵, de aeropuertos¹⁶

Comunidad tuvieron un papel fundamental en la defensa jurídica de su derecho a la salud ya que, a pesar de los obstáculos teóricos y prácticos en materia de derechos sociales, la Comunidad obtuvo por primera vez en México, una sentencia favorable en la materia, que protegió *colectivamente* su derecho a la salud. Sin embargo, todavía hoy (a más de 2 años de dicho pronunciamiento judicial), dicha sentencia no ha sido ejecutada y cumplida en su totalidad por parte de las autoridades responsables. Este hecho nos obliga a reconsiderar el papel fundamental de las y los sujetos de derechos en la efectividad de los mismos, así como el potencial de las estrategias de resistencia y de autotutela continua para llegar a este objetivo. Este ejemplo resulta paradigmático ya que, a pesar de la existencia de mecanismos jurídicos de garantía de derechos fundamentales —como el Juicio de Amparo en México—, y de su utilización con efectos positivos, en el caso *Mini Numa*, la plena efectividad del derecho a la salud queda todavía pendiente. Sobre la resistencia, la supervivencia y el litigio estratégico emprendido por esta comunidad véase: GUTIÉRREZ, Rodrigo y RIVERA, Aline, “El Caso *Mininuma*: un litigio estratégico para la justicia de los derechos sociales y la no discriminación en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIX, n° 251, México, UNAM, enero-junio 2009, pp. 89-122.

15 El caso del Consejo de Ejidos y Comunidades Opositores a la Presa la *Parota* (CECOP) en Guerrero México es emblemático en ese sentido. Fue gracias a la resistencia y la movilización de las y los habitantes de la comunidad que dicho megaproyecto fue suspendido, lo cual evitó la desaparición e inundación de las comunidades, el desplazamiento de más de 25.000 personas y la devastación del equilibrio ecológico de la zona. Sin embargo, hoy en día este tipo de megaproyectos continúan poniéndose en marcha. Así, desde octubre de 2010, el proyecto de la represa “El Zapotillo” en Jalisco México pretende dar inicio, lo cual inundaría los poblados de Temacapulín, Acasico y Palmarejo. Frente a esta amenaza, la gente que ahí habita se ha organizado para defender sus tierras, sus casas, su agua, su trabajo, su historia, y su ecosistema. Es importante señalar que en ambos casos, las comunidades utilizaron todos los medios jurídicos a su alcance para defender sus derechos. Ambos movimientos forman parte del MAPDER (Movimiento Mexicano de Afectados por las Presas y en Defensa de los Ríos).

16 En 2001 las pobladoras y los pobladores de la localidad de San Salvador *Atenco*, en el Estado de México, se organizaron en el Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra, un movimiento de resistencia contra el proyecto del nuevo aeropuerto internacional de la Ciudad de México que pretendía ser construido en sus tierras. Tras una intensa movilización interna y la solidaridad de diversas organizaciones sociales, lograron que el gobierno federal suspendiera definitivamente el proyecto. Sin embargo, en 2006, como una forma de criminalización de la protesta social, esta comunidad fue atacada por la fuerza pública estatal, dejando varias y varios muertos(as), heridos(as), torturados(as) y detenidos(as). Frente a estos hechos, la resistencia social continuó, hasta que, en el mes de julio de 2010 (cuatro años después), la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN), alegando la violación del derecho a un debido proceso, liberó a doce presos políticos encarcelados durante aquel enfrentamiento.

y de corredores industriales; o los casos de movilización frente a la instauración de regímenes autoritarios y represivos¹⁷, en los que los derechos fundamentales parecieran no ser una prioridad.

3) No podemos dejar de mencionar y reconocer las acciones permanentes de resistencia, aquellas que constituyen una forma de vida y de subsistencia: una resistencia cotidiana. Este es el caso de miles de campesinas y campesinos quienes, en ejercicio de sus derechos, trabajan diariamente la tierra para cultivar sus propios alimentos y abastecerse de recursos y satisfactores¹⁸; forma de autosustento que a su vez se complementa con el intercambio frecuente y el trueque¹⁹. O el caso de los millones de personas que en México salen día a día a la calle para “buscarse la vida”, quienes al ver negado u obstaculizado su “derecho al trabajo digno y socialmente útil” (consagrado en el emblemático artículo 123 de la Constitución mexicana), se ven obligadas a realizar innumerables actividades, consideradas “trabajos informales” con el fin de obtener un salario que, como lo señala dicho precepto, les permita satisfacer por lo menos sus necesidades básicas²⁰.

17 El caso de la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca (APPO) creada en 2006 es un ejemplo claro de resistencia contra la represión y la corrupción de las autoridades y en demanda de una verdadera democratización institucional a través de la participación popular en la toma de decisiones. La APPO (constituida por más de 300 organizaciones) realizó una diversidad de acciones de resistencia: manifestaciones, bloqueos pacíficos de vías de comunicación, paros laborales –sobre todo en el sector educativo– (las cifras oficiales señalan que al menos 14.000 profesores y profesoras participaron en la movilización social), barricadas defensivas, toma de medios de comunicación, toma de centros educativos, entre otras. Sin embargo, dichas acciones de resistencia fueron fuertemente reprimidas por las autoridades de la región a través de detenciones y ocupación policial y paramilitar en la zona. A pesar de dicha criminalización de la protesta social y la resistencia, las personas que participaron en el movimiento social siguen estando organizadas.

18 Según los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la población campesina que vive del autoconsumo en México se eleva al 74% del total de las productoras y los productores agrícolas, quienes, no reúnen la condición de “competitividad” para poder acceder a un crédito rural y por lo tanto, no pueden cambiar su situación a través de los programas de ayuda estatal. En contraste con ello, según los datos del *Censo Nacional Agropecuario y Forestal* de 2007, todavía hoy en México el 57.5% de la superficie total del país está dedicada a la agricultura.

19 Estas “redes de intercambio recíproco” entre parientes, amigos(as) o vecinos(as) constituyen un recurso básico de supervivencia y resistencia cotidiana que permite a las personas hacer efectivos derechos tales como la alimentación, la vivienda, la salud, el agua, el trabajo, etc. Dichas redes se han convertido en un *recurso social básico* “con el que cuentan...[las personas] para sobrevivir”. HINTZE, Susana, “Capital social y estrategias de supervivencia. Reflexiones sobre el “capital social de los pobres”, en DANANI, Claudia (comp.), *Políticas sociales y economía social: debates fundamentales*, UNGS-OSDE-Altamira, Colección de Lecturas sobre Economía Social, Buenos Aires, 2004.

20 En el caso de México, según los datos oficiales de la *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo* que realiza el INEGI, hasta el tercer trimestre de 2010, 12.4 millones de personas, es decir, el 28% de la población que labora, lo hace en el sector *informal* de la economía (en el año 2010 se registró un aumento de 74 mil personas respecto del año 2009 en dicho sector); 10.1 millones de personas trabajan por su

La falta de efectividad de los derechos consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, la inexistencia de garantías jurisdiccionales apropiadas que permitan resarcir las violaciones a los mismos, la ineficacia de los recursos jurídicos existentes, el desconocimiento de las y los sujetos de derechos, así como de los y las operadores(as) jurídicos²¹ en la materia, la discriminación sistemática e histórica a ciertos grupos y colectivos, la concepción teórica y práctica restringida sobre algunos derechos fundamentales²², la limitación de la interpretación judicial sobre los mismos: son sólo algunos de los límites y obstáculos que los derechos fundamentales deben sobrepasar y frente a los cuales las personas comunidades y pueblos en situación de urgencia y precariedad se ven en la *necesidad*, y en muchos casos, incluso en la *obligación* de *resistir* desde sus espacios, realidades y contextos, intentando encontrar y dar respuestas a sus problemáticas, de las cuales, el Derecho a veces pareciera estar muy lejos.

Por ello, lógicamente frente a esta realidad de pobreza, desigualdad, discriminación y exclusión; también existe una realidad de luchas cotidianas innegables y de búsqueda de estrategias contra las violaciones de derechos. Esta es una realidad que no puede ser negada y frente a la cual la teoría del Derecho y el Derecho mismo no pueden ni deben permanecer ajenos²³. De ahí la importancia y necesidad de reincorporar al debate teórico

cuenta, es decir, un 22.6% de la población. Del total de la población ocupada, ésta trabaja en promedio 43 horas semanales y existe un 28% de la población ocupada que trabaja más de 48 horas semanales. Debemos remarcar que las cifras oficiales en este tipo de medición del tiempo de trabajo pueden dejar fuera aspectos fundamentales como las horas suplementarias de trabajo que las mujeres realizan en el ámbito “privado”, las cuales no suelen ser contabilizadas y más aún reconocidas.

21 Nos referimos a la administración, los jueces y juezas, los legisladores(as), abogados(as) y las y los juristas.

22 Sobre todo tratándose de los derechos sociales, la teoría tradicional ha sostenido que éstos son “caros” o que no son “verdaderos derechos”. En muchos casos, dicha concepción predominante en la teoría y práctica jurídicas ha impedido su garantía y verdadera efectividad. Frente a este tipo de argumentos, resulta interesante mencionar la postura de la relatora de Naciones Unidas especializada en pobreza, quien ha señalado que “el respeto de los derechos humanos de los extremadamente pobres *no es forzosamente costoso...*” y en ocasiones, *el simple respeto* de ciertos derechos a quienes sufren pobreza podría simplemente “salvarles la vida”; lo cual nos reenvía una vez más a las reflexiones que hemos señalado en relación a la autotutela de los derechos. LIZIN, Anne-Marie, *Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté. Rapport de l'experte indépendante pour les droits humains et l'extrême pauvreté du Conseil Économique et Social de l'ONU*, Cinquante-cinquième session, Documento ONU E/CN.4/1999/48, 29 de enero de 1999, párr. 124. (Traducción libre del francés. Las cursivas son nuestras).

23 Joaquín Herrera explica muy bien este fenómeno, al señalar que “El hecho de las revueltas y concentraciones que se han dado contra la generalización global del capital en Seattle, Génova, Barcelona y allá por donde se reúnen los poderosos de la tierra; más las cinco ediciones de un Forum Social Mundial basado en el eslogan de ‘otro mundo es posible’, nos muestran indicios de que algo está cambiando, de que estamos asistiendo al surgimiento de nuevas prácticas sociales antagonistas que proliferan por todos los rincones del globo. Pero también muestran que dichas prácticas aún tienen mucho que resolver para poder plantear una alternativa global/local a la globalización hegemónica, y mucho que luchar para poder construir un nuevo orden social sobre el que sustentar las reivindicaciones y las resistencias, hoy

jurídico contemporáneo la discusión sobre el derecho de resistencia, sobre todo en países como México, en el que existe tan larga historia de supervivencia y lucha cotidiana frente a las violaciones de derechos y en el que estos temas parecieran estar olvidados por las y los juristas.

Así, es este escenario de contradicciones el que da origen a las reflexiones que serán vertidas en las siguientes páginas, las cuales intentan sobre todo, atraer una vez más al terreno jurídico el debate en torno a la resistencia, a su naturaleza, alcances, límites y potencialidades en relación a la efectividad de los derechos humanos y fundamentales. Lo anterior sin duda tiene como primer objetivo el sensibilizar a las y los juristas sobre el compromiso que, desde nuestro punto de vista, debemos tener frente a problemáticas sociales de tal urgencia y gravedad que demandan del Derecho respuestas y soluciones igual de imperiosas. El segundo objetivo de este trabajo es identificar la importancia de re-caracterizar a la resistencia como un derecho que ha permitido a las personas hacer efectivos sus derechos fundamentales, sobre todo a quienes luchan cotidianamente por su subsistencia.

En este marco, resulta necesario comprender que la verdadera efectividad de los derechos en América Latina y en México, constituye hoy un problema central para la teoría y la práctica jurídicas y por tanto, su concreción se erige como una de las pruebas más grandes a superar en materia de derechos humanos y fundamentales. En este sentido, el derecho de resistencia cumple un papel fundamental al interior de todo Estado constitucional de Derecho: La resistencia es utilizada cotidianamente por las personas como garantía e instrumento de defensa de sus derechos fundamentales, o en otras palabras, como una herramienta que permite la transición de un mero discurso de los derechos a su verdadera efectividad.

2.- Entre supervivencia y resistencia: Los derechos fundamentales a prueba

2.1.- Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional

El Estado Constitucional democrático de Derecho se caracteriza por ser, en palabras de Gerardo Pisarello “un sistema de *garantías* frente a los poderes públicos y privados...” Por lo cual, continúa el autor, “en las condiciones actuales, la efectividad de un proyecto de este tipo exige una renovada aproximación al constitucionalismo como instrumento de auto-contención política, económica y ecológica, de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más vulnerables de la sociedad.”²⁴ a muy grandes rasgos, esta visión substancial del Estado de Derecho evoca

por hoy difícil de vislumbrar.” HERRERA, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Libros de la Catarata, 2005, p. 5.

24 PISARELLO, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, in *Isonomía*, n° 15, octubre 2001, p. 92. (Las cursivas son

un conjunto de valores que se cristalizan, sobre todo, en dos postulados que le son intrínsecos: por un lado, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y por otro, el principio democrático. Para fines de este trabajo, nos concentraremos sobre todo en el primero de estos principios.

Como paréntesis, no está de más señalar que dicha concepción del Estado comenzó a esbozarse después de los horrores y abusos cometidos durante la segunda guerra, momento histórico en el que se evidenció hasta qué punto puede llegar el ejercicio del poder por parte de los Estados cuando las personas no cuentan con mecanismos efectivos que les permitan proteger su dignidad. Por ello, a partir de ese momento se restableció el vínculo entre las nociones de “Estado de Derecho” y aquéllas de “protección de derechos” y “legitimación de las normas”. El Estado de Derecho se convirtió así en un Estado de derechos humanos.²⁵ Este hecho muestra, según Michel Mialle, un regreso a los valores esenciales que habían sido dejados de lado, y hasta cierto punto, “olvidados”, valores que “nos reenvían al individuo...en una concepción liberal renovada”²⁶. Debido a la naturaleza de este trabajo, no podremos profundizar en estos temas, sin embargo, es necesario partir de esta base para poder comprender por qué hoy el papel de los derechos humanos y fundamentales resulta central en el marco de los Estados constitucionales de Derecho. Así, después de este paréntesis, es necesario decir que con el fin de estar acorde con este postulado prioritario que son los derechos fundamentales, resulta evidente que todo Estado constitucional democrático de Derecho, deberá establecer *mecanismos de garantía apropiados* que permitan a las y los titulares de los derechos, hacerlos efectivos con el fin de evitar que los abusos y violaciones a los mismos se perpetúen. Lo anterior responde paralelamente al “imperativo de seguridad jurídica [que igualmente] aparece como una exigencia fundamental del Estado de Derecho.”²⁷

En ese sentido, (como lo veremos en el siguiente subapartado), el primer paso a través del cual se intentó garantizar los derechos de las personas fue inicialmente el proceso de reconocimiento *jurídico*: primero en las Constituciones y después en el ámbito internacional y regional; lo cual permitió al Estado de Derecho, abandonar “los caminos escarpados de la teoría jurídica para inscribirse en el derecho positivo...” En un segundo tiempo, se concibió una serie de mecanismos que pudieran entrar en juego para garantizar los derechos que, a pesar de estar reconocidos jurídicamente, presentaran violaciones. “Se puede establecer así que la perfección de la arquitectura formal [del Estado de Derecho] no tiene significado en sí misma, o lo tiene sólo cuando éste se pone al servicio de ciertos

nuestras).

25 *Vid.* MIAILLE, Michel, “L’État de Droit comme paradigme” en *Annuaire de l’Afrique du Nord*, Tomo XXXIV, CNRS éditions, 1996.

26 *Ibid.*, p. 38. (Traducción libre del francés).

27 CHEVALLIER, Jacques, *L’État de Droit*, Paris: La documentation française, Col. “Problèmes politiques et sociaux”, n° 898, 2004, p. 8. (Traducción libre del francés).

finés, a saber, la protección de los derechos y libertades, que constituyen a final de cuentas el *valor supremo*.”²⁸

A partir de estas breves reflexiones, podemos ver que el reconocimiento de que los derechos de las personas constituyen el fin último de todo Estado constitucional democrático de Derecho, debe traer aparejadas las herramientas jurídicas que permitan llegar a dicho fin, para impedir que esta afirmación quede establecida sólo como un mero discurso. De ahí que Gerardo Pisarello insista en el carácter *garantista* de este tipo de Estados.

Ahora bien, antes de continuar con nuestras reflexiones en torno a la resistencia, se hace necesario dedicar algunas líneas a explicar de qué hablamos cuando hablamos de derechos fundamentales. De forma sintética, podemos decir que los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que se encuentran reconocidos en un ordenamiento jurídico (Constitución, instrumentos internacionales, leyes) y por este hecho generan *obligaciones jurídicas* específicas tanto para el Estado como para otros sujetos de Derecho. Es a través de los derechos fundamentales que una comunidad política determinada consagra —en un momento histórico determinado— las necesidades, intereses, valores, recursos y bienes que, por ser considerados de *mayor importancia*, merecen ser protegidos de forma prioritaria, por los poderes del Estado. En ese mismo sentido, Pisarello considera que los derechos fundamentales son las “estrategias dirigidas a proteger los intereses y necesidades que en una sociedad se consideran vitales”²⁹. El autor subraya el hecho de que dichos intereses no suponen un “compromiso axiológico”, ya que éstos pueden ser tanto “inclusivos” como “excluyentes” o más o menos emancipadores, dependiendo del tipo de sociedad de la que estemos hablando.

Efectivamente, debemos tener en cuenta que a la hora del reconocimiento jurídico de un derecho al cual se le dota del carácter de *fundamental*, entrarán en juego una serie de piezas que dependen por ejemplo de los actores que los originan e impulsan o de los intereses que hay detrás y logran imponerse en un momento histórico determinado. De esta forma, no todos los sistemas jurídicos protegerán los mismos valores, recursos, intereses, bienes y necesidades, y por tanto no considerarán como fundamentales los mismos derechos. Evidentemente, dicha posibilidad puede presentar un riesgo: el hecho de proteger mayormente ciertas necesidades sobre otras o establecer privilegios para ciertos grupos en una determinada sociedad, puede generar desigualdades, discriminación, exclusión, acumulación de poder, o incluso dar paso a la instauración de regímenes autoritarios de Derecho o de sistemas jurídicos opresores. El caso del régimen del *apartheid* en Sudáfrica resulta un claro ejemplo de ello. A través del Derecho, se establecieron privilegios para un sector minoritario de la población, justificando así la segregación de

²⁸ *Ibid.*, pp. 8-9. (Las cursivas son nuestras).

²⁹ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos fundamentales: una introducción*; PISARELLO, Gerardo y APARICIO WILHELMI, Marco, *Los derechos humanos y sus garantías*, (textos inéditos).

la mayoría de los habitantes, a quienes se les negó el acceso a los satisfactores, recursos, bienes e intereses tutelados por los derechos que se consideraban fundamentales.

Como ya lo hemos esbozado, en contraposición a este tipo de Estados autoritarios, en los Estados constitucionales democráticos de Derecho, los derechos fundamentales deben servir como un verdadero parámetro de fundamentación y de limitación al poder³⁰, por lo que en ellos se tiende “o se debería tender— a la valorización y la protección de aspiraciones “más inclusivas” que permitan a *todas* las personas, acceder en condiciones de *igualdad*, a los bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales. En este sentido, resulta evidente que dicha condición implica paralelamente buscar los mecanismos que permitan, por un lado, suprimir la desigualdad que ciertas personas, grupos, comunidades y pueblos han sufrido históricamente, y por otro lado, incorporar sus necesidades, intereses y demandas por ejemplo a la alimentación, a la salud, al agua, a la vivienda, a la participación, a la no discriminación, etc. Partiendo de todos estos supuestos, en los Estados constitucionales democráticos, los derechos fundamentales constituyen “la ley de [las y] los más débiles” o de los sujetos más vulnerables³¹ frente a los “más fuertes”, constituyéndose a su vez en vehículos que permitan a las personas vivir con mayor dignidad, en términos de Joaquín Herrera.³²

Si adoptamos esta visión material de los derechos fundamentales, resulta todavía

30 Al respecto ver AGUILÓ, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 26, Alicante, 2003.

31 PISARELLO, Gerardo y APARICIO WILHELMI, Marco, *Los derechos humanos y sus garantías*, op. cit. supra. Ver también FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit. supra., Pisarello trae a cuenta algunos ejemplos sobre ésta faceta de los derechos fundamentales como leyes de los más débiles, como es el caso del derecho al trabajo que protege a los trabajadores frente al poder de los patrones; el derecho de acceso a la tierra de los desposeídos frente a los terratenientes; el derecho a un medio ambiente adecuado que tutela la salud y mejores condiciones de vida de los más vulnerables o el caso de los derechos de las minorías sexuales, étnicas o nacionales, cuando se les protege frente a la opresión cultural de los grupos dominantes. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos fundamentales: una introducción...op. cit. supra.*

32 Como pasa con diversas categorías jurídicas, vemos aquí una dualidad conceptual. A grandes rasgos, por un lado, tenemos la concepción formal de los derechos fundamentales —aquellos derechos reconocidos como tales en los ordenamientos jurídicos de mayor rango sin importar si en su contenido éstos son inclusivos o excluyentes— y por otro lado, la concepción material —aquella unida a la idea de que los derechos fundamentales contienen forzosamente aspiraciones con una tendencia más inclusiva e igualitaria y por tanto, pueden permitir a las personas vivir mejor—. Frente a esta dualidad, Joaquín Herrera señalaba que, en efecto, los derechos han jugado históricamente un doble papel ya que “...han sido categorías que, en determinados momentos y bajo determinadas interpretaciones, han cumplido un papel legitimador de ese nuevo sistema de relaciones [la modernidad occidental capitalista]; y en otros momentos y bajo otras interpretaciones han jugado el papel de movilización popular contra la hegemonía de las relaciones que el capital ha venido imponiendo durante sus cinco siglos de existencia.” HERRERA, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, op. cit. supra., p. 3. (Las cursivas son nuestras).

más importante que en todo Estado constitucional democrático de Derecho, además de su reconocimiento jurídico, los derechos fundamentales estén acompañados de los mecanismos adecuados que permitan a las personas acceder a los bienes que por su fundamentalidad, han sido jurídicamente tutelados a través de éstos. Lo cual implica a su vez que las personas podrán velar por el cumplimiento de dichos intereses en caso de que existan abusos o violaciones, impidiendo así que el reconocimiento de derechos en el ordenamiento jurídico quede como letra muerta, como un simple discurso. Así, continuando con las reflexiones de Pisarello, se puede decir que al ser identificadas las necesidades e intereses de mayor importancia para una comunidad política determinada, ésta “normalmente, las ‘positiviza’ en las normas de mayor valor jurídico, como las constituciones, y ofrece, de esa manera, un indicio determinante de su fundamentalidad. En todo caso, estos derechos considerados «relevantes», expresan un «deber ser» *positivo o jurídico* dentro del propio ordenamiento. Es decir, ofrecen un *punto de vista interno* desde el que se pueden enjuiciar y denunciar los incumplimientos que, por acción u omisión, se producen en los diferentes órdenes de la realidad jurídica (leyes, reglamentos y normas, en general, de rango inferior a aquellas que consagran derechos fundamentales).”³³

En efecto, no debemos olvidar que, del reconocimiento de los derechos en las normas jurídicas (sobre todo en aquéllas que se ubican en la cima de la jerarquía del resto de las normas), se desprende directamente una serie de obligaciones para los poderes del Estado que están estrechamente vinculadas con su efectividad. Sobre este tema, relativo a las consecuencias jurídicas de dicho reconocimiento, resulta útil acudir a las reflexiones de Hans Kelsen, quien considera que un derecho subjetivo es “solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca. Y esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una *obligación jurídica de no lesionar ese interés...* Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un *poder otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación...* Cuando el individuo, obligado frente a otro a determinada conducta, no cuenta con el poder jurídico de accionar en caso de incumplimiento de la obligación, el acto por el que requiera el cumplimiento de la obligación, no tiene ningún efecto jurídico específico... De ahí que sólo exista una ‘pretensión’, como acto jurídicamente eficaz, cuando existe *un derecho subjetivo en sentido técnico*, es decir, *el poder jurídico de un individuo de lograr llevar adelante una acción en caso de incumplimiento de la obligación jurídica adoptada en su favor.*”³⁴

En este sentido, queda claro que el “sujeto o titular” de un derecho es aquél que

33 PISARELLO, Gerardo y APARICIO WILHELMI, Marco, Los derechos humanos y sus garantías, op. cit. supra.

34 KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM), Serie G, Estudios doctrinales, n° 20, 1982, pp. 145-148. (Las cursivas son nuestras).

detenta un “poder” reconocido por las propias normas jurídicas, para hacer efectivos los derechos que le han sido reconocidos (ya sea para exigir la aplicación de la ley o para exigir una reparación en caso de violación). De esta premisa formal y de aquella material que supone que los derechos pueden ser instrumentos con potencial para que las personas, comunidades y pueblos vivan mejor; se desprende directamente la posibilidad de que las y los titulares de los mismos puedan *exigir* de su cumplimiento *por todos los medios a su alcance* (ya sea jurídicos o extra-jurídicos), puesto que dicha exigencia es una exigencia de *cumplimiento de la legalidad*.

A partir de estas reflexiones, resulta necesario hacer un paréntesis para señalar que todo lo anterior se aplica de igual forma a los *derechos humanos*, los cuales, además de constituir aquellas “aspiraciones” o “fines” mayormente deseables por una gran parte de la comunidad internacional, en la mayoría de los casos, éstos constituyen también derechos fundamentales, puesto que se encuentran reconocidos como tales en la Constitución de los Estados o porque están contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales que han sido firmados y ratificados por los mismos, y por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico interno y generan obligaciones específicas para el Estado en cuestión. En el caso mexicano, el primer párrafo del artículo 1° de la Constitución reconoce expresamente que “...*todas las personas* gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las *garantías para su protección*, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que ésta establece.”³⁵

Este actual reconocimiento jurídico de los derechos humanos y fundamentales en la norma de más alto rango en México es sin duda un gran paso³⁶ que obligará a las y los juristas a formular más y mejores mecanismos para que dicha norma sea eficaz y genere así más posibilidades para que las personas puedan hacer reales y efectivos sus derechos. Sin embargo, no podemos olvidar que, en contraste con dicho reconocimiento constitucional, la realidad en materia de efectividad y de violación de derechos en países como México, está lejos de ser positiva³⁷. Por ello, se hace necesario que hoy en día el

35 De igual forma, desde 1999 la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) confirió a los tratados internacionales un rango superior al de las leyes federales, colocándoles en segundo plano después de la Constitución. *Vid.* SCJN, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Novena Época, Pleno, noviembre de 1999, tesis aislada, p. 46.

36 La formulación de dicho reconocimiento constitucional es producto de una reciente reforma que data del 10 de junio de 2011.

37 Sobre la situación de los derechos en México véanse por ejemplo los múltiples Informes Alternativos de las Organizaciones Civiles, Sociales y Redes Mexicanas a los Informes Periódicos del Gobierno Mexicano ante el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los Informes sobre la situación de los derechos humanos en México presentados ante la Comisión Interamericana de derechos humanos, así como el seguimiento a las recomendaciones elaboradas por

trabajo de las y los juristas y operadores(as) jurídicos(as) se concentre sobre todo en la generación y el perfeccionamiento de *garantías jurídicas* e incluso *extra-jurídicas* que permitan igualmente dar un gran paso del discurso a la realidad de los derechos. Como lo ilustran algunos de los ejemplos que hemos vertido en la parte introductoria de este trabajo, todavía hoy existen múltiples obstáculos teóricos y prácticos que han impedido la verdadera efectividad y eficacia de los derechos “no sólo en México y América latina, sino en diversas latitudes”, por lo que este ha sido, y sigue siendo, uno de los mayores retos para el constitucionalismo contemporáneo y para la teoría y la práctica en materia de derechos humanos y fundamentales.

2.2.- Las garantías para la efectividad de los derechos fundamentales

Frente a las breves reflexiones que hemos hecho en torno a los derechos humanos y fundamentales, debemos decir que su reconocimiento jurídico constituye un primer paso que es fundamental y como lo veremos en las siguientes líneas, es considerado como una “garantía primaria”. Sin embargo, se vuelve necesario insistir en que los derechos *no son eficaces por sí solos*. Esta afirmación resulta evidente cuando pensamos por ejemplo en derechos como la educación, el cual ha sido reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Para que este derecho pueda ejercerse, es necesario que paralelamente a su reconocimiento jurídico, los Estados pongan en marcha una serie de mecanismos que permitan hacerlo efectivo, real. Así por ejemplo, la materialización del derecho a la educación pasará por la construcción de centros educativos o por la elaboración de normas y políticas públicas que permitan participar a los particulares en esta tarea y generar así las condiciones para que las niñas y niños ejerzan su derecho. Pero la efectividad del derecho a la educación pasará también por otros principios como la no discriminación, que permitirá a su vez el reconocimiento de las diferencias lingüísticas y culturales de una determinada zona; con el fin de brindar una educación adaptada —por ejemplo a las necesidades de comunidades indígenas— o la creación de becas para permitir a las personas más desfavorecidas acceder a este derecho. De la misma forma, la efectividad del derecho a la educación implica también la existencia de tribunales que puedan velar por la aplicación del Derecho en caso de violación como lo veremos, la existencia de las denominadas “garantías secundarias”.

No obstante, existen casos en los que la existencia de estos dos tipos de garantías no resulta suficiente para hacer efectivo el derecho en cuestión. Como lo hemos esbozado en el apartado introductorio, existen ejemplos en México en los que el Estado no ha sido capaz de generar escuelas adaptadas a las necesidades de las niñas y niños indígenas

dicho órgano y los informes alternativos de organizaciones como Amnistía Internacional y Todos los derechos para todas y todos.

en el Sur del país, por lo que las personas de diversas comunidades se han visto obligadas a *colaborar* con el Estado y a organizarse para crear escuelas que permitan satisfacer esta necesidad específica y apremiante, este tipo de estas acciones constituyen las denominadas *garantías sociales*.

Esto significa que para que los derechos no permanezcan como un simple discurso axiológico y político y, por tanto, se conviertan en una realidad, es preciso buscar los medios adecuados para garantizarlos; sobre todo frente al incumplimiento cotidiano y las violaciones generalizadas de derechos en regiones como América Latina y México.

Estas reflexiones nos reenvían una vez más a la idea de que un verdadero Estado constitucional y democrático de Derecho es sobre todo, en palabras de Pisarello, aquel que constituye “un sistema de garantías frente a los poderes públicos y privados...”, y por tanto, la estrategia constitucional a adoptar debe ser “compleja y beligerante dirigida a proteger, mediante mecanismos *jurídicos y extrajurídicos*, los derechos sociales [y fundamentales] de todas las personas, esto es, los derechos a recursos básicos que permitan a todos llevar una vida digna, maximizando su autonomía y minimizando el daño y la dominación.”³⁸

Ahora bien, cuando hablamos de *garantías*, nos referimos a aquellos mecanismos, estrategias e instrumentos –*jurídicos y extrajurídicos*– que permiten proteger y hacer efectivos los derechos y, por tanto, cumplir con los compromisos y las obligaciones generadas por éstos. Así, continuando con las reflexiones de Pisarello, podemos decir que las garantías son principalmente de tres tipos.

Las primeras, de las que ya hemos hecho mención, denominadas “político-constitucionales” (o garantías primarias), las cuales establecen, a través del reconocimiento constitucional y legal, “un complejo haz de obligaciones positivas y negativas, dirigidas tanto al legislador como a la administración...”³⁹. En el caso del reconocimiento constitucional, es decir, en el ámbito nacional, la garantía se caracteriza por una declaración o enunciación general sobre el derecho que se está reconociendo a las personas de una determinada comunidad política y cuyo contenido y especificidades serán desarrollados a través de la ley. En el ámbito internacional, dicha garantía funciona de la misma forma, ya que el derecho en cuestión será reconocido a través de un instrumento y su contenido será posteriormente desarrollado, por ejemplo, a través de las Observaciones generales específicas en la materia.

El segundo tipo de garantías son las denominadas “jurídico-constitucionales” (o garantías secundarias) instituidas “precisamente con el objeto de remover la frecuente impunidad en la vulneración de las obligaciones estatales primarias por parte de las ma-

38 PISARELLO, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”... *op. cit. supra*, p. 92. (Las cursivas son nuestras).

39 *Ibid.*, p. 93.

yorías políticas coyunturales...”⁴⁰ Como ya lo hemos esbozado en párrafos anteriores, este tipo de garantías opera sobre todo en caso de violación de los derechos que han sido reconocidos jurídicamente. En virtud de su existencia en la norma o Derecho objetivo, las y los titulares de un derecho detentan un *poder de reclamación*, que en relación a las garantías secundarias, opera a través de la vía jurisdiccional o administrativa ante las autoridades competentes. Así, en este nivel, el reclamo será formulado de forma *jurídica* para demandar la reparación de la violación (acaecida por la acción u la omisión por parte del Estado o de un particular) o para pedir la aplicación del Derecho objetivo, de la norma.

Sin embargo, como también ya lo hemos hecho notar, la existencia de este tipo de garantías primarias y secundarias, aunadas a otros mecanismos —todos ellos característicos de los regímenes considerados democráticos—, no han sido suficientes para proteger a las personas contra las violaciones a sus derechos o para permitir que éstos sean realmente efectivos; sobre todo tratándose de aquellas personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad o que parecen estar excluidas del/o por el Derecho. Esto plantea un importante reto no sólo a las autoridades en particular y a los Estados constitucionales en general, sino también a las y los juristas defensores de los derechos como la “ley de las y los más débiles”.

Es por ello que para complementar estas dos garantías o mecanismos de efectividad de los derechos, también existen las denominadas *garantías sociales*. Pisarello hace énfasis en que, para que un proyecto *garantista* pueda operar en sociedades tan complejas como las nuestras, se necesita forzosamente de la participación de actores sociales que permitan llevar a cabo esta tarea; “una pluralidad de actores *con derechos y deberes de presionar y participar* directamente en la formulación y activación de garantías institucionales de los derechos sociales [y de los derechos fundamentales en general], así como en procurarse mecanismos de *autotutela* de los mismos. Y ello, tanto por razones de *legitimación* como de *eficacia*.”⁴¹ De esta forma, frente a la existencia de derechos, también deben existir forzosamente “*sujetos que sean capaces de obligar*”⁴² que busquen y utilicen *todas* las herramientas e instrumentos *jurídicos y extrajurídicos* a su alcance para hacer efectivos sus derechos, para luchar por la *legalidad*. Continuando de esta forma en el camino que permitirá pasar del discurso a la realidad de los derechos en América latina y en México.

En sus orígenes, esta dimensión de las garantías fue concebida como un *derecho fundamental* en la Constitución francesa de 1793, la cual consagraba en su artículo 23 la denominada *garantía social*, que consistía en “la acción de todos para asegurar a cada uno

40 *Ibid.*, p. 97.

41 *Ibid.*, p. 100. (Las cursivas son nuestras).

42 *Vid.* PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123 y ss. (Las cursivas son nuestras).

el goce y la conservación de sus derechos...⁴³. Esta categoría jurídica resulta crucial en la comprensión de la naturaleza jurídica de nuestro objeto de estudio, ya que (como lo veremos con más detalle en el siguiente apartado), el derecho de resistencia constituye una garantía social que, al igual que las garantías secundarias, nace de la existencia de un derecho consagrado en la norma jurídica, en virtud de la cual, se otorga a las y los titulares de un derecho, un *poder de reclamación*. Así, consideramos que el derecho de resistencia constituye la garantía social por excelencia, y opera sobre todo cuando el resto de garantías o mecanismos jurídicos, no han sido eficaces para proteger y hacer efectivos los derechos o simplemente son inexistentes. De esta forma, el reclamo de la legalidad, de la efectividad del derecho(os) reconocido(s) jurídicamente, puede ser formulado de forma *jurídica*, por ejemplo, a través de una manifestación o protesta social o del ejercicio del derecho de huelga para reclamar la efectividad del derecho a la no discriminación o del derecho a tener un salario digno. O de forma *extra-jurídica*, por ejemplo, a través de las acciones de autotutela de derechos no reconocidas por la norma jurídica, como el caso del trabajo o comercio informal, que permite a miles de personas hacer efectivo su derecho al trabajo, a tener un salario digno –cuando dicho trabajo complementa el trabajo formal–, o el derecho a la alimentación y a un nivel de vida adecuado.

Como podemos ver, los tres tipos de garantías operan en diferentes niveles para permitir la protección y la efectividad de los derechos fundamentales en una comunidad política determinada, por lo que la existencia, reconocimiento y perfeccionamiento de los tres tipos se vuelve indispensable en todo Estado constitucional democrático de Derecho, para por un lado dotar de legitimidad al régimen, y por otro lado, para poder gozar de una verdadera legalidad, es decir de una eficacia de las normas jurídicas.

Todas estas reflexiones, nos permiten comenzar a esbozar cuál es el papel del derecho de resistencia en la actualidad ya que, como lo señala Asbjørn Eide, “es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos..., considerar que sólo el Estado debe satisfacer[los]... [así, no debemos olvidar que] es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la ‘Declaración sobre el Derecho al Desarrollo’...en un primer nivel...se encuentra la *obligación del Estado de respetar* la libertad de acción y el *uso de los recursos propios* de cada individuo –o de colectividades como las indígenas– en pos de *autosatisfacer sus necesidades* económicas y sociales⁴⁴, ya que la autodefensa de los derechos –incluso por medios *extra legales*– juega un papel fundamental, por un lado en la salvaguarda de los principios y los fines

43 El texto original en francés de esta Constitución puede consultarse en el sitio: http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/FR_04.htm

44 COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Victor, “*Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*”... (versión francesa en prensa) citando a EIDE, Asbjørn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights” en EIDE, Asbjørn, Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995.

del Estado mismo y por otro, en la búsqueda y defensa de la legalidad y del respeto del Derecho mismo. Por lo que, como lo veremos más adelante, las acciones de resistencia, entendidas como garantías sociales, constituyen un mecanismo de *colaboración* de las personas hacia con el Estado para la efectividad de sus derechos. Por lo que vemos también aparecer a la resistencia como un *deber* de las personas, comunidades y pueblos de reivindicar la legalidad de los derechos fundamentales y así defender el Estado y el Derecho mismo. En ese sentido, Pisarello destaca que la *garantía social*, se trata de “un deber que es al mismo tiempo un derecho. El *derecho-deber* de participar en la *custodia* de los intereses *vitales* propios y de los demás. Y como tal, puede llevarse adelante en las instituciones, pero también fuera de ellas e incluso en su contra.”⁴⁵

3.- El derecho de resistencia: Un instrumento de garantía y defensa de los derechos fundamentales

3.1.- El papel de la resistencia en el Estado constitucional de Derecho

Ahora bien, las y los juristas y las y los operadores(as) jurídicos nos encontramos frente a la innegable realidad de violaciones y falta de efectividad de los derechos en América latina y en México. De la misma forma, hemos visto aparecer resistencias, que incluso han devenido *cotidianas*, para oponerse a dichas problemáticas de efectividad de derechos. Por ello, en contraste con tal panorama, surge una pregunta obligada: ¿por qué a pesar de la existencia de dichos fenómenos, el debate jurídico sobre el derecho de resistencia desapareció de la teoría jurídico-política —sobre todo con el nacimiento y consolidación de los Estados constitucionales democráticos de Derecho—?. Sin pretender reducir el complejo debate sobre esta cuestión, por razones de espacio, nos limitaremos a señalar dos grandes razones que están directamente vinculadas a las características de dichos Estados.

La *primera* de ellas es que, en las sociedades modernas y contemporáneas, asistimos a una creciente complejidad del aparato estatal en las que existe una constante creación de instituciones, dependencias, secretarías, comisiones, etc. Esta complejización de las sociedades, la descentralización del poder, la multiplicidad de autoridades e instituciones, a su vez dificulta a las personas la identificación de “la autoridad” o del “acto” contra quien o por el cual deberían *resistirse* en caso de ser víctimas de violaciones a sus derechos o de sufrir desigualdad, discriminación, opresión o pobreza. Este hecho, ha complicado a su vez la posibilidad de que las personas se organicen para luchar en común en contra de un acto específico.

Como lo ha señalado Roberto Gargarella, “el poder político en la actualidad aparece mucho más atomizado que hace cientos de años... la descentralización del poder no impide necesariamente la emergencia de situaciones de opresión. Sin embargo, aun si

45 PISARELLO, Gerardo, Los derechos fundamentales...*op. cit.* (cursivas son nuestras).

dicha opresión existiera, las fuentes de la dominación resultarían múltiples y dispersas, lo cual dificultaría la resistencia en términos prácticos. ¿A quién culpar, entonces, de tales miserias y opresiones? ¿A los empleadores que se niegan a ofrecer más puestos de trabajo o a aumentar los salarios de los trabajadores? ¿A la policía, que con salvajismo ejecuta las órdenes del poder político? ¿A los parlamentarios, que no aprueban las leyes que debieran aprobar para mejorar el bienestar colectivo? ¿A los jueces, que se muestran dóciles frente al poder? ¿Al presidente?...”⁴⁶

Anteriormente, todas estas preguntas tenían una sola respuesta, ya que en los regímenes autoritarios de poder, era el tirano o el monarca absoluto quien generalmente atentaba contra los derechos del pueblo. En un contexto de tiranía, totalitarismo o despotismo, era más fácil identificar con mayor facilidad la persona o el acto ante el cual había que resistirse y consecuentemente, las personas podían visualizar más claramente la opresión y resistirse para cambiar la situación imperante. Sin embargo, “la actual dispersión del poder, en cambio, dificulta la visibilidad de la opresión, al tornar más difícil distinguir quién es responsable de qué. Del mismo modo, esta situación contribuye a diluir la idea de que la resistencia es concebible” en la época contemporánea⁴⁷.

La *segunda* de las causas por las cuales se ha cuestionado la existencia del derecho de resistencia en los Estados constitucionales democráticos de Derecho es justamente porque, como lo hemos esbozado, una de las características fundamentales de dichos Estados es que, además de todo el andamiaje democrático y de participación, cuentan (o deberían contar) con una amplia gama de instrumentos, mecanismos e instituciones que permiten hacer efectivos los derechos fundamentales, dentro de los cuales la resistencia, la organización social o la autotutela de derechos parecieran no tener cabida.

Hoy en día, el hecho de que los Estados constitucionales democráticos de Derecho, cuenten con una multiplicidad de mecanismos de limitación al poder –sobre todo el reconocimiento de los derechos y sus correspondientes garantías que en efecto, han permitido avanzar hacia sociedades más “democráticas”– ha permitido que se instaure la idea de que es *imposible* que en sociedades como las nuestras existan abusos de poder, situaciones de opresión o privilegio. Todo ello a pesar de que en muchas regiones de América Latina y México aún reinan la desigualdad y la pobreza y las violaciones sistemáticas a los derechos son padecidas por una parte importante de la población⁴⁸.

A pesar de los innegables progresos en materia de derechos, las condiciones de vida de millones de personas nos empujan a cuestionar la efectividad de los mismos.

46 GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en casos de carencia extrema” en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

47 *Ídem.*

48 Sobre algunos casos emblemáticos de violaciones específicas a los derechos humanos y fundamentales en México véase Coordinación alemana por los derechos humanos en México, *Violaciones de Derechos Humanos en los Estados de Chiapas, Oaxaca y Guerrero*, Stuttgart, Alemania, septiembre 2009.

Todavía hoy, en la “era de los derechos”, este panorama pareciera remitirnos a épocas pasadas, sobre todo cuando se trata de sectores de la población que han sufrido con mucho más fuerza la discriminación histórica en el acceso a los derechos, como es el caso de los pueblos indígenas o de las mujeres. Sin duda la complejidad de los Estados constitucionales democráticos contemporáneos ha traído consigo avances significativos como lo es la continua conquista de nuevos derechos, la creación de nuevas garantías, la existencia y renovación de diversas formas de participación social y ciudadana, de sistemas de frenos y contrapesos del poder o la creación de instrumentos en provecho de las personas en situación de mayor vulnerabilidad, etc. Todos estos mecanismos *jurídicos* han puesto en tela de juicio a la organización social y a la resistencia como una posible salida que pueda ponerse en marcha en caso de violaciones sistemáticas a los derechos, de situaciones de opresión o discriminación, etc. Sin embargo, la realidad nos ha enseñado que en todas las sociedades, incluso en las consideradas más ‘democráticas’, aún existen abusos y concentración de poder, los derechos básicos de las personas no son protegidos o no pueden ser garantizados y en otros casos más graves, éstos continúan siendo vulnerados—incluso por los mismos agentes estatales y las y los operadores(as) jurídicos—. Frente a este panorama, en el que se niega a las personas el uso de acciones de resistencia como la movilización, la organización social, la autotutela de derechos, etc. a manera de salida y/o solución a problemáticas reales y urgentes, cabe preguntarse entonces ¿de qué otro recurso pueden hacer uso las personas, comunidades y pueblos cuando el Derecho pareciera no tener más respuestas?⁴⁹

Las múltiples experiencias muestran que, en países como el nuestro, es todavía común que las personas ejerciten el derecho de resistencia sean consideradas como criminales⁵⁰ merecedoras de sanciones penales⁵¹ por lo que resulta evidente que los poderes públicos no admitirán con facilidad que éste derecho pueda considerarse como una *colaboración* hacia con el Estado y en defensa de la legalidad. Sin embargo, es necesario recordar que a pesar de los múltiples debates en torno a esta cuestión, también existen múltiples casos en los que la resistencia ha sido reconocida jurídicamente como un derecho fundamental en diversas latitudes y épocas, como un instrumento que colabora con los fines del Estado. Y como es bien sabido, en regiones como América latina, el

49 Sobre este tipo de cuestionamientos ver TOMUSCHAT, Christian, “El derecho a la resistencia y los derechos humanos”, en EIDE, Asbjorn, *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos. Trabajos debatidos en la reunión de expertos dedicada al análisis de los fundamentos y formas de la acción individual y colectiva de oposición a las violaciones de los derechos humanos (Freetown Sierra Leona 3 al 7 de marzo de 1981)*, París, Serbal-UNESCO, 1984, p.15.

50 *Vid.* Fundación para el debido proceso legal, Centro Derechos Humanos de la Montaña Tlachinolllan *et al.*, *Criminalización de los defensores de derechos humanos y de la protesta social en México*, Área de acceso igualitario a la justicia-Mc Arthur Foundation, pp. 11 y ss.

51 *Ibid.*, p. 16.

ejercicio de este derecho –incluso de forma extra legal–, sigue siendo una vía para dar salida a la diversidad de problemáticas sociales derivadas del incumplimiento y la violación de derechos cuando los mecanismos existentes no son adecuados. Lo cual nos obliga a preguntarnos cuál es el papel de la resistencia al interior de los Estados constitucionales democráticos de Derecho.

Como hemos podido ver a lo largo de nuestras reflexiones, podemos decir que la naturaleza jurídica del derecho de resistencia es la reivindicación y efectividad de los derechos fundamentales. De esta forma, cuando se ponen en marcha acciones de resistencia contra los incumplimientos o violaciones a los derechos fundamentales, queda claro que las personas que *resisten* están simplemente intentando *restablecer el orden jurídico que está siendo vulnerado*, en muchas ocasiones, por los propios agentes del Estado.

Así, como lo ha señalado Eide, al ser los derechos fundamentales el “criterio para el ejercicio legítimo del poder”, su violación o la denegación de su ejercicio “constituye un abuso de poder o una carencia del mismo, lo que autoriza la resistencia o la oposición orientadas a restablecer la plena vigencia de los derechos humanos”⁵². Por ello, podemos decir que, más allá de desafiar el orden jurídico, quienes ejercitan el derecho de resistencia lo están *defendiendo*, al intentar resarcir violaciones o hacer efectivos los derechos fundamentales que les han sido reconocidos y que son ‘protegidos’ por el Derecho y los cuales constituyen el origen, fundamento y límite del Estado constitucional democrático de Derecho.⁵³ En este sentido, a pesar de los debates al respecto, parecería que la resistencia no sólo tiene cabida en los Estados constitucionales de Derecho, sino que, aún más, constituye un *instrumento necesario* al interior de los mismos, una *garantía jurídica legítima y necesaria*.

3.2.- El derecho de resistencia como garantía de la efectividad de los derechos humanos y fundamentales

Las reflexiones que hemos vertido hasta aquí nos permiten comprender con mayor facilidad por qué aquellas personas que padecen diariamente de hambre, que no cuentan con un techo para cubrirse del frío, que no tienen ningún medio para tratar enfermedades curables o que deben beber y utilizar diariamente agua contaminada (por citar algunas de las problemáticas cotidianas más graves en países de América latina), se encuentran en *derecho de exigir por cualquier medio* que el Estado proteja sus derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda digna, a la salud, al agua, etc. puesto que éstos les han sido reconocidos jurídicamente. En América latina y en México, los innumerables ejemplos

52 EIDE, Asbjorn, “Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos”, en EIDE, Asbjorn, *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos... op. cit supra.*, p. 45.

53 *Vid.* DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1984, pp. 279 y ss.

de movimientos sociales, las nuevas formas de organización, la autotutela de derechos y las múltiples estrategias de supervivencia cotidiana, son una muestra de que la resistencia es una actividad recurrente, *cotidiana* que se utiliza como garantía de los derechos y, en la mayoría de los casos, constituye el *único mecanismo* al alcance de las personas para asegurar el cumplimiento y la efectividad de sus derechos. Esto sobre todo cuando el resto de los mecanismos jurídicos existentes no son adecuados para alcanzar este fin⁵⁴ o cuando no existe ningún instrumento jurídico adaptado para reparar las violaciones (reales y potenciales) a los derechos humanos y fundamentales⁵⁵. Frente a esta realidad, consideramos que es el propio Derecho —así como las y los operadores(as) jurídicos y las instituciones— el que, en ciertos casos, puede generar la *necesidad*, e incluso la *obligación* o *deber* de las personas, comunidades y pueblos de encontrar mecanismos o soluciones que parecieran “alternativos(as)” a los “convencionales” para poder hacer efectivos sus derechos, resolver problemáticas que atentan o atentarán contra los mismos e incluso para sobrevivir cuando se trata de violaciones sistemáticas a derechos que tutelan necesidades vitales como la alimentación el agua, la salud o la vivienda o aquellas que ponen directamente en riesgo la vida de las personas.

Así, podemos ver que el ejercicio del derecho de resistencia, sobre todo en los casos de supervivencia cotidiana, funciona como un mecanismo que *colabora* a la democratización de los Estados ya que las personas, comunidades y pueblos que se organizan para hacer efectivos sus derechos están utilizando la resistencia para, de cierta forma ‘cumplir’, con el *deber*⁵⁶ y la *co-responsabilidad* que tienen con el Estado para asegurar la protección de sus derechos⁵⁷. Por tanto, partiendo de este postulado, el ejercicio del dere-

54 En el caso mexicano, nos referimos esencialmente, al Juicio de Amparo (el cual constituye el mecanismo por excelencia que permite reclamar la protección ante las violaciones de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano), a las reclamaciones ante las Comisiones de derechos humanos nacional y estatales, a los mecanismos previstos por las leyes federales y locales en materia de derechos, o a la posibilidad de acudir a una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

55 Este es un problema generalizado en México en materia de derechos, sobre todo cuando se trata de violaciones a los derechos sociales, los cuales, a pesar de ser derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales, presentan aún grandes dificultades y obstáculos teóricos y prácticos para su justiciabilidad y efectividad.

56 Al respecto la doctrina alemana también considera que “si el poder público lesiona los derechos fundamentales de manera anticonstitucional, la resistencia es el *derecho* y la *obligación* de cada uno”. NAWIASKY, Hans, *Teoría general del derecho*, Madrid, Ediciones Rialp, 1962, p. 169. (Las cursivas son nuestras).

57 Surgen aquí preguntas interesantes como: ¿debe otorgarse exclusivamente al Estado la facultad de aplicar el Derecho, los derechos? ¿o tiene la población el derecho y el *deber* de salvaguardar sus derechos para salvaguardar la legalidad? En este sentido, los teóricos que consideran que el Estado no sólo se refiere al gobierno y sus diversos organismos, sino que abarca a la comunidad organizada en su

cho de resistencia en sus múltiples manifestaciones “debe verse, no como un incómodo elemento de desestabilización, sino por el contrario, como un irrevocable e indispensable mecanismo de *defensa* y actualización de una Constitución democrática”⁵⁸. Nos interesa resaltar este carácter de *defensa* de la Constitución, de los derechos fundamentales y del orden jurídico mismo, ya que nos permite hacer una afirmación para rebatir las posturas que se desaprueban el reconocimiento de la existencia de este derecho en la actualidad. Dicha particularidad de *defensa* es la que, a nuestro juicio, puede dotar de juridicidad a la resistencia, colocándole como un mecanismo que no se opone al Derecho, sino que, por el contrario, lo reivindica (a excepción, claro está, de los casos de regímenes autoritarios en los que el Derecho no contiene aspiraciones con tendencia a la búsqueda y protección generalizada de la dignidad humana). Por ello, incluso en los casos en los que la resistencia no constituya un derecho fundamental consagrado como tal en los ordenamientos jurídicos, consideramos que, por su importancia, ésta debe ser reconocida como un derecho inalienable de las personas con plena vigencia en los Estados constitucionales democráticos de Derecho contemporáneos.

Para reforzar lo anterior, resultan interesantes las reflexiones que hace Nicola Matteucci al respecto, quien en este mismo sentido advierte que la resistencia no va en contra del sistema jurídico sino que “se trata más bien de una reacción que de una acción, de una defensa que de una ofensa, de una oposición más que de una revolución”⁵⁹.

Sobre este aspecto, resulta interesante señalar que existen teorías que consideran que el derecho de resistencia, al ser una garantía que opera para defender derechos, cuenta con una diversidad de manifestaciones al interior del sistema jurídico, por lo que aún cuando no se encuentre regulado explícitamente como un derecho en la Constitución u orden jurídico de un Estado, este derecho se encuentra contenido en el Derecho a través de acciones como el *habeas corpus* (que en el caso de México podríamos extender al juicio de amparo), los recursos que impugnan la inconstitucionalidad de las leyes o actos (llamadas en México acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales) o cualquier otra forma de defensa de derechos (como podrían ser las Comisiones de DDHH, etc.). Ello debido a que todos estos mecanismos jurídicos tienen como fin primordial

totalidad, plantean que la responsabilidad de materializar los derechos fundamentales atañe a *cada uno de los miembros* de dicho Estado, por lo que la autotutela de los derechos a través de la resistencia sería prioritariamente un *deber* más que un derecho. Para ahondar sobre este tipo de reflexiones véase KERN, Fritz, *Derechos del rey y derechos del pueblo*, Madrid, Ediciones Rialp, 1955, pp. 140 y ss. y EIDE, Asbjorn, “Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos”, en EIDE, Asbjorn, *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos...op. cit.*, pp. 52 y ss.

58 PISARELLO, Gerardo, Los derechos fundamentales: una introducción...op. cit.(Las cursivas son nuestras).

59 MATTEUCCI, Nicola, Voz “Resistencia” en BOBBIO, Norberto (dir.) et al., *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1981, p. 1399 y ss.

restituir las violaciones de derechos fundamentales y justamente defender derechos⁶⁰. En este mismo sentido, otras teorías conciben a la resistencia “como una forma de garantía constitucional no jurisdiccional”⁶¹.

En nuestro caso, como ya lo hemos expuesto, compartimos la postura que considera al derecho (y deber) de resistencia como una garantía social que opera como mecanismo de defensa y efectividad de derechos, y en consecuencia, de la Constitución⁶² y del Derecho mismo. Por lo que esta garantía entrará en juego en el momento en que el resto de mecanismos jurídicos análogos han dejado de ser útiles y efectivos para proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales. Por tanto, consideramos que algunas de las diversas manifestaciones del derecho de resistencia que se encuentran en muchos casos reguladas y reconocidas por el Derecho son, entre otros, los ejemplos del derecho de manifestación, el derecho de asociación, el derecho de expresión, el derecho de huelga o el derecho a la objeción de conciencia, etc., los cuales se ejercen para reivindicar a su vez otros derechos. A lo anterior habría que agregar que también existen otro tipo de manifestaciones del derecho de resistencia que en ocasiones no se encuentran reconocidas en los ordenamientos jurídicos (o incluso en algunos países son consideradas delitos o acciones que atentan contra el Derecho) y sin embargo constituyen prácticas usuales e incluso cotidianas de defensa de derechos. Sin pretender agotarlas todas, podemos citar acciones de resistencia como: la autotutela de derechos, los plantones, las ocupaciones, las huelgas de hambre, los boicots comerciales, los movimientos de no colaboración, la desobediencia civil, la creación y utilización de tribunales populares y sociales, las jornadas de trabajo lento o la creación de instituciones paralelas⁶³.

Las reflexiones que hemos venido esbozando hasta aquí nos permiten comprender en qué medida las personas que ejercitan este derecho están poniendo en marcha mecanismos de *supervivencia* a través de los cuales puedan acceder a las necesidades, recursos e intereses tutelados por el resto de los derechos fundamentales –sobre todo cuando se trata de aquellos derechos que tutelan necesidades vitales y básicas–. Y es precisamente este impulso a la conservación y reproducción de la vida, esta búsqueda de la supervi-

60 Vid. PEIRANO, Jorge, *El derecho de resistencia*, Montevideo, Talleres gráficos, 1945.

61 CATALANO, Pierangelo, “Un concepto olvidado « poder negativo»“, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Tomo LXXX, segunda época, n° 3, marzo 1980, p. 244.

62 Sobre el debate en torno a la resistencia como instrumento de defensa de la Constitución puede verse ALEGRE, Marcelo, “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho...op. cit. supra*, p. 65.

63 Para tener un panorama más amplio sobre las diversas clasificaciones y manifestaciones del derecho de resistencia puede verse: RANDLE, Michael, *Resistencia civil. La ciudadanía ante las arbitrariedades de los gobiernos*, Barcelona, Paidós, Colección Estado y Sociedad n° 48, 1998, pp. 25 y ss.; GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho...op. cit., supra*, p. 42 y ss., y RIVERA, Aline, *La resistencia a la opresión: un derecho fundamental*, op. cit. supra, p. 52 y ss.

vencia, lo que da fundamento al derecho de resistencia. Esto es, el derecho a la vida que conlleva en sí mismo el derecho de resistencia de las personas, grupos y pueblos, cuando su propia existencia es puesta en peligro⁶⁴.

En términos de Hobbes, dicha cuestión de *conservación de la vida humana* (como base de la relación opresión-resistencia)⁶⁵ o de *supervivencia*, constituye una respuesta casi podríamos decir “lógica” a una opresión, agresión o vulneración externa. De este modo, las personas *se resisten instintivamente* para defender su vida (o para sobrevivir) cuando está siendo violentada, o puesta en peligro. Este acto de supervivencia se encuentra cristalizado en el derecho de resistencia, que se puede decir, procede de ese *impulso natural* que tiende a la propia preservación⁶⁶. Por tanto, el ejercicio del derecho a la resistencia se basa simplemente en la vida⁶⁷, en la supervivencia. Por ello resulta más fácil comprender por qué, los derechos fundamentales –en su relación interdependiente e indivisible⁶⁸– al intentar regular la diversidad de los aspectos de la misma, constituyen su objeto central.

64 SALAMANCA, Antonio, *El derecho a la revolución. Insumaterialismo para una política crítica*, San Luís Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luís Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luís Potosí, 2006, p. 8. Debido a la complejidad que representa esta problemática y al intenso debate en torno a la definición de lo que puede o no ser ‘vital’ para una persona, en este artículo no podremos profundizar en el tema. Sobre este tema ver también DUSSEL, Enrique, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI editores, 2006. y RIVERA MALDONADO, Aline, *Des besoins comme fondement des droits. L’effectivité des droits sociaux dans la lutte contre la pauvreté et l’exclusion*, Antoine Jemaud (dir.), Lyon, Tesis de maestría no publicada, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Lumière Lyon II, Francia, 2007-2008, 111 pp.

65 Vid. RIALS, Stéphan, *Oppressions et résistances*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

66 Al respecto ver a GROTTIO, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, citado por ISRAËL, Nicolas, *Généalogie du droit moderne. L’état de nécessité*, Paris, Payot, 2006, p. 117.

67 Vid. OLSEN, Frances, “Legitimidad, pobreza y resistencia” en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho... op. cit. supra*, p. 124.

68 Estos dos principios suponen que todos los derechos poseen la misma jerarquía y, a su vez, constituyen un conjunto indivisible, es decir, un todo. En materia de protección y efectividad de derechos, dichos principios se vuelven primordiales debido a que implicarían en la práctica “la necesidad de definir, de interpretar y de hacer respetar los derechos de diferentes categorías simultáneamente...lo cual supone un acuerdo teórico global sobre la igual importancia de las diferentes categorías de derechos.” MEYER-BISCH, Patrice, *Le corps des droits de l’Homme. L’indivisibilité comme principe d’interprétation et de mise en oeuvre des droits de l’Homme*, Fribourg, Éd. Universitaires de Fribourg Suisse, 1992, pp. 75 y 109 (Traducción libre del francés). Cuando se trata de violaciones a derechos estos principios se hacen notar con mayor evidencia debido a que la violación a un derecho puede suponer la consecuente vulneración de otro u otros derechos. Un ejemplo al respecto podría ser el caso de las innumerables Comunidades que se ven en la necesidad de beber y utilizar agua contaminada para la subsistencia cotidiana, lo cual además de violar sistemáticamente el derecho humano al agua y el derecho a un medio ambiente sano, provoca a su vez violaciones al derecho a la salud y a la alimentación de las personas; por sólo mencionar los derechos afectados directamente.

En el mismo sentido podríamos hacer una analogía del derecho de resistencia con el derecho a la legítima defensa, reconocido por la mayoría de los sistemas jurídicos como una *garantía extraordinaria* por medio de la cual toda persona puede actuar legítimamente por sí misma –incluso de forma violenta– en legítima defensa de su vida, de su persona, de sus bienes o de sus derechos cuando éstos se vean agredidos o amenazados. Esta analogía nos permite visualizar cómo el derecho de resistencia ha funcionado históricamente como una *respuesta natural* de defensa por parte de las personas, comunidades y/o pueblos ante las agresiones, el incumplimiento y las violaciones a sus derechos; ante la pobreza, la desigualdad, la discriminación y la opresión.

Ahora bien, al encontrarnos ante esta particularidad de la resistencia que se presenta como un impulso, como la lucha cotidiana por la supervivencia, como una reivindicación de la vida misma, cabe preguntarnos: cuáles podrían ser los límites de un derecho de esta naturaleza, cómo podríamos definirlos, si por un lado, en la mayoría de las ocasiones el Derecho y el Estado intentan mantenerse al margen⁶⁹ (sin aportar respuestas) y permanecer sólo como espectadores de la lucha social y de las múltiples estrategias de la gente para sobrevivir y, por otro lado, cómo podríamos restringir o negar este *derecho a subsistir* de la gente que no tiene más salidas; cómo imaginar un límite de acción de la resistencia que emprenden cotidianamente millones de personas para sobrevivir frente a la pobreza, la discriminación, la exclusión, el hambre, la sed o la enfermedad.

En efecto, la tarea de intentar establecer límites a un derecho que tiende a la supervivencia, a la búsqueda de la dignidad y a la reivindicación misma del Derecho como un instrumento con potencial emancipador, resulta bastante complicada para la teoría y, aún más, para la praxis jurídica. Ello no sólo porque frente a ciertos casos de resistencia, el Derecho se evidencia como ineficaz y desprovisto de respuestas sino porque, de igual forma, (como en todos los casos de conflictividad entre derechos fundamentales), éste se ve en la necesidad de asegurar soluciones viables para *todas* las personas que participan de dicho conflicto; en el tema que nos atañe, se trata de respuestas para las y los terceros que, en determinados casos, podrían verse afectados(as) por las acciones de resistencia. Por su complejidad en sí mismo, el tema relativo a los conflictos entre derechos fundamentales presenta profundas dificultades, por lo que constituye a su vez uno de los debates más sensibles en torno al derecho de resistencia.

⁶⁹ Es necesario hacer notar que el hecho de poner el duda el papel, y la existencia misma, del derecho de resistencia al interior de los Estados constitucionales de Derecho, puede complicar aún más la labor de definición de sus límites ya que, generalmente, son los propios ordenamientos jurídicos los que, al reconocer expresamente un derecho, desarrollan su contenido y alcances; por lo que vemos aquí una vez la necesidad del reconocimiento de la resistencia como derecho al interior de dichos Estados, con el fin de contar con mayores herramientas y mecanismos que nos permitan comprender, definir y delimitar su papel y la forma en la que esta opera al interior de un ordenamiento jurídico.

Frente a ello, nos encontramos de igual forma ante la importancia de identificar y de establecer ciertas bases que permitan determinar cuáles podrían ser los límites del derecho resistencia. Consideramos que el interés de esta delimitación reside, por un lado, en la posibilidad de que a través de la identificación de ciertos márgenes de la resistencia podremos aportar mayores elementos para otorgarle un estatus jurídico que a su vez le confiera mayor legitimidad al interior de los Estados constitucionales democráticos contemporáneos. Ello a su vez, traería como consecuencia, que las personas que ejercitan la resistencia como una forma cotidiana de supervivencia y de reivindicación de derechos, dejen de ser consideradas como criminales⁷⁰, como opositoras al Derecho o como quebrantadoras de la ley. En consecuencia, esto permitiría reducir los abusos y el desconocimiento de las personas que resisten deben hacer frente cuando las y los operadores(as) jurídicos(as) intervienen y toman decisiones en casos de conflictividad entre el derecho de resistencia y otros derechos fundamentales.

Así, frente a este complejo panorama, nuestra pregunta sigue vigente: cuáles podrían ser los límites de ese impulso de supervivencia, de esa búsqueda de la dignidad y de lucha por los derechos que reivindica el derecho de resistencia. Pues bien, la respuesta, por más simple que pudiera parecer, nos remite una vez más a los propios derechos fundamentales, que por constituir el fundamento y objeto último del derecho de resistencia, se erigen de igual manera como sus límites.

Resulta lógico afirmar que al ser los derechos fundamentales la principal reivindicación de las personas que resisten y se organizan, en consecuencia, éstas se encuentran obligadas a observar el cumplimiento de los mismos al ejercer el derecho de resistencia en sus diversas manifestaciones. Es decir, que quienes opten por utilizar a la resistencia como medio de defensa y reivindicación de sus derechos, deberán “respetar, a su vez, las disposiciones del sistema de dichos derechos”⁷¹.

70 Como lo hemos venido señalando, aunque las y los operadores(as) jurídicos(as) en muchos casos prefieren mantenerse al margen de los conflictos jurídicos derivados de las acciones de resistencia, la autotutela y la reivindicación social de derechos; también es común encontrar casos en los que, debido a la presión y movilización social, este tipo de problemáticas han trascendido al ámbito jurídico por lo que traen consigo conflictos entre el derecho de resistencia y otros derechos. Sin embargo, en países como México, la lucha, la organización y la protesta social son, en la mayoría de los casos, descalificadas desde el Derecho y las instituciones estatales y aún más, criminalizadas, en múltiples ocasiones sin una justificación argumentada y basada en los principios del Derecho y la complejidad de las normas nacionales e internacionales en materia de derechos. *Vid.* Fundación para el debido proceso legal, Centro Derechos Humanos de la Montaña *Tlachinollan et al.*, *Criminalización de los defensores de derechos humanos y de la protesta social en México*, *op. cit. supra* y ALEGRE, Marcelo, “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, *op. cit. supra*.

71 EIDE, Asbjorn, “Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos”, *....op. cit. supra*, p. 64.

Ahora bien, como ya lo hemos apuntado, resulta evidente que en situaciones reales, el ejercicio de este derecho, como ocurre con el conjunto de derechos fundamentales, puede entrar en conflicto con el ejercicio o disfrute de otro u otros derechos. Por lo cual, al hacer estas afirmaciones desde la teoría, necesitamos acudir a las herramientas jurídicas que nos permitan resolver en la práctica los casos en los que exista este tipo de conflictos. Lo anterior no significa, por supuesto, que podremos establecer una “formula mágica” exhaustiva que permita determinar los límites al ejercicio de cada derecho y así resolver idénticamente los múltiples casos de conflictividad. Está claro que no existe una norma universal que obligue a los poderes públicos a otorgar preeminencia a un derecho fundamental sobre otro, ello entraría a su vez en contradicción con los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Sin embargo, existen diversos principios de Derecho (como el *pro homine*, *pro debilis*, el principio de no discriminación, etc.) que deben entrar en juego a la hora de resolver conflictos entre derechos para proveer a las y los operadores(as) jurídicos(as) de fundamentos que permitan realizar esta tarea con menor discrecionalidad y una mayor argumentación jurídica fundada y motivada.

Debido a la naturaleza de este trabajo, no nos será posible profundizar en la teoría de los límites de los derechos fundamentales ni en el conjunto de principios que podrían ser utilizados para resolver los conflictos de derechos, por ello, para intentar dar salida a nuestra interrogante en torno a los derechos fundamentales como límites de la resistencia, sólo echaremos mano del *principio de proporcionalidad*, el cual, además de ser un instrumento al que la teoría jurídica contemporánea ha dedicado bastante reflexión, constituye a su vez una herramienta que es empleada, cada vez con mayor frecuencia, por las y los operadores(as) jurídicos(as) en diversas latitudes para fundar las argumentaciones que resuelven casos de conflictividad de derechos, e incluso, “para servir de parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez [o jueza]”⁷².

La noción de *proporcionalidad* se ha utilizado para dirimir conflictos de derechos debido a que la preeminencia de un derecho implicará, inevitablemente, la reducción del campo de aplicación del otro, por lo cual este principio ha fungido como parámetro para determinar los límites a dicha restricción en el ejercicio de derechos. Así, es a través de este principio que las y los jueces(zas), las y los legisladores(as) y otros (as) operadores(as) jurídicos(as) han construido mayores argumentos para determinar si esa reducción o limitación es proporcionada y realizar una interpretación jurídica que vaya más acorde con los principios del Estado constitucional democrático.

En resumen, podemos decir que el principio de proporcionalidad se compone a su vez de tres elementos que deben ser tomados en cuenta en el momento de su aplica-

72 VIDAL, Camino, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, en *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*/2005, p. 430. (Texto disponible en la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-UNAM: www.juridicas.una.mx).

ción⁷³, estos son: La idoneidad, la necesidad o indispensabilidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La *idoneidad* implica elegir los medios adecuados para llegar al fin perseguido (que a su vez debe ser legítimo). En el tema que nos ocupa, se estaría ponderando el uso del derecho de resistencia como *medio idóneo* para poder conseguir el fin legítimo perseguido, que es la reivindicación, protección y efectividad del resto de los derechos fundamentales. En este sentido, consideramos que en caso de conflictividad de derechos, el o la juez(a) podría concederle legitimidad a las acciones de resistencia emprendidas en los casos en que la violación (real o potencial) o el incumplimiento de un derecho no pueda ser reparado(a) por otros medios o a través de otras garantías jurídicas (como el Juicio de Amparo); de lo contrario, al no reconocer la idoneidad de la resistencia como una garantía más de los derechos fundamentales, se estaría dejando en *total estado de indefensión* a las y los afectados(as) que intentan proteger sus derechos y hacer válida la legalidad.

El segundo elemento del principio de proporcionalidad, íntimamente relacionado con el primero, se refiere a la *necesidad* o también llamada *indispensabilidad* de la utilización de los medios elegidos para la consecución del fin legítimo perseguido. En lo que se refiere a la resistencia, en caso de conflictividad con otros derechos el o la juez(a) deberá valorar si el ejercicio de este derecho era estrictamente necesario para poder reparar o prevenir violaciones a otros derechos, al no existir otra “alternativa” que en ocasiones pueda presentarse como “*menos perjudicial* [para las y los terceros(as) y conlleve a]...los mismos resultados”⁷⁴. Como ya lo hemos repetido a lo largo de este estudio, en innumerables casos de precariedad, pobreza, discriminación, privación sistemática de derechos, incumplimiento de los mismos o ineficacia de las garantías existentes para reparar violaciones, la resistencia se dibuja como la única medida posible para acceder a los satisfactores, recursos o bienes tutelados por los derechos e incluso para salvaguardar la vida o permitir la supervivencia de las personas que resisten. Por lo que el y la juez(a) deberá tomar en cuenta este tipo de situaciones para poder resolver conflictos entre el derecho de resistencia y otros derechos.

Así, como lo hemos podido comprobar, los ejemplos reales que hemos visto como la perforación clandestina de pozos para satisfacer el derecho al agua de comunidades que no tienen otra forma de acceder al vital recurso, la ocupación de viviendas y terrenos vacíos por personas que no tienen dónde resguardarse ni cómo reivindicar su derecho a la vivienda o el cierre de vías públicas para manifestarse en contra de la violación fáctica o

73 Al respecto véase “Contenido y alcance del principio de proporcionalidad” en la sentencia n° C-022/96 de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993 de Colombia, Exp. D-1008, Santa fe de Bogotá, 23 de enero de 1996. El texto completo de dicha sentencia puede ser consultado en: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC022_96.HTM Véase también SÁNCHEZ, Rubén (coord.), *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

74 *Ibid.*, p. 46.

potencial de derechos como igualdad o la participación; estarían plenamente justificadas debido a que las afectaciones que la resistencia pudiera infringir a otros derechos o a los derechos de terceros(as), en ocasiones se presentan como menos graves que las violaciones (reales potenciales) que estas personas podían sufrir a sus derechos a la vida, a un nivel de vida adecuado, al agua, a la salud o a la vivienda, en caso de no poder resistirse contra ellas.

Finalmente, el tercer elemento de este principio es la proporcionalidad en *stricto sensu* que debe existir entre los medios elegidos y el fin perseguido, tomando en cuenta los perjuicios o menoscabos que el ejercicio de un derecho pueda infringir al resto de los derechos. Lo anterior implicaría que las acciones de resistencia a través de las cuales se pretende reivindicar otros derechos fundamentales, a su vez no deben sacrificar o vulnerar otros derechos, valores, intereses o principios que sean considerados más importantes al interior de una comunidad política; en el caso de que se trate de derechos con estatus similares, la afectación causada por el ejercicio de uno, no debe ser más grave que aquella que se pretende reivindicar. Para comprender mejor este elemento, resulta útil acudir una vez más al ejemplo que mencionamos sobre el movimiento de resistencia contra del proyecto hidroeléctrico “La Parota” en el sur de México. Si esta presa se construyera, se provocaría el desplazamiento de 25,000 personas y la violación sistemática de sus derechos fundamentales a la vida, al agua, a la tierra, al territorio, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, al desarrollo, al medio ambiente sano, a la autonomía, a la libre determinación, a la participación y a la vida comunitaria, por mencionar los derechos más evidentes que han sido reivindicados por las personas en resistencia. Por tanto, frente a esta situación de graves violaciones potenciales, el ejercicio del derecho de resistencia a través del cierre de vías públicas, marchas, plantones, entre otras, está plenamente justificado –y hasta podríamos decir que ocasiona un daño mínimo en comparación con las graves violaciones en potencia que representa dicho proyecto– ya que, además de ello, en muchas ocasiones estas acciones han constituido los únicos medios al alcance de las comunidades para defender sus derechos, después de haber utilizado y agotado los instrumentos jurídicos existentes (recursos administrativos, amparos, quejas ante comisiones de derechos humanos).

Con base en estas consideraciones, resulta más claro entender cuál es la utilidad del principio de proporcionalidad cuando se trata de resolver conflictos entre el ejercicio del derecho de resistencia y otros derechos, ya que “es la gravedad de las violaciones lo que determina la amplitud de la resistencia”⁷⁵, así que, al intentar establecer un marco sobre sus límites podríamos decir que la resistencia no debe provocar violaciones de los derechos fundamentales más graves aún que aquellas contra las cuales lucha. En este sentido, resultaría ilógico e infundado que frente a violaciones que pudieran no ser consideradas

75 EIDE, Asbjorn, “Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 65.

graves, se organizaran movimientos de resistencia que a su vez ocasionen violaciones más serias que las pretenden remediar.

Por ende, consideramos que cuando se trate de dirimir cuestiones relativas al derecho de resistencia, los operadores jurídicos deben atender al principio de proporcionalidad y aplicarlo a los casos específicos, atendiendo, en primer lugar, a todos los aspectos que fueron determinantes en el uso de la resistencia y en segundo lugar, dejando atrás la limitada postura que tiende a considerar *a priori* a los movimientos y personas que ejercitan este derecho como criminales, opositores al régimen o infractores de la ley y evitar que sean castigados por defender los valores, principios y necesidades que por su importancia el propio Estado constitucional ha consagrado como derechos.

Además de lo anterior, debemos hacer un paréntesis para enfatizar que, cuando se trata de conflictos de derechos que entrañan circunstancias de mayor gravedad o urgencia, como en los casos de situaciones que ponen en peligro la vida o la supervivencia de las personas, como en el caso de las situaciones de pobreza extrema, existen también otros lineamientos y principios (sobre todo en el ámbito internacional) que, por su importancia, han otorgado *a priori* mayor peso a ciertos derechos fundamentales sobre otros.

Por ejemplo, en materia de pobreza, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) ha enfatizado que para combatir esta situación, resulta *indispensable* garantizar, sobre el resto de los derechos, al menos el *derecho a un nivel de vida adecuado* (contenido en el artículo 11 del PIDESC) el cual comprende a su vez los derechos a la alimentación, al vestido y a la vivienda adecuados, así como el derecho a una mejora continua de las condiciones de existencia y los derechos al desarrollo y a la participación. En este mismo sentido, la relatora especial de la ONU en materia de pobreza, Anne-Marie Lizin, considera que, para el verdadero combate a la pobreza, además de los derechos mencionados, resulta *crucial* garantizar la plena efectividad del derecho a la vida (consagrado en el artículo 6 del PIDCP), el derecho a la salud (art. 12 del PIDESC) y el derecho a la educación (art. 13 del PIDESC)⁷⁶.

Desde nuestro punto de vista, a través de la resistencia, la autotutela y la auto-organización para el ejercicio de todos estos derechos, millones de personas en América Latina y México han logrado sobrevivir frente a la precariedad, la discriminación y la pobreza; por lo cual y para cerrar este paréntesis, consideramos cuando se trate de conflictos de derechos que puedan vulnerar los derechos antes mencionados, las y los operadores(as) jurídicos(as) deberán privilegiar estos derechos que tutelan la vida y la dignidad humana.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y para finalizar el presente artículo, debemos decir que, a pesar de los diversos obstáculos y desacuerdos sobre la importancia y el papel de la resistencia al interior de los Estados constitucionales contemporáneos, existen

⁷⁶ Ambos pactos de derechos forman parte del ordenamiento jurídico mexicano en virtud de que fueron ratificados por el Senado desde 1980; por lo cual al ser vinculatorios, generan obligaciones específicas para el Estado mexicano.

diversos países en los cuales, una vez sobrepasados los debates, el derecho de resistencia ha sido consagrado como tal, como es el caso de las Constituciones alemana, argentina, cubana, francesa, hondureña, paraguaya, peruana y portuguesa.

Esta institucionalización del derecho de resistencia, constituye, en palabras de Peces Barba, “uno de los signos de profundización de la democracia”⁷⁷ a lo cual se suman los razonamientos de Bobbio que afirman que la constitucionalización de este derecho permitió el paso de los Estados ‘autocráticos’ a los Estados ‘democráticos’⁷⁸. A estas reflexiones quisiéramos agregar por un lado que, el hecho de que la resistencia forme parte de la Constitución “no supone la desaparición de la resistencia legítima no institucionalizada”⁷⁹ ni tampoco que *todas* sus manifestaciones y particularidades deberán ser agotadas, reguladas o restringidas por la ley, ya que esto iría en contra de la propia naturaleza de la resistencia y de la movilización social; en segundo lugar debemos señalar que, el debate en torno al derecho de resistencia y su papel en la actualidad no reside forzosamente en su constitucionalización, sino en su simple reconocimiento como una garantía, a veces *extrajurídica*, que entraña una gran importancia al interior de todo Estado constitucional para acceder a satisfactores de necesidades básicas y vitales y que por tanto constituye un *derecho a la supervivencia* que no puede ser negado a los millones de personas que, por momentos, parecieran ser invisibles para el Derecho. Ello demuestra la urgencia de que el Derecho atienda y responda a la diversidad de realidades y problemáticas sociales permitiendo a las personas contribuir desde sus propias luchas y espacios a la construcción de un Derecho más inclusivo y emancipador⁸⁰, sobre todo cuando se trata de la *lucha por la subsistencia* y de aquella resistencia a través de la cual las personas, comunidades y pueblos se organizan día a día para defender su vida y sus derechos.

77 PECES BARBA, Gregorio, “desobediencia civil y objeción de conciencia” en *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 377.

78 BOBBIO, Norberto, *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 47.

79 UGARTEMENDIA, Juan, *La Desobediencia Civil en el Estado Constitucional Democrático*, op. cit., pp. 119 y ss.

80 *Vid.* SANTOS, Boaventura de Sousa, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Madrid, Sequitur, 1999.

EL PLURALISMO JURÍDICO: UNA PROPUESTA PARADIGMÁTICA PARA REPENSAR EL DERECHO

E. Liliana López López

1.- Nota introductoria

Múltiples y muy sugerentes expresiones jurídicas nacen y transcurren, se desarrollan y se transforman diariamente. Algunas apropiándose creativamente de modificaciones originadas en el derecho estatal. Otras creando reglas y procedimientos de forma totalmente paralela al Estado, aunque abrevando y al mismo tiempo transformando de forma importante el derecho creado por éste. Unas más, hacen uso de las instituciones legislativas de los Estados para, a través de ellas, filtrar y aprobar leyes que se han gestado y acordado allende sus fronteras. Y todo ello ocurre todavía frente a la aparente ceguera de muchos operadores y estudiosos del derecho. ¿Qué sucede que no pueden ver esas realidades aún cuando, en muchas ocasiones, están frente a sus ojos? ¿O si las ven, a juzgar por su desempeño profesional y su producción escrita, todo parece indicar que no lo hacen?

Considero que un motivo fundamental que contribuye a esa imposibilidad para ver expresiones polimorfos del derecho, es la concepción dominante de éste, que es el filtro primero bajo el cual observan la realidad social. Desde luego, otros factores alimentan la permanencia de esa ceguera tornándola real. Pero, sin duda, la concepción dominante del derecho ha provisto de aspectos que eclipsan una importante franja de la realidad jurídica de nuestras sociedades, haciendo que la miopía o la ceguera sobre dicha realidad sea ciertas veces involuntaria y otras, elegida.

En este artículo me propongo presentar de forma breve y sencilla, al pluralismo jurídico (PJ); delineando en trazos gruesos su propuesta y aportes, así como algunos retos que presenta. El PJ provee de herramientas analíticas para abordar el estudio del derecho que contrarrestan aspectos cegadores que ha tenido y mantenido la concepción dominante, por lo que representa una alternativa teórica que contribuye a erosionar el núcleo de ésa.

Cabe mencionar que he construido el texto pensando en los estudiantes de derecho de licenciatura. De modo que son ellos sus destinatarios naturales, si bien puede abrir líneas de debate un poco más profundas con instruidos en el tema. He pensado en un texto simple que presente una alternativa de aproximación al estudio del derecho al estudiante intelectualmente inquieto, o al que le palpita una vena crítica en su interior. Para alentarlos a no conformarse con las respuestas aplastantes que suele escuchar, todavía por desgracia al por mayor, en sus aulas, y que terminan por limar las protuberancias de su curiosidad, y a veces también, de su inconformidad, porque la o lo “convencieron”

ante la falta de una herramienta discursiva que pusiera nombre y apellido a muchas de sus intuiciones.

La exposición del artículo se divide en cinco partes. En la primera parte introduzco de forma somera los rasgos del paradigma dominante que presenta cada vez más síntomas de crisis para, en la segunda, exponer algunos eventos que son expresión de la misma. En la tercer parte presento el pluralismo jurídico, su origen y principales líneas nutrias de discusión. En la cuarta parte presento y resumo los aportes teóricos del mismo así como los presupuestos teórico epistemológicos que plantea. En la quinta y última parte concluyo defendiendo la pertinencia del pluralismo jurídico como paradigma.

2.- El paradigma dominante en el derecho

2.1.- Paradigmas en las ciencias sociales

En la famosa y ya clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas*, Tomas Kuhn introduce el concepto de *paradigma* para explicar las dinámicas de transformación del pensamiento científico. El autor construye dicho texto recurriendo sistemáticamente a eventos que han tenido lugar en el devenir de ciencias como la física, la astronomía y la química. Todas, ciencias naturales. Pero de ello no puede deducirse que el planteamiento de Kuhn sea válido exclusivamente para éstas, y concluir que la existencia de paradigmas opere sólo en las ciencias naturales, no así en las ciencias sociales. El hecho de que la configuración de paradigmas en las ciencias sociales adquiera características diferentes de las que los mismos presentan en las ciencias naturales, no significa que en ellas no haya paradigmas. El propio Kuhn en su posdata de 1969 amplió el significado del término paradigma, de modo tal que quedó claro que éste podía ser usado en referencia a las ciencias sociales. Entonces, dicho autor definió el término como la “completa constelación de creencias valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad dada”¹.

Cuando un paradigma goza de una aceptación sustancial y más o menos generalizada al interior de una disciplina científica, durante un tiempo determinado, estamos ante un *paradigma dominante*. Si bien, la cualidad de dominante no impide que subsistan teorías no asimiladas a él, el hecho de que estas teorías contradigan o discrepen del mismo, deriva en que ordinariamente sean categorizadas como especulativas e inarticuladas.

¹ KUHN, Tomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1995, p. 269. El término paradigma tal como fue empleado en la citada obra de Kuhn, mostró un amplio espectro de significado. Lo que propició que sus críticos tacharan dicho concepto como ambiguo o indeterminable. No es aquí el lugar para discutir ese tema. Me ajustaré a la distinción que el autor hace entre *paradigma dominante* (aquél que llega a conseguir una aceptación con cierta uniformidad en su ciencia durante un tiempo determinado) y los denominados llanamente *paradigmas* (aquellos que no poseen –al menos en el presente– el mismo nivel de aceptación y empleo generalizado, que serán denominados llanamente como *paradigmas*).

2.2.- El paradigma jurídico moderno

Cada época societal acuña modelos ampliamente aceptados sobre el modo de concebir y de producir conocimientos, incluida la ciencia. La modernidad ha imprimido a ésta sus respectivas características.

En el fenómeno jurídico ha sucedido lo propio, pues al amparo de la primera –en su versión más difundida²- y acorde a la misma, creció el paradigma del estudio científico del derecho (ciencia del derecho)³. Éste tuvo por principios la asepsia científica y la formalización y profesionalización del conocimiento jurídico. La primera, representada a su vez, por una aspiración objetivista -que distinguió tajantemente los contenidos de cualidades deseables (deber ser), de los contenidos reales dentro del derecho (ser)-, y por el desarrollo de un método propio para estudiar el derecho⁴. Éste consistió en formular un análisis autorreferente que expulsaba de sí todo aspecto ajeno al derecho, esto es, metajurídico.

Dicha operación de *asepsia epistémica*, no sólo desacreditó sino que alentó el abandono mismo, de la preocupación teórica por los contenidos sustanciales del derecho. Abandono que fue sustituido por la atención centrada en su forma, esto es, al procedimiento que permitía considerar como válida a una norma o a una ley expedida. Dentro de todos los modelos para abordar el estudio del derecho, el iuspositivismo fue el que de forma más fiel se apejó al núcleo del paradigma científico moderno adoptando las exigencias de objetividad, asepsia metodológica, demarcación de su objeto de estudio y formalización. Por esta razón se afianzó dentro del Derecho como la versión dominante.

La ciencia jurídica al analizar y “describir” su objeto de estudio -representado por el derecho moderno-, también lo modeló. Con ello contribuyó a delimitar qué era derecho y que no, al tiempo que reforzó algunas de sus características tales como unidad, coherencia y estatalidad. La vocación monopólica del Estado sobre la producción jurídica, tras la consolidación del Estado constitucional liberal, pasó de aspiración a hecho confirmado, en parte importante –que no toda– por la realidad social, pero sobre todo, por la mayoría de los estudios jurídicos. Así, el ente estatal reservó para sí, la calificación de derecho, y

2 Hablo también de la concepción más esparcida de ella, la que tradicionalmente ha considerado lo que ocurrió en una pequeña porción del mundo (la Europa occidental), narrada por personajes pertenecientes a los estratos dominantes de la misma.

3 Empleo la palabra Derecho, con mayúscula, para referirme a la ciencia del derecho, y derecho, con minúscula, como la referencia genérica de un ordenamiento jurídico.

4 Pues se “busca[ba] evitar un sincretismo metódico que oscurece[ría] la esencia de la ciencia jurídica y borra[ría] los límites que le traza[ba] la naturaleza de su objeto”, KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), Porrúa, México, 2000, p. 15 (la primera edición aparece en 1934). En las pp. 15-16 y ss. el autor justifica la exclusión de elementos ajenos o contaminadores para la elaboración de un estudio científico (esto es objetivo y preciso) del derecho. Aquí y más adelante (págs. 19, 30-35) se refiere a la distinción entre ser y deber ser. Los corchetes son míos.

redujo a las otras expresiones normativas bajo las categorías de sub-derecho, cuasi derecho, costumbres, usos y relativas⁵. La tarea del derecho del Estado en la modernidad fue construir no sólo una posición dominante –incluso reprimiendo cuando era necesario⁶–, sino sobre todo hegemónica de sí y del derecho, a la sazón, sólo derecho estatal. En ello, la ciencia jurídica tuvo mucho que ver. No es que la producción del derecho por otros centros distintos del Estado hubiere cesado, es que el derecho estatal y el paradigma jurídico moderno que le estudiaba y explicaba, contribuyeron a dar esa apariencia.

3.- Crisis del paradigma jurídico dominante

Tal como ocurriera con la modernidad misma y con múltiples de sus afirmaciones, por mucho tiempo indiscutidas, el paradigma jurídico dominante construido a su amparo, está desde hace algún tiempo en crisis. La crisis de un paradigma se expresa cuando las auto-reformulaciones que el mismo emprende para dar respuestas a las anomalías (fenómenos y transformaciones de la realidad estudiada que dicho paradigma no previó), no cumplen dicho objetivo. Cuando un paradigma se encuentra en crisis comienza el surgimiento, la búsqueda de alternativas teóricas que compensen las ausencias de significado, de abordaje y solución de los fenómenos que el anterior deja. En múltiples ocasiones esa búsqueda regresa la mirada hacia el pasado teórico, a esas formulaciones teóricas que entonces fueron marginales. De ahí se retrotraen respuestas y modelos teóricos que en su momento hicieron críticas al paradigma que devino dominante, y que hoy se encuentra en crisis. Las críticas del pasado, muchas veces, se decantarían en posteriores anomalías determinantes en dicha crisis.

¿Cómo se expresa la crisis dentro del paradigma jurídico dominante? La identidad entre derecho y derecho estatal, que permeó a juristas y a científicos sociales en general, oscureció la comprensión en un amplio espectro del fenómeno jurídico. Esta concepción, que ligó indisolublemente derecho y Estado, y redujo el derecho a mero derecho estatal, resulta hoy estrecha e inadecuada para captar el comportamiento y los patrones de transformación que incluso el propio derecho estatal presenta en las últimas décadas. Tanto en el ámbito internacional como el intra-nacional se desarrollan fenómenos que no alcanzan a ser explicados por este paradigma o que cuestionan algunas de sus principales afirma-

5 Jean Carbonnier en *Sociologie juridique* (1972) lo exponía así “incluso si éstos las creen jurídicas –ellas no lo son-. No lo son evidentemente según la sociología del derecho. Porque cualquier criterio sociológico que se forje de la juridicidad –sea coacción organizada o juicio posible- este criterio falta. A lo más se puede entrever formas frustradas, latentes: una presión psicológica proveniente del entorno, un esbozo de consulta familiar”, citado por GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México*, UNAM, México, 1995, p.72.

6 HOEKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *América Indígena*, Núm. 1-2, INI, 1998, México, p. 263.

ciones. Los límites del Derecho moderno -maximalista, abarcador de todas las hipótesis sociales, coherente, unitario, del eterno presente- se expresan en el cambio constante de los ordenamientos jurídicos estatales, donde su obsolescencia crece (la del Derecho y la del derecho), donde su unidad y solidez se erosionan, por su cambio constante y por su determinación radicada en múltiples sitios más allá del Estado. La realidad jurídica contemporánea se complejizó mucho más de lo que previeron las teorías jurídica y política liberales.

El paradigma jurídico dominante no impidió que subsistieran junto a él otros que discordaban en muchas de sus afirmaciones centrales. Y que, desde luego, permanecieron en situación marginal y subordinada. Algunas de esas posturas teóricas hace mucho que impugnaron el monopolio y la centralidad del Estado en el fenómeno jurídico. Aunque no fueron muy conocidas –al menos hasta hace relativamente poco tiempo–, permanecieron vivas⁷ y en ciertas “burbujas” académicas, bullendo y reproduciéndose⁸. Al grupo multicolor de posturas teóricas que compartían dicha impugnación se le conoce como pluralismo jurídico.

La perspectiva iuspluralista no es nueva como posición teórica. Lo novedoso es el auge que ha tenido en los últimos veinticinco años, rescatada como una opción teórica que permite acoger el análisis lo mismo de cuestiones relativas a la diversidad sociocultural (en donde han estado concentradas el grueso de las discusiones del pluralismo jurídico) que a las transformaciones que los nuevos modos de acumulación capitalista han traído a la arena del derecho⁹. Su principal virtud (y pretensión) consiste en romper la equiparación derecho=derecho estatal, tomando a éste como uno entre varios tipos de derecho, a partir del reconocimiento de que tal equiparación es restrictiva e inadecuada. Esta perspectiva teórica contribuye a: 1) ampliar la perspectiva de aquello que ha de considerarse

7 “se dejó de “considerar al derecho moderno como el modelo de comparación, y lo analizaron como un sistema de regulación social que coexistía con otros. Todos fueron considerados contemporáneos”, GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México*, UNAM, México, 1995, p. 68.

8 La afirmación de René David en *Les grands systèmes de droit contemporains* (1964) lo ilustra: “[cada] Estado posee, en nuestro mundo, un derecho que le es propio, y a menudo incluso, diversos derechos son aplicados concurrentemente al interior de un mismo Estado”, citado por GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge A., *El Estado y las...*, *op. cit.*, p. 68.

9 Los trabajos que siguiendo la perspectiva del pluralismo jurídico se abocan a explicar el impacto de las nuevas formas de acumulación capitalista en el derecho son los menos. Eduardo Faria (FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001), Germán Palacio (“Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo” en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, No. 17, Curitiba, 2000, p. 151 y 176) y Aleida Hernández (“Las transformaciones del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica”, Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho-UNAM, México, 2011) presentan estudios que la han documentado.

como derecho, 2) complejizar el análisis del mismo, 3) reformular la propia concepción del derecho.

4.- Los orígenes de la discusión iuspluralista

El pluralismo jurídico como concepto se originó hacia la década de 1930. Su principal y original cuestionamiento se dirigió contra el exclusivismo estatal en la producción jurídica¹⁰, así como contra la centralidad estatal en la ordenación normativa de la vida social. No es una teoría o corriente homogénea¹¹, sino que está conformada por un conjunto de propuestas teóricas de alcances y contenidos diversos. El núcleo común que todas ellas comparten es el cuestionamiento de la centralidad y el monopolio estatales en la formación sociojurídica moderna¹², en medio de grandes diferencias que alcanzan la significación misma de lo que ha de considerarse como derecho (algunas corrientes ni siquiera tematizan explícitamente a qué le llaman derecho)¹³.

10 En ese sentido se pronunciaron algunas posturas dentro de la emergente Sociología del Derecho o de las Escuelas con alguna filiación sociológica que tuvieron por antecedente la Escuela del Derecho Libre. En el campo de la sociología jurídica, Gurvitch fue uno de los pioneros que teorizó en torno a la pluralidad en el Derecho; al respecto establecía diferencias entre especies de derecho, cuadros de derecho y sistemas de Derecho. GURVITCH, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948.

11 Brian Tamahana (“La insensatez del concepto “científico social” del Pluralismo Jurídico” en BONILLA, Daniel *et al Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993); John Griffiths (“¿Qué es el pluralismo jurídico?” en BONILLA, Daniel *et al Pluralismo Jurídico, op. cit.*) y Sally Merry (“Pluralismo jurídico” en BONILLA, Daniel *et al, Pluralismo Jurídico, op. cit.*) por poner algunos ejemplos, no lo consideran una corriente sino un concepto.

12 BONILLA, Daniel y ARIZA, Libardo José, “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en BONILLA, Daniel *et al, Pluralismo Jurídico* U. de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 24-34; ARNAUD-André Jean y FARÍÑAS DULCE, María José, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 88 y ss.

13 María Teresa Sierra (“The revival of Indigenous Justice in México: Challenges for Human Rights and State” en *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, No. 28, California, 2005; “Construyendo seguridad y justicia en los márgenes del Estado: La experiencia de la policía comunitaria de Guerrero, México” ponencia presentada en el *VII Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*, Lima, 4-6 de agosto, 2010); Laura Nader (*The Life of the Law. Anthropological projects*, University of California Press, California, 2002); Jane Collier (El derecho Zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas, CIESAS/Universidad de Ciencias y Artes, Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 1995); Victoria Chenaut (“Género y justicia en la Antropología jurídica en México”, México, *Papeles de Trabajo*, No. 15, 2007, <http://www.scielo.org.ar/pdf/paptra/n15/n15a03.pdf>> consulta del 27 de febrero, 2011) afirman la pluralidad jurídica insertas en la línea procesualista.

Las diferentes versiones del pluralismo jurídico han sido planteadas centralmente desde la línea de la antropología y de la sociología del derecho. Sin profundizar en ellas, pues no es el propósito de este artículo, delinearé en trazos gruesos sus aportaciones (de la antropología jurídica y de la sociología jurídica crítica, deteniéndome un poco más en ésta última), y algunos de sus más representativos exponentes.

Los estudios desde la antropología en torno al derecho han aportado mucho a la comprensión de éste, sacándolo de los moldes formalistas y normativistas en los que había estado mayormente sumido por la disciplina jurídica. La antropología jurídica —como se le denomina al estudio antropológico de los sistemas normativos, incluido el derecho— libre de las barreras disciplinares que la teoría jurídica sí tenía, fue la primera en asumir que el derecho no era sólo estatal¹⁴. Al inicio asoció la existencia de una pluralidad jurídica con las sociedades coloniales¹⁵, donde el derecho impuesto había generado formas propias a partir de los contextos locales. Sólo después se advirtió que las sociedades en general albergaban frecuentemente en su interior varios sistemas jurídicos, con independencia de que hubieran tenido un pasado colonial, hecho al que contribuía su complejidad cultural y jurídica. Hoy es prácticamente un consenso dentro de los estudios del pluralismo jurídico, dentro y fuera de la antropología jurídica, que la pluralidad jurídica es una situación empírica con la que se enfrentan en mayor o menor grado, todas las sociedades tengan o no, pasado colonial.

Las visiones antropológicas del derecho, y que dicho sea de paso han asumido la pluralidad jurídica como premisa, han concebido al derecho desde diferentes ángulos: como discurso, como sistema de pensamiento¹⁶, como práctica¹⁷, o una mezcla de las anteriores. Ésta última aseveración está dentro de la destacada línea procesualista que encuentra al derecho en las prácticas que tienen lugar en el marco del planteamiento y la resolución de disputas, y asume que las reglas se renegocian constantemente. Algunas de estas visiones se ligan y complementan entre sí. En muchas de estas explicaciones encontramos distinción que podemos encontrar entre cultura y derecho es muy tenue, sobre todo si se observa a éste lo suficientemente cerca. Los trabajos etnográficos de las y los autores mencionados dan suficiente cuenta de esta afirmación. Pero en ellos vale la pena resaltar

14 En el estudio del derecho desde la antropología autores como Bronislaw Malinowsky, Max Gluckman y Paul Bohannan, fueron pioneros y sus obras forman parte de la literatura clásica y fundamental en el tema.

15 MOORE, Sally Falk, *Law as a process*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.

16 MERRY, Sally Engle, “Pluralismo jurídico” en BONILLA, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, [1998] 2007.

17 Laura Nader, Jane Collier, Sally Moore, Teresa Sierra (cito algunos de sus trabajos sobre el tema antes), John Comaroff (COMAROFF, John, *Rules and processes: the cultural logic of dispute in an African Context*, The University of Chicago Press, Londres, 1981).

tres aportes decisivos en el estudio del derecho. El primero consiste en el reconocimiento del derecho como una institución, no autónoma, sino conectada con las estructuras sociales y culturales, con la organización económica y política, así como con los hábitos profesionales o la religión (posiblemente en la disciplina antropológica esto sea una verdad de Perogrullo, no así en la jurídica, recuérdese la pureza metódica y la expulsión del análisis de elementos metajurídicos). El segundo reside en el registro del poder como un factor determinante en las interacciones dentro del mismo (Nader, 2002). Por último, el tercero radica en el énfasis hecho respecto de la relación mutuamente constitutiva entre el derecho estatal y los otros derechos y órdenes normativos¹⁸.

En efecto, una contribución insoslayable para el entendimiento del derecho que hace la antropología jurídica es destacar la “contaminación” de éste. Muestra cómo está salpicado por (al tiempo que salpica a) otras formas de control social, y por componentes que no son propiamente jurídicos aunque habiten dentro del derecho: valores culturales, económicos, religiosos, contiendas de diversa índole. Si bien, el cuestionamiento a los límites de la autonomía del derecho y lo jurídico, y el tema de las prácticas jurídicas, contextualizan y ensanchan la comprensión del derecho, la ausencia de fronteras (cuyo uso es un “mal” teóricamente necesario) en el análisis puede extraviarnos. En la literatura antropológica la referencia al término derecho con frecuencia tiene un significado sobreentendido, muchas veces equiparado con el de forma de control o con orden normativo. Palabras como “ordenación”, “regulación social”, “ordenación normativa”, “ordenamiento normativo”, “formas de ordenamiento de la conducta”, “justicia”, “ley” y “derecho” son tratadas de forma intercambiable o sinónima. Y la variedad e imprecisión en los términos no es sólo un asunto técnico o de discurso, toca directamente el significado mismo de aquello que es el foco de atención. La extrema laxitud en los términos evoca el desdibujamiento de los límites que aparecen sólo intermitentemente.

Un sector dentro de la antropología jurídica considera que el derecho está constituido por prácticas. Si bien puede acordarse centralmente -pero no exclusivamente- con esta afirmación, ese enfoque ilumina una arista del derecho al tiempo que obscurece otra, pues pareciera presentar cierto desdén normativo. No hay que olvidar que aunque el derecho se constituya por prácticas, éstas no surgen de modo amorfo o caótico. Las mismas están guiadas por estándares normativos -que son impuestos por una autoridad reconocida y autorizada para ello, y que para hacerlo han de recurrir al uso de la fuerza, incluso física, en caso del incumplimiento de su decisión o de la infracción de las reglas. El derecho en

18 Algunos autores dentro del pluralismo jurídico afirman la existencia de pluralidad incluso dentro del propio derecho estatal (MERRY, Sally Engle, “Pluralismo jurídico” en BONILLA, Daniel *et al*, *Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, [1998] 2007, p. 129). Afirmar o negar este aserto nos conduce ineludiblemente a delimitar los contornos del concepto derecho, para saber si la pluralidad de prácticas implica pluralidad jurídica o no.

resumen, abarca prácticas normativas, pero no cualquier práctica normativa es derecho¹⁹. Muchas otras reglas y normas pululan en contextos donde existen derechos no-estatales que no son reconocidas como parte de algún sistema jurídico (por ejemplo, el hecho de que haya una regla doméstica entre dos consortes no siempre autoriza a que la violación de ésta sea apelada frente a la autoridad del derecho en cuestión; para que se pueda activar la maquinaria del derecho no-estatal ha de acordarse, en principio, el posible incumplimiento de una norma, una regla o un principio). Esto no excluye la flexibilidad de las reglas y las normas, cuya reconstrucción puede ser orientada por los participantes durante el juicio²⁰, pero tampoco nos coloca en la posición de que éstos establecen sin límites y desde cero, las reglas que ahí mismo han de negociarse.

Dentro de la perspectiva pluralista en el análisis del derecho, y fuera de la antropología, ha sido en la sociología jurídica donde se ha abierto la discusión. Algunos sociólogos del derecho como Eugen Ehrlich y Georges Gurvitch fueron los precursores del PJ. Si bien en una posición muy marginal, y sin hacer referencia explícita al término de PJ, arrancaron la raíz del derecho depositada exclusivamente en el Estado y la recolocaron en el ámbito social. En las *asociaciones sociales*, para el primero, en los *grupos sociales*, para el segundo²¹.

19 La posición de Moore no establece diferencias entre el derecho y el resto de los órdenes normativos. Incluso, su referencia al derecho se vincula casi siempre con lo estatal, v. MOORE, Sally Falk, *Law as a process*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1978.

20 Nader plantea que los participantes del litigio son vistos como hacedores del derecho. Su teoría de los usuarios se orienta en ese sentido, v. NADER, Laura, *The Life of the Law. Anthropological projects*, University of California Press, California, 2002.

21 Georges Gurvitch no introduce el término de pluralismo jurídico, pero lo describe al afirmar que los grupos sociales producen su propio derecho, entre los que menciona al Estado, pero como uno entre muchos más (GURVITCH, Georges, *Elementos de Sociología Jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948); la misma posición puede verse en su trabajo posterior (GURVITCH, Georges, *Los marcos sociales del conocimiento*, Mario Giacchino (trad.), Monte Ávila Editores, Caracas, 1969). Tampoco Eugene Ehrlich menciona propiamente el término pluralismo jurídico, pero de su concepción del derecho se desprende también como un precursor de esta corriente. Para él el reconocimiento verdadero de lo que es derecho, debe ser buscado no sólo en el derecho estatal (moderno) sino en la vida de las asociaciones incluyendo las ignoradas o desaprobadas por el derecho estatal, es ahí donde se encuentra el *derecho vivo*. Hay un innegable paralelismo entre este concepto y la línea de la antropología jurídica, que encuentra al derecho en las prácticas. Pero se distancia de ellas en el aspecto de que para Ehrlich el centro del derecho no está en las formas cómo se resuelven las disputas o en la administración de justicia, sino en su función organizadora, de ahí que al estudiar el derecho destaque el concepto de *normas de ordenación*, (BONILLA Y ARIZA, Daniel y ARIZA, Libardo José, “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en BONILLA, Daniel et al, *Pluralismo Jurídico* Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007).

Sus posiciones confrontaban al formalismo jurídico, precondition que tenía por objetivo una comprensión más abierta y realista del derecho en la arena social.

Desde mediados de la década de los treinta del siglo XX, Georges Gurvitch²² toma una posición enfrentada al estatismo del positivismo normativista. En sus estudios sobre el derecho, afirmaba que Estado es uno de los tantos entes que producen derecho, al lado del cual se encuentran múltiples formaciones sociales que también lo hacen. Comienza por distinguir dentro de la realidad social distintas formaciones, tales como a) formas de sociabilidad, b) grupos sociales y c) sociedades globales. Según él, a cada una de esas formaciones de la realidad social le corresponde un tipo de producción jurídica. En el mencionado orden de las primeras: a) especies de Derecho, b) cuadros de Derecho, que representan una síntesis de las especies de derecho y c) sistemas de derecho, en los que combaten y se combinan diversos cuadros de derecho. Gracias a la mayor síntesis que existe al interior de estas formaciones sociales existen ventajas de unas sobre otras. Así, la sociedad global tiene ventaja sobre los grupos sociales, y éstos la tienen sobre las formas de sociabilidad. Lo cual “no impide, de ninguna manera, que las formas de sociabilidad engendren una su (*sic*) propia especie de derecho y desempeñen, precisamente, al lado de los grupos y de las sociedades globales, en las cuales están integradas, el papel de fuentes primarias del derecho”²³. Gurvitch expone que la síntesis mayormente desplegada entre unos tipos de formaciones sociales más que en otros, provoca que la coacción esté mayormente administrada por unos que por otros, de modo que la coacción está más directamente relacionada con los cuadros que con las especies de Derecho, y aún más por los sistemas de Derecho que por los dos anteriores. Ello explica por ejemplo, que la coacción se halle más directamente relacionada con la protección del Derecho estatal²⁴ que con el Derecho de alguna comunidad, aunque el segundo pueda beneficiarse de la protección del primero. Pero el mayor grado de coacción es sintomático de la unidad del grupo, y no de la capacidad de producir derecho de éste.

Aunque el sociólogo francés no haya hablado estrictamente de pluralismo jurídico, pueden identificarse en sus planteamientos, dos afirmaciones básicas que encaminarían el surgimiento posterior del mismo:

22 Para abundar sobre los criterios seguidos por Gurvitch en lo que reconoce como el fenómeno jurídico y su creación, puede consultarse GURVITCH, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, José M. Cajica Jr. (trad.), Editorial José M. Cajica Jr., México, 1948.

23 GURVITCH, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, *op. cit.*, p. 158.

24 “la soberanía ha sido elaborado en la época histórica precisa, en que el ordenamiento jurídico de los grupos globales ha concedido una marcada preeminencia al orden estatal... El estado territorial, al afirmar su soberanía, defendía de preferencia su monopolio de la coacción incondicional, es decir, su independencia en el exterior, frente a toda organización que pretendiera un carácter estatal, y su supremacía en el interior frente a todo grupo que tuviese la misma pretensión, es decir, disponer de la coacción incondicionada”, *Ibidem.*, p. 220.

1. Los elementos sociológicos irreductibles, no son los individuos como suele afirmarse, sino las formas de sociabilidad. Entre las más pronunciadas se encuentran, el pluralismo, la variedad movable y la indeterminación de la vida social²⁵.
2. "... todas las manifestaciones de la sociabilidad activa (interpenetraciones que tienen una obra que realizar; relaciones con tercero que consisten en cambios, contratos, relaciones de propiedad, conflictos y luchas) y todos los grupos activos (nación, estado, villa, aldea, fábrica, sindicatos, cooperativa, clases, sociedad internacional, etc.) *son productivos en el punto de vista del derecho, secretan su propio derecho* y se acondicionan según una reglamentación jurídica"²⁶.

Eugene Ehrlich por su parte, tampoco refería el término de PJ, pero es al igual que Gurvitch su precursor porque sostiene que el derecho no ha de ser encontrado sólo en el Estado. Para él el reconocimiento verdadero de lo que es derecho, debe ser buscado más bien en la vida de las asociaciones incluyendo las ignoradas o desaprobadas por el derecho estatal. Es ahí donde se encuentra el *derecho vivo*. Ésta fue una aportación decisiva en la sociología del derecho y en los estudios sobre el mismo desde una perspectiva empírica.

Hay un innegable paralelismo entre el concepto de derecho vivo y la línea de la antropología jurídica, que encuentra al derecho en las prácticas. Pero se distancia de ellas en el aspecto de que para Ehrlich el centro del derecho no está en las formas cómo se resuelven las disputas o en la administración de justicia, sino en su función organizadora, de ahí que al estudiar el derecho destaque el concepto de *normas de ordenación*.

Es hasta la década de 1960, cuando comienzan a gestarse de forma más creciente los estudios sobre el pluralismo legal en sociedades "complejas", junto a las perspectivas sobre la informalización de la justicia. Algunos autores que han profundizado en la discusión pluralista desde la sociología del derecho (los más), pero también desde la teoría y filosofía del derecho considerando los debates sociológicos. En el ámbito latinoamericano

²⁵ *Ibidem* p. 156.

²⁶ *Ibidem*, p. 159, las cursivas son mías. Una afirmación en el mismo hacia la década de los 60 la hace René David "El derecho puede bien concretizarse, en una época y en un país dado, en un cierto número de reglas. El fenómeno jurídico, sin embargo, es más complejo. Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho... sin embargo cualquiera que sea su valor y cualquiera que haya sido su expansión, están lejos de dar cuenta de toda la realidad del mundo jurídico contemporáneo. Al lado de estas concepciones que ellos representan, o combinándose con sus concepciones, otras maneras de ver persisten, concernientes a la buena organización de la sociedad y continúan siendo determinantes en un gran número de sociedades". DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1964 citado por GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge A., *El Estado y las etnias nacionales en México, op cit.*, p. 69.

las discusiones iuspluralistas han cundido bastante, tal como lo muestran los trabajos de Antonio Carlos Wolkmer²⁷, Germán Palacio²⁸, Mauricio García Villegas²⁹, José Eduardo Faria³⁰, César Rodríguez³¹, Amilton Bueno de Carvalho, Esther Sánchez³², Óscar Correas³³, Jesús Antonio de la Torre³⁴, Raquel Irigoyen³⁵, Daniel Nina³⁶, Amílcar Pop, entre otros que engrosan cada vez el círculo de interesados en esta propuesta teórica. Fuera del ámbito latinoamericano pueden mencionarse a André Jean Arnaud y María José Fariñas³⁷,

27 WOLKMER, Antonio Carlos *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001.

28 PALACIO, Germán, “Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo” en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, No. 17, Curitiba, 2000.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCIA VILLEGAS, Mauricio (dirs. y coautores), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico. Tomo I*, Colciencias-Ediciones UNIANDES- Facultad de Derecho-Cijus-Centro de Estudos Sociais- Universidad de Coimbra-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

30 FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa, y RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “El derecho la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica” en SANTOS, Boaventura de Sousa (coord.), *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, México, 2007.

32 SANCHEZ BOTERO, Esther, “La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia”, *Colección Nueva Antropología*, 2009; SANCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Facultad de Derecho/Ciencias Políticas y Sociales-Unibiblos, Bogotá, 1998.

33 CORREAS, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007; CORREAS, Oscar. *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Fontamara, México, 2003.

34 DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, “Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde El Sistema Comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero” en Ardila Amaya, Edgar *et al Memorias II Conferencia Internacional Justicia Comunitaria “Construir democracia hoy”* Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto, Bogotá, 2005; DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El Derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales, Aguascalientes, 1986.

35 YRYGOYEN, Raquel, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *El Otro Derecho*, Num.30, Bogotá, 2004; YRYGOYEN, Raquel, *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

36 NINA, Daniel, “El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular” en CORREAS, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007; NINA, Daniel y BIDAGUREN, Jokín Alberdi, “Governability and forms of popular justice in the new south Africa and Mozambique!”, *Journal of Legal Pluralism*, No. 47, 2002.

37 ARNAUD-André Jean y FARIÑAS DULCE, María José, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

Peter Fitzpatrick³⁸, Brian Tamanaha³⁹, William Twining, René Kupé, André Hoekema y Boaventura de Sousa Santos⁴⁰.

Los aportes de los sociólogos que estudian el derecho y de los juristas que incorporan un análisis sociológico han tenido sus propias improntas. Pero tanto la teoría heterodoxa del derecho, como la sociología jurídica -de los juristas o de los sociólogos-, han compartido la preocupación de dotar al estudio del derecho (lo cual abarca la concepción misma de éste) de un sustrato empírico que no le proveía el paradigma jurídico dominante.

Con todo y los visos endogámicos que cada línea -antropológica y la sociológica- pudiera tener, han ido desarrollando vasos comunicantes que estimulan su intercambio teórico. Tal como puede confirmarse en las obras de juristas, sociólogos y antropólogos, los debates formulados al interior de cada una de las líneas se han alimentado intensamente de las otras y viceversa.

5.- La propuesta teórica del Pluralismo Jurídico

Es cierto que el paradigma jurídico moderno no sólo no ha desaparecido, sino que en múltiples aspectos y esferas se mantiene vigente. Pero lo es también que convive ahora mismo con otros modelos teóricos (como he mostrado, es el caso del iuspluralista) que en la medida que ganan terreno en la discusión, adelgazan la posición simbólica de la legalidad moderna. Vista la polifonía y diversidad interna que presenta el PJ, sólo muy recientemente es que puede comenzar a hablarse propiamente del nacimiento de un paradigma iuspluralista. Pero, más allá de la reiterada afirmación de que el derecho no es sólo derecho estatal, ¿Cuáles son las propuestas y las implicaciones teóricas del paradigma del PJ? ¿Qué herramientas analíticas de potencia preferente nos ofrece? Porque está claro que para constituir un paradigma hace falta mucho más que criticar al dominante.

El paradigma del pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que guía las investigaciones jurídicas bajo la denuncia central de la falsedad del monopolio de la producción

38 FITZPATRICK, Peter “ “No cabe duda”: Mabo y el fracaso de la base legal” en CO-
RREAS, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones
Coyoacán, México, 2007; FITZPATRICK, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, Méxi-
co, 1998.

39 TAMAHANA, Brian Z., “La insensatez del concepto “científico social” del Pluralismo Jurídico” en BONILLA, Daniel *et al Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad
Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993).

40 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta, Madrid, 2009; SANTOS, Boa-
ventura de Sousa y RODRIGUEZ, César (coord.). *El derecho y la globalización desde abajo*, *Anthropos*,
México, 2007; SANTOS, Boaventura de Sousa, entre muchos otros.

y aplicación del derecho por parte del Estado, y que, sin tomar a ninguna sociedad en particular como modelo general⁴¹, busca captar en su análisis el amplio espectro del fenómeno jurídico en sus múltiples expresiones contemporáneas.

Los debates, las reflexiones y las proposiciones teóricas de los estudiosos del pluralismo jurídico, influidas por los núcleos disciplinares de cada uno, lo han ido robusteciendo. No existe en él una total unidad de criterios, aunque en torno a ciertos aspectos el desacuerdo decrece, o al menos, los términos del mismo van quedando planteados. Con todo, el PJ sigue siendo internamente diverso. Algunos de los temas que han sido discutidos y planteados en los debates iuspluralistas de forma más recurrente, pueden resumirse enumerarse como sigue: I. Cuestionamiento de la identidad derecho-derecho estatal; II. Definición de PJ; III. Cuestionamiento de la centralidad del derecho estatal en la regulación jurídica moderna; IV. Planteamiento de presupuestos teórico epistemológicos distanciados del paradigma jurídico dominante. Me detendré de forma rápida en cada uno de ellos, donde insertaré formulaciones derivadas y líneas de debate sugerentes suscitadas en su interior.

5.1.- El derecho es más que derecho estatal

La aseveración de que el derecho, no es sólo derecho estatal, o lo que es lo mismo, que el Estado no es el único ente productor de derecho (monismo jurídico), es la única línea que sí goza de un consenso al interior de las discusiones iuspluralistas. Como se ha dicho, es la afirmación original del PJ y que define el límite de quienes se consideran partidarios de él. Pero ésta conlleva otras y da paso a cuestionamientos que exigen pronunciarse al respecto. El primero y más evidente tiene que ver con la propia noción de derecho.

5.1.1.- Un concepto alternativo de derecho

Desde el inicio mismo, así como en el propio devenir del debate iuspluralista, ha estado presente la cuestión de qué va ha de entenderse por derecho. Afirmar que el derecho es mucho más que derecho estatal, es ir a contrapelo de la concepción moderna más esparcida en torno al derecho y al Estado. Y apelar a una concepción del derecho que cuestiona los cimientos sobre los que se ha edificado la concepción dominante, tiene que disponer de una (su) definición de qué es el derecho. Estudiar al derecho desde *otros* referentes, aseverar que él no es sólo lo que el *mainstream* ha dicho que es, obliga doblemente a su definición, por más provisional o incompleta que ésta sea. Es una pregunta cuya respuesta quizá no pueda ser concluyente, pero tan importante que su planteamiento no puede desatenderse. El significado del derecho tiene aquí suficiente peso como para obviarlo.

41 *Ibidem.*, p. 70.

Atendiendo la necesidad de fijar al respecto una posición y ciertos límites, sin que ello implique plantear un concepto concluyente, propongo tomar punto de partida para un concepto iuspluralista del derecho, lo propuesto por Santos, que lo define como el “cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado por el uso de la fuerza”⁴².

La noción vertida se encuentran cuatro características que⁴³ representan condiciones necesarias para decir de un fenómeno que implique regulación social de la conducta, que es derecho: 1) procedimientos y estándares normativos regulados, 2) *retórica*, representada por el potencial persuasor de los argumentos a través de mecanismos verbales y no verbales; 3) *burocracia*, implicada en las imposiciones hechas por la autoridad⁴⁴ correspondiente, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo de procedimientos regulados y estándares normativos y 4) *fuerza*, expresa mediante la amenaza del uso de la fuerza, incluida la física.

La importancia de trazar un concepto iuspluralista del derecho además de lo dicho arriba, obedece a la necesidad de fijarle contornos mínimos. Los críticos del PJ han dirigido contra él impugnaciones, no gratuitas, de que sacarlo del molde que lo identifica como de exclusiva producción estatal, puede expandir sus fronteras hasta el exceso⁴⁵. A tal punto, que se pierda la diferencia entre lo que es derecho y no lo es. Eso precisamente es lo que se observa particularmente con los trabajos de antropología jurídica, donde suele igualarse sistema normativo o mecanismos de regulación y control, con derecho. En este orden de ideas, cabe preguntarse: si entre derecho y control social no hay diferencia, y si el

42 SANTOS, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002(a), p. 20. Una posición similar la aportan Arnaud, André-Jean y Fariñas Dulce, María José, quienes reconocen a un sistema jurídico como a) entramado social cuya función primordial es la de integración o control social; b) ésta se expresa a través de la orientación de comportamientos y la resolución de conflictos y de c) símbolos normativos persuasores de la conducta que también pueden considerarse causales de comportamientos sociales (ARNAUD, André Jean y FARIÑAS DULCE, María José, op.cit., p. 31, 80 y sigs.).

43 La explicación de lo que el autor entiende por retórica, burocracia y violencia las describe en (SANTOS, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002(a), págs. 20-23).

44 El autor las refiere como autoritarias.

45 Brian Tamanaha hace una mordaz crítica al uso del concepto (TAMANAH, Brian Z., “La insensatez del concepto “científico social” del Pluralismo Jurídico”, op. cit.). Sally Merry por su parte, aunque es partidaria del uso del concepto, reconoce que “al escribir sobre el pluralismo encuentro que, una vez derrotado el centralismo jurídico, llamar derecho a todas las formas de ordenación que no son derecho estatal hace que el análisis se torne confuso. *Los trabajos académicos en este campo no han demarcado con claridad un límite entre los órdenes normativos y dentro de éstos lo que puede y no puede llamarse derecho*” (MERRY, Sally, op. cit., p. 107). Las cursivas son mías.

derecho es igual a cualquier conjunto normativo o a cualquier forma de regulación social ¿Qué sentido tiene el empleo del término? ¿Cuál es la utilidad de conservarlo? Para que los términos mantengan su potencia explicativa, deben también mantener ciertos límites.

5.1.2.- Interlegalidad

Los diferentes acercamientos en terreno hecho a los sistemas jurídicos no estatales –al respecto, de nuevo, la antropología ha sido la más prolífica– han mostrado que éstos no son totalmente autónomos o independientes de los derechos estatales. Más bien, se constituyen influidos por éstos. Los tipos y niveles de influencia fluctúan en función de los contextos locales y de las coyunturas ocurridas en su interior. Dichas influencias pueden estar vinculadas con la definición de normas y principios hasta la conformación burocrática, pasando por mecanismos –formales y no- de distribución de competencias entre ambos sistemas. Pero los acercamientos mencionados, también muestran que las influencias son mutuas, de modo que no sólo los derechos no-estatales reciben la penetración del derecho del Estado, sino que también a su vez, éste se ve permeado por aquéllos. Las influencias mutuas hacen que en no pocas ocasiones los bordes entre un sistema jurídico y otro sean oscuros y/o móviles. En el argot iuspluralista, esa franja donde tienen lugar los intercambios de diversa índole entre dos (o más) sistemas jurídicos, y en la cual resulta indeterminada, imprecisa o móvil la frontera donde termina uno e inicia el otro, ha sido conocida como *interlegalidad*⁴⁶. Eso muestra que los diferentes sistemas jurídicos conviven y han convivido -a veces de forma armónica, en otras, conflictiva- influyéndose mutuamente, traslapándose.

5.1.3.- La contextualidad social impresa en la conformación jurídico-normativa

El derecho es un producto social y como tal, es reflejo de la sociedad en la que nace. Esto implica no sólo que múltiples sistemas jurídicos conviven entre sí, traslapándose e influyéndose mutuamente. Sino que ellos presentan dinámicas y características propias, proporcionales al contexto social y cultural en el cual se desarrollan. Todo lo anterior deriva en la constitución de una iusdiversidad.

46 Teresa Sierra ha documentado copiosamente casos que ilustran esas franjas de interlegalidad, algunos trabajos al respecto son: SIERRA, María Teresa, “The revival of Indigenous Justice in México: Challenges for Human Rights and State” en *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, No. 28, California, 2005(a); SIERRA, María Teresa, *Justicia Indígena y Estado. Retos desde la diversidad*, México, 2005 (b); SIERRA, María Teresa, “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad”, *Revista del IIDH*, núm. 41, Costa Rica, 2005(c), pp: 287-313; SIERRA, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa, México, 2004; entre otros.

5.2.- Definición de pluralismo jurídico

5.2.1.- PJ de hecho y PJ teórico

Cuando se recorre la literatura sobre el tema es notorio que las definiciones mismas de pluralismo jurídico son formuladas en oposición o refutación al monismo jurídico, pero que todavía con mucha frecuencia, siguen sin ir mucho más allá que eso. El debate en torno al pluralismo jurídico ha avanzado mucho, las nuevas producciones intelectuales estudian, ya no cómo definirlo, sino cómo se expresa la interlegalidad, los derechos no estatales, cómo los diferentes sistemas jurídicos negocian la aplicación de sus normas y los liderazgos que tienen como mecanismos de ordenación de la vida social, todo ello, en la práctica. Posiblemente debido a eso, se ha visto como obvio o innecesario plantear acuerdos en torno a cuestiones tan simples como la propia definición de pluralismo jurídico. Los “apellidos” puestos al pluralismo jurídico evidencian las diferencias que el propio concepto sigue provocando, sintomáticas de la falta de acuerdo en su significado: pluralismo jurídico fuerte y débil (concepción legalista del pluralismo jurídico)⁴⁷, pluralismo jurídico clásico y nuevo pluralismo jurídico, pluralismo jurídico aparente, pluralismo jurídico formal unitario y pluralismo jurídico formal igualitario⁴⁸, pluralismo juricultural transformativo⁴⁹, pluralismo jurídico posmoderno, pluralismo jurídico como una expresión del derecho alternativo⁵⁰, pluralismo jurídico -a secas-, entre otras.

Al respecto, suscribimos la definición de pluralismo jurídico que lo reconoce como *la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos, independiente del reconocimiento que como tales éstos hagan entre sí, en un mismo espacio sociopolítico.*

Dentro de los estudios sobre pluralismo jurídico las diferentes posiciones parecen referir a éste de dos formas: (a) como la descripción de un fenómeno que tiene verificaciones fácticas, y (b) como modelo teórico o paradigma jurídico.

John Griffiths, en un artículo en el que recogía las principales discusiones iuspluralistas aparecidas hasta el momento de su publicación, acuñó el concepto de centralismo jurídico o legal -la traducción más cercana de este término en clave de la teoría del

47 Griffiths al designar pluralismo jurídico en sentido fuerte y débil, se refiere al primero como excluido por la narrativa del centralismo jurídico y al segundo, como interno al derecho estatal cuando éste reconoce otros derechos consuetudinarios preexistentes (GRIFFITHS, John, *op. cit.*).

48 HOEKEMA, André, *loc. cit.*, págs. 269-271.

49 INKSATER, Kimberly, “Definiendo pluralismo juri-cultural transformativo” en <<http://www.justgovernancegroup.org/Assets/PDFs/SeminarioInternacionalPotosINKSATERPluralismoJuriculturalTranformativo.pdf>>, (s/f), consulta del 20 de junio, 2010.

50 SOUSA, María Lourdes de, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

derecho sería *monismo jurídico*⁵¹- y lo enfrentó al de PJ. Consideró que el primero era un concepto de fines ideológicos, en tanto el segundo era un hecho (ocluído por el primero). Muchos adoptaron el término de centralismo jurídico sin objeciones y continuaron el debate abierto por Griffiths –principalmente en Inglaterra y EEUU⁵²-. Al interior de éste sí se planteó más a menudo la discusión en torno a la definición del derecho y del propio concepto del PJ.

Con objetivos similares, dicho autor también hizo énfasis en la distinción entre el pluralismo jurídico como concepto útil para la descripción empírica y como proposición con fines ideológicos, según Griffiths, frecuentemente tributantes al centralismo legal: “Pocas veces se reconoce, y cuando ocurre es por casualidad, que podría existir otra manera de estudiar el pluralismo jurídico: en el “plano de apreciación de los hechos”, por ejemplo que a efectos científicos no asumiría la pretensión ideológica del orden jurídico “principal” -tal como ese orden se describe a sí mismo-”⁵³.

El planteamiento de la ideología del centralismo legal, así como el llamado a dar contornos al concepto de derecho y al de pluralismo jurídico, diferenciando en este último sus fines descriptivos de los ideológicos, obedecía a la preocupación de Griffiths por evitar que se reforzara la ideología del centralismo jurídico, haciendo pasar por pluralismo jurídico, lo que no lo era. Si se aceptan como expresión de pluralidad jurídica situaciones que son en realidad monismo⁵⁴ disfrazado de ella, se pervierte el principal aporte que

51 Es un concepto acuñado para referir lo que las teorías del derecho dominantes designan como *monismo jurídico*, esto es, el principio que reconoce que la producción jurídica es monopolio del Estado. Griffiths al introducir el concepto de la ideología del *centralismo jurídico*, se refiere a él como una afirmación ideológica que tiene la pretensión de aparecer como científica, y que ha constituido el principal obstáculo para el estudio empírico del derecho. A decir del autor, “es una ideología, una mezcla de afirmaciones sobre cómo debe ser el mundo... desde hace mucho tiempo la ideología del centralismo jurídico ha sido el principal obstáculo para el desarrollo de una teoría descriptiva del derecho”; “El pluralismo jurídico es un hecho. El centralismo jurídico es un mito, un ideal, una pretensión, una ilusión. Aún así, la ideología del centralismo jurídico tiene un arraigo tan poderoso en la imaginación de los juristas y de los científicos sociales, que la imagen que tienen del mundo jurídico se convierte en un hecho y en la piedra fundacional de la teoría social y jurídica”, v. GRIFFITHS, John, *op. cit.*, p. 149, 152.

52 Es posible que esto haya estado vinculado al hecho de que en dichos países el derecho estatal pertenece a la familia jurídica del *common law*, cuya lógica es mucho más presta a la flexibilidad que la de los países en donde se aplican derechos estatales de la familia romano-germánica, cuya tradición está más asociada a la rigidez, dado su carácter fundamentalmente escrito y tendiente a la formalización.

53 GRIFFITHS, John, *op. cit.*, p. 170.

54 El autor emplea siempre el concepto centralismo jurídico y no monismo jurídico. Uso este último porque recoge una posición conceptual y no la valoración crítica de un concepto o una teoría, como lo hace la expresión centralismo jurídico (a cuya formulación no adhiero por completo). Más que desacreditar un concepto por los efectos ideológicos que pueda tener, es necesario evidenciar su impotencia para explicar fenómenos sociales que se presentan. En otro sitio he afir-

ha hecho el PJ: denunciar la estrechez de la concepción dominante del derecho que lo reduce a mero derecho estatal. Su alerta, hecha hace más de veinticinco años, tiene aún vigencia. El término de PJ parece emplearse por quienes teorizan contemporáneamente sobre él, para designar idénticos hechos que otros de ellos niegan porque consideran que, en rigor, no son expresiones del mismo, sino manifestaciones diversas del derecho estatal o del propio centralismo legal absorbiendo otros derechos no-estatales con falsas ostentaciones de reconocimiento. Por ejemplo, unas posiciones identifican como variaciones del PJ el PJ social (hay coexistencia de sistemas jurídicos sin reconocimiento estatal) y el PJ formal (hay reconocimiento por parte del Estado a los sistemas jurídicos no estatales, sea en la modalidad de PJ formal unitario o PJ formal igualitario)⁵⁵⁵⁶. En cambio otras posiciones condicionan la verificación del pluralismo jurídico a que la validez y el ámbito competencial de esos otros derechos no estatales, no sean determinados unilateralmente por el propio derecho estatal y no a la mera coexistencia de sistemas jurídicos “aparen-

mado que “no es tanto que la producción jurídica haya estado monopolizada por el Estado, como el que el paradigma iusmoderno dio esa sensación debido a la contracción de significado de la vida social que trajo la vocación científicista del estudio del derecho” (LÓPEZ LÓPEZ, E. Liliana, *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat – Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., San Luis Potosí, 2011, p. 189). A lo largo de todo el capítulo 3 justifico la impotencia explicativa no sólo del principio monista del derecho, sino muchos aspectos del paradigma jurídico moderno en el que se inserta.

55 Este es el criterio de Libardo José Ariza (*Identidad Indígena y Derecho estatal en Colombia*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 86).

56 André Hoekema señala como pluralismo jurídico social a aquella situación en la que coexisten dos o más sistemas de derecho sin que este evento sea reconocido por parte del Estado. Según él, la convivencia de varios sistemas de derecho es reconocida por parte del Estado, estamos frente a un pluralismo jurídico formal. Éste puede ser PJ forma de tipo unitario o de tipo igualitario. En el primer caso, el Estado conserva la facultad unilateral de determinar la validez, legitimidad y el ámbito de los sistemas de derecho que él mismo reconoce. Normalmente el reconocimiento estatal a esos otros derechos se concentra en sus expresiones consuetudinarias (derecho consuetudinario), pero está sujeto a la merced del Estado, por lo que es bastante débil y restringido. Debido a esto último, y a que no cuestiona de raíz la formación jurídica, es la figura más recurrente en los ordenamientos estatales, pues mantiene una relación de supraordinación entre el Estado y “su” derecho nacional respecto del otro(s) sistema(s) (entre los ejemplos de esta categoría pueden mencionarse algunos aspectos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT). En el segundo caso, en el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario se registra una simultaneidad igualitaria de diferentes sistemas jurídicos en sentido social, es decir el derecho estatal no puede modificar unilateralmente las reglas que mantienen el reconocimiento de los demás derechos no estatales. Éstos, tienen “su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto tiene derecho a que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional por los demás”, según Hoekema, ambos tipos de pluralismo pueden eventualmente complementarse, cfr. HOEKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *loc. cit.*, p. 269-271.

temente distintos”. En la medida en que la validación interna de esos otros derechos depende del derecho estatal, o en la que éste determina las reglas en función de las cuales los primeros han de funcionar, no hay pluralismo jurídico. Nos encontramos frente al apuntalamiento de un *monismo jurídico* escondido tras los “esfuerzos” múltiples del derecho estatal por “reconocer” o “incorporar” a otros sistemas jurídicos. Hay aquí un proceso de fortalecimiento del derecho estatal que ha conseguido restablecer su monopolio jurídico engullendo a los otros sistemas jurídicos, manifestaciones diversas del propio derecho estatal disfrazadas de pluralismo jurídico.

Por otra parte, la marca del *centralismo jurídico* que todavía tienen las discusiones ius-pluralistas, se ilustra en el hecho de que muchas de las teorizaciones sobre el PJ -lo mismo desde la sociología que desde la antropología jurídicas- mantienen la contradicción de tener al derecho estatal como protagonista en el análisis. Llegando en ciertos casos, según se concluye de sus referencias al mismo, a asumir a éste como “el” derecho, aunque se le aluda justo para lo contrario⁵⁷.

Las definiciones del PJ, así como las distinciones internas hechas alrededor del mismo, nos regresan al planteamiento arriba anotado, respecto de considerar al PJ como fenómeno empírico y/o como modelo teórico. Después de observar posiciones diferentes que implícita o explícitamente lo refieren como lo uno o lo otro, adquiere sentido recordar que detrás de toda “descripción” de la “realidad”, hay una concepción de ella. En todo nombramiento y caracterización de la realidad social están implícitas previas construcciones teóricas y posicionamientos a su respecto. Las características y cualidades no son “entes” o “cosas” propias a la realidad social, cuya existencia esté ahí evidente y dispuesta a ser descubierta por el investigador/a. Esto es, resulta imposible -o insostenible- afirmar la existencia “empírica” de una pluralidad jurídica, sin un concepto implícito del derecho (del mismo modo que es imposible elaborar un concepto del derecho sin tomar insumos de la realidad social, a la que nombra y frente a la cual se posiciona hacerlo⁵⁸).

57 Es el caso de Sally Merry.

58 Esta separación entre lo descriptivo como reflejo de la realidad (que tiene un tufillo cercano al principio de objetividad ya ampliamente cuestionado dentro y fuera de las ciencias sociales) y lo doctrinal o teórico queda clara en estos fragmentos “justo cuando el lector empieza a creer que está frente a un concepto distinto... de pluralismo jurídico en el sentido descriptivo fuerte, Gilissen enuncia sin solución de continuidad dos supuestos ejemplos del “*pluralisme juridique*”, el primero de los cuales es una manifestación doctrinal pura, mientras que el segundo es un ejemplo empírico”, más adelante continúa en la misma línea “para una teoría descriptiva resultaría imposible definir, en relación con reglas y situaciones, las ideas subyacentes de “diferencia” y “similitud”, ya que esa distinción no es empírica sino jurídico-doctrinal”, (GILISSEN, John, Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique” en GILISSEN, John (ed.), *Le Pluralisme Juridique*, Bruxelles, 1971, págs. 163, 165). En referencia al craso error (de Griffiths) que guarda confundir los fenómenos con la teoría que los explica Tamanaha arremete “No es necesario ser un escéptico para aceptar que el derecho es una construcción social y que, por lo tanto, no hay ningún acceso al derecho que no sea mediado. El derecho es una creación conceptual. Aún para los científicos,

El derecho mismo, considerado como normas, como forma de control, como discurso, como memoria o de cualquier otro modo, es un concepto que evoca una abstracción a la que no se le puede adjudicar sin más, un correlato empírico. En ese sentido, la referencia al PJ como fenómeno estaría inserta y contenida en el PJ como modelo teórico jurídico.

El paradigma del pluralismo jurídico implica una crítica al paradigma jurídico dominante respecto de la forma de concebir al derecho y de abordar su estudio. Involucra también la búsqueda y propuesta de alternativas al mismo, rumbo a la generación de un nuevo sentido común jurídico⁵⁹, mismas que ha iniciado exhibiendo los límites del paradigma jurídico moderno, cuestionando y removiendo la estatalidad como rectora en la producción y aplicación del derecho, y su protagonismo en el estudio del mismo. Como todo paradigma, máxime si confronta al dominante, está en proceso de construcción, y por tanto no exento de contradicciones e inconsistencias.

5.3.- Cuestionamiento de la centralidad del derecho estatal en la regulación jurídica moderna

Poner en tela de juicio el monismo jurídico significa no sólo cuestionar la afirmación de que el derecho únicamente es producido por el Estado, sino también y como consecuencia directa, el que el derecho estatal mantiene la centralidad en la regulación jurídica contemporánea. Deshecha la identidad principal –derecho igual a derecho estatal– se hacen visibles los múltiples ejemplos que la ilustran.

Por un lado, en el ámbito internacional, la acción reguladora estatal es cada vez menos autónoma, progresivamente menos decidida de manera exclusiva por el Estado. Esto se debe –entre otras causas– a que las funciones reguladoras del Estado-nación han pasado a ser dependientes de las características e imperativos del mercado y de la globalización económica⁶⁰. Un ejemplo ilustrativo se halla en la autorización de créditos y un concepto acerca de qué es el derecho debe preceder cualquier observación del derecho como hecho” (TAMANAH, Brian, *op. cit.*, p. 239).

59 SANTOS, Boaventura de Sousa, “La transición postmoderna: Derecho y política”, *Doxa*, Núm. 6, 1989, Madrid, p. 252.

60 La acción estatal tendiente a eliminar los obstáculos políticos es una dimensión meta-contratual crucial de los contratos transnacionales (Cfr. *Objetivos centrales del PPP*, www.ppp.sre.gob.mx, consulta del 2 de abril de 2005). En los lineamientos del ALCA se pueden encontrar copiosos casos que confirman la adaptación de la gestión regulatoria del Estado-nación en función de las exigencias del mercado y del capital financiero transnacional. (Al respecto puede ponerse por ejemplo el artículo 1, -y ss.-, *Sección A, Capítulo XX del Tercer Borrador del ALCA*, “Artículo 1. Naturaleza y Alcance de las obligaciones. 1.1. Cada Parte [otorgará] [asegurará] en su territorio a los nacionales de las otras Partes, protección y observancia adecuada y eficaz para los derechos de propiedad intelectual. Cada Parte asegurará que las medidas destinadas a la protección y observancia de esos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo [ni al desarrollo socioeconómico y tecnológico]”, http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXX_s.asp,

préstamos condicionada a la adopción de políticas públicas y legislativas⁶¹ impuesta por las Instituciones Financieras Internacionales mayormente a los países periféricos. En un tenor similar se ubica la influencia de presiones internacionales para establecer modificaciones en la legislación doméstica, sobre todo en materia de recursos naturales (minerales, petróleo, agua, maderas) y aspectos relativos⁶². Por el otro, está el ámbito intranacional. Aquí, la pluralidad jurídica involucra la coexistencia en un mismo espacio geográfico-político de un sistema jurídico oficial, accidentalizado, legal junto a otros ‘no-oficiales, locales, tradicionales’ de frecuente raigambre comunitaria. En el espacio intranacional se observan pulular una variedad de sistemas jurídicos coexistiendo en la misma delimitación política. En América Latina, podríamos citar como ejemplos desde los sistemas jurídicos indígenas de Colombia o Bolivia, hasta las favelas en el Brasil. Como en otras latitudes, en México el Estado tampoco tiene el monopolio de la producción jurídica tal como lo demuestran los casos de la Policía Comunitaria en Guerrero, el Consejo de Gobierno Comunal de Chéran en Michoacán, las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, entre muchos otros.

El monismo jurídico no sólo se ve discutido por la existencia de sistemas jurídicos paralelos al estatal, sino también por la remoción de la centralidad del derecho del Estado por *otros* centros, esto es, la *poliцентриdad*. Ésta representa: (a) que el Estado no es el único productor de derecho, sino que hay muchos otros centros de producción jurídica

consulta del 18 de septiembre de 2009). No es únicamente, el Estado quien decide las directrices en sus acciones de gobierno, sino que la entidad estatal está cada vez más condicionada por las fuerzas del mercado global o –que es lo mismo– de algunas instituciones que posibilitan la plena actividad del mismo. Nos referimos a las Instituciones Financieras Internacionales: Banco Mundial (BM), Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Interamericano de Desarrollo (BID). V. también, SANTOS, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002, p. 20.; SANTOS, Boaventura de Sousa, SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Capítulo I. Colombia. El revés del contrato social de la modernidad”, en SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (dirs. y coautores), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico. Tomo I*, Colciencias-Ediciones UNIANDES- Facultad de Derecho-Cijus-Centro de Estudios Sociais- Universidad de Coimbra-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

61 V. MAÑAN GARCÍA, Oscar Mario, “Las condicionalidad estructural de las IFIS y la autonomía de la política económica. Crítica a los argumentos de la impotencia”, *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, Número 39, México, 2004, pp. 85-207; Fondo monetario Internacional (FMI), Condicionabilidad del FMI, Ficha técnica, <http://www.imf.org>, consulta del 10 de abril de 2005.

62 Díaz Polanco explica de qué forma estuvo estrechamente conectada la trascendental modificación al artículo 27 constitucional (hecha en 1992 en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari), tendiente a allanar la legislación doméstica de acuerdo al contenido del TLCAN, en las vísperas de su firma. DÍAZ POLANCO, Héctor, *La rebelión zapatista y la autonomía*, Siglo XXI, México, 1997, pp. 144 y ss.

entre los cuales es uno más; y (b) que el derecho estatal puede no ocupar el lugar principal dentro de esa multiplicidad de centros.

5.4.- Presupuestos teórico epistemológicos que plantea el PJ

5.4.1.- Replantear las fronteras entre *ser* y *deber ser*

La distinción entre *ser* y *deber ser* que abrazó casi sin cuestionamientos la dominante ciencia del derecho, hizo parte de la delimitación de su objeto de estudio. Por supuesto, esa fue una separación de carácter ideal a su vez, que formaba parte de la idea que la propia ciencia del derecho debió construir sobre aquello que estudiaba y, por lo tanto, de sí misma. Bajo, el pregón de que sólo describía y analizaba lo que era el derecho, en realidad la ciencia del derecho al interpretar, al definir, al señalar una respuesta de entre muchas como “racional”, orientó muchas veces en los hechos, lo que el derecho debía ser. Desde luego, las más de las veces sin reconocer esa dualidad. Pero ignorar algo nunca ha sido suficiente para desaparecerlo. El pluralismo jurídico propone replantear abierta y explícitamente esta separación. No para regresar a fincar la validez del derecho en la justicia o en metanormas (iusnaturalismo). Tampoco para dictar un recetario sobre los contenidos que deberían habitar el derecho. Sí para establecer la conexión necesaria –pero extraviada- entre realidad social y derecho. Y también para que la cualidad prescriptiva que siempre tuvo la ciencia del derecho, deje de ser bastarda. Hay más razones para atender la materia sustancial que integra los sistemas jurídicos, que para despreocuparnos de ella. En ese sentido, el paradigma iuspluralista ha de servir, en un primer momento, para romper la heredada y rígida división entre forma y sustantividad del Derecho. En un segundo momento, para proponer vínculos entre sustantividad jurídica y realidad social.

5.4.2.- *Contaminar* el análisis con elementos contextuales (culturales, políticos y sociales)

Dentro de las concepciones del modelo positivista, centrales en la conformación del paradigma jurídico dominante, la asepsia metódica y la abstracción se presentaron como constantes.

La característica abstractificadora se observa inequívocamente en la referencia circular que hace del fenómeno jurídico⁶³ (autorreferencial), donde el centro del análisis se mantiene en la norma en sentido estricto⁶⁴ y en elementos puramente formales. Pero se

63 Es el caso de Hans Kelsen y Herbert Hart, v. NINO, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia Jurídica”*, Fontamara, México, [1979] 2003.

64 Pues en muchas ocasiones no se incluyen principios y directrices. Sobre estas distinciones v. ZAGREVELSKY, Gustavo, *Derecho ductile. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Trotta,

observa también en el tratamiento que se hace del sujeto (la justicia es ciega): cuando aparece, el sujeto concreto aparece como mera referencia contingente dejando en su sitio a un sujeto siempre abstracto; en el resto de las ocasiones el sujeto resulta inexistente. Así, se logra teorizar sobre el fenómeno jurídico, que busca regular/controlar la conducta de los individuos humanos, prescindiendo de éstos en el peor de los caos, y en el mejor, abstrayendo de éstos su humanidad concreta. Este procedimiento abstractificador, permitió tanto en el derecho como en la ciencia que lo estudiaba, mantener la contradicción de prescribir conductas que desarrollarían sujetos concretos, desatendiendo los acontecimientos en la materialidad real de los mismos. Por su parte la asepsia o pureza metódica como mencioné, consistió en expulsar de la ciencia del derecho y de las teorizaciones en torno a él, todo elemento que no fuera exclusivamente jurídico. Bajo la lógica de la pureza metódica cualquier elemento sociológico, religioso, cultural fue analíticamente omitido, lo cual dio como consecuencia una visión parcelaria⁶⁵ del fenómeno jurídico. Abstracción y asepsia fueron dos características mutuamente.

El PJ en cambio plantea “contaminar” el estudio del derecho. Contaminar el estudio del derecho significa reconectarlo con su concreción social, reconociendo que en su construcción y en el contenido del mismo se reproducen relaciones de poder y características socioculturales proporcionales al momento espacial-temporal en que éste se desarrolla. Revelar las ascendencias socioculturales y políticas dentro del derecho es un movimiento que precede y acompaña al acercamiento de éste a la realidad social. El pluralismo jurídico propone apuntar dónde tiene lugar ese sistema jurídico, qué sujetos lo producen y bajo que contextos culturales, dónde está radicada su validez, cuál es la relación entre normas y la observación de las mismas, cómo se expresan y cómo se resuelven los conflictos de competencias entre dos sistemas jurídicos en colisión, entre muchos otros temas. Así visto, el término contaminar se dirige al mismo tiempo en sentido opuesto tanto de la abstractificación como de la pureza metódica. Por una parte, combate la abstracción porque restaura la relación del derecho con la realidad social. Sólo eso permite al derecho cumplir sus fines y acercarlo a sus destinatarios. La restauración analítica del nexo entre derecho y realidad social se expresa también en la atención a los contenidos sustanciales y no sólo formales en la conformación y dinámica del derecho.

Por la otra, cuestiona la pureza metódica al incorporar elementos originalmente “no jurídicos” provenientes de los contextos socioculturales estudiados. No implica en absoluto rechazar el estudio del derecho los elementos “estrictamente jurídicos” (eso omitiendo el

Madrid, 2003.

65 En el sentido de separación constante de los fenómenos y de los campos del saber entre sí, así como de sus respectivos métodos. V. SOLÓRZANO ALFARO, Norman José, *Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno*, en DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (coord., coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002, particularmente la nota 12, p. 145.

debate de si lo estrictamente jurídico está definido incontrovertiblemente), pero sí considerar exclusivamente tales elementos. Ir a contrapelo de la asepsia metódica es admitir que el sentido común, la religión, la moral, las costumbres y tradiciones, tienen un lugar no reconocido dentro de lo jurídico. Lo nutren, y a veces hasta lo constituyen. Cuando un ojo crítico dispuesto a ver se acerca lo suficiente, con frecuencia verá que los límites entre lo que es jurídico y lo que no, son difíciles de definir (sobre todo en el caso de los derechos no estatales).

Contaminar el estudio del derecho forma parte de los precios que ha de estar dispuesta a pagar una ciencia jurídica que quiera estudiar realmente cómo se comportan los múltiples sistemas jurídicos y no sólo el reducido espectro de las legislaciones, y a lo mucho, las determinaciones judiciales de los sistemas jurídicos estatales.

5.4.3.- Desplazar al Estado como centro analítico privilegiado

Congruente con la propuesta nuclear del PJ, el estudio del derecho dentro de los marcos iuspluralistas da al derecho estatal el lugar que tiene: un lugar más entre la amplia gama de derechos⁶⁶. Desde luego, no puede obviarse que el derecho del Estado ocupa un lugar importante, en muchos aspectos y espacios, primordial frente a otros⁶⁷. El PJ tampoco pretende agotar el predominio estatal en el derecho por mera declaración. Pero sí busca contribuir a reducir el halo de omnipotencia que acuñó en torno a él el paradigma jurídico dominante. Ampliar la atención a las múltiples formas que presenta el fenómeno jurídico contemporáneo, contribuye a minar el dominio simbólico del derecho estatal.

5.4.4.- Incluir el análisis jurídico a los elementos sustanciales junto a los formales

El pautaje de conductas individuales y/o colectivas desarrolladas en sociedad permite la consecución de los fines del derecho que conocemos, *grasso modo*, como bien común,

66 Antonio Carlos Wolkmer. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nova cultura no Direito*, Editora Alfa Omega, Sao Paulo, 2001, p. 7.; SANTOS, Boaventura de Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

67 "... el derecho siempre se ha manifestado en la vida de los distintos grupos sociales, cada uno de los cuales puede disponer de un sistema jurídico propio. En este sentido, *el estado no es sino un grupo social más de los que crean Derecho, aunque en la sociedad moderna ha logrado imponerse sobre los demás grupos sociales y monopolizar la producción formal del Derecho*, garantizada por su fuerza coactiva y basada en el paradigma individualista de la modernidad" ARNAUD, André-Jean y FARÍÑAS DULCE, María José, *op. cit.*, p. 87. Las cursivas son mías.

seguridad y justicia⁶⁸. Conceptos cuyo contenido sigue siendo problemático y discutido, pero que el modelo jurídico dominante, congruentemente con la separación entre ser/deber ser⁶⁹ dentro del derecho, expulsó del análisis dentro de la teoría jurídica para reservarlo como tema de la filosofía del derecho. Eludió, con ello, analizar y admitir que todo sistema jurídico positivo se encuentra subordinado a ciertos fines que lo orientan y le imponen contenido⁷⁰.

Toda vez que el derecho tiene como núcleo un objetivo práctico (la regulación/control social), es ilógico pretender su logro omitiendo la conexión entre éste y el desenvolvimiento de hechos dentro de la sociedad a la que tal derecho quiere regular. Atender solamente los procedimientos de producción y aplicación autorizada de las normas jurídicas (elementos formales) y excluir el contenido que en ellas se deposita o se quiere depositar (elementos sustanciales), equivale a renunciar a establecer lazos entre derecho y sociedad. Y equivale también a abandonar los fines que el derecho dice perseguir.

5.4.5.- Objetividad reconstruida, neutralidad inexistente

Los dictados modernos entronizaron la objetividad dentro de la producción de conocimiento científico. La confiabilidad del conocimiento producido era proporcional a la objetividad, esto es a la distancia fijada por el estudioso entre él y su objeto de estudio. Esa distancia contribuiría, supuestamente, a no tomar partido respecto de las manifestaciones del objeto estudiado.

Si convenimos que el estudio del derecho tenga por fin, no sólo producir conocimiento (científico), sino además, que éste ofrezca alternativas para enfrentar los problemas que aquejan a la sociedad de nuestro tiempo, no podemos menos que renunciar a la neutralidad y objetividad científicas. Eso no implica abrir las puertas a la arbitrariedad declarada en la construcción del conocimiento. Sino reconocer que dada la inmersión de todo estudioso en un contexto social determinado, es imposible analizar al mismo o a otro, bajo un manto de neutralidad y objetividad ideal propuesto por el positivismo. Asumir una objetividad dentro del estudio del derecho es una ingenuidad, elocuente quizá, pero ingenuidad al fin. Se quiera o no, las construcciones humanas están plagadas de las características de su contexto socio histórico, así como de su subjetividad creadora. Ade-

68 No es aquí el objetivo ni el lugar para profundizar en estos conceptos.

69 SOLÓRZANO ALFARO, Norman José, *Los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno*, loc. cit., pp. 110-113.

70 DELOS, J. T. *El problema de los fines del Derecho: su lugar en la filosofía del Derecho*, en AA VV, *Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad*, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1997, p. 32. Aunque desde una perspectiva distinta también Kelsen asume a la seguridad como uno de los fines del Derecho.

más, acercar el derecho al devenir social, a las necesidades que el pulso de la comunidad, regulada y por regular, demanda, exige tomar partido frente a ello.

6.- Conclusiones: ¿Por qué el PJ es una opción pertinente?

Me gustaría concluir este artículo con una pregunta y la respuesta tentativa que podría desprenderse de todo lo hasta aquí dicho: ¿por qué el PJ es una opción teórica pertinente? Antes de responderla convendría perfilar un esbozo de acuerdo mínimo. No por su consenso sino porque a estas alturas del debate, no pesa sobre ellos un desacuerdo profundo:

- 1) El pluralismo jurídico es una propiedad de estructuras sociales, llámesele a éstas campo social, campo social semiautónomo, grupo social o unidad política. No es exclusiva de las sociedades con pasado colonial.
- 2) La coexistencia de derechos no-estatales no depende del reconocimiento que de ellos haga el derecho estatal. Dejando de lado, por el momento, la identificación de qué es el derecho, podría afirmarse que hay dos sistemas jurídicos distintos independientemente de si se reconocen entre sí como tales.
- 3) Los derechos o sistemas jurídicos que coexisten en determinado espacio social no lo hacen de forma aislada unos respecto de otros, sino que interactúan. A veces colisionan (cuando regulan la misma situación de forma diferente y/o contrapuesta o cuando los ámbitos de competencia se empalman). En otras se complementan, pero invariablemente se configuran mutuamente. Aunque cada uno de los derechos coexistentes “posee un espacio social privilegiado y su propia dinámica temporal”⁷¹, se interpenetran y traslapan, dando lugar a franjas cuya pertenencia a un sistema u otro, es difícil ubicar (interlegalidad).
- 4) El pluralismo jurídico asume que el derecho es policéntrico, esto es, que varios centros sociales lo producen. Uno de esos centros es el Estado, pero no el único, y en ciertos casos, tampoco el principal.

El pluralismo jurídico es mucho más que un concepto que habla sobre el Derecho. Constituye un cambio estructural en los cimientos de la forma predominante en que se ha estudiado el derecho y por eso, necesariamente una forma diferente de concebirlo y de guiar los estudios sobre el mismo. Por todo ello se afirma de él que es un paradigma jurídico. Un paradigma cuya pretensión es criticar, rivalizar y superar el paradigma jurídico moderno -que es el dominante y que ha tenido como núcleo al iuspositivismo- y que concibe al derecho de forma chata, con proposiciones y principios impotentes para

71 (López López, E. Liliana, *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, op. cit., p. 204)

explicar cómo es, cómo funciona y por qué se comporta como lo hace el amplio espectro sociojurídico contemporáneo. La propuesta iuspluralista, sin negar que la estatal sigue siendo la instancia social dominante productora de derecho, reconoce que hay una multiplicidad de expresiones jurídicas con dinámicas propias. Con esto regreso a la pregunta planteada al inicio de estas conclusiones. En una apretada y escueta contestación a la pregunta arriba planteada, diría llanamente que el pluralismo jurídico posee mayor pertinencia frente a otros paradigmas, porque frente a ellos proporciona herramientas teóricas idóneas -muchas de ellas más potentes que las del paradigma dominante- para explicar cómo está conformado y cómo se comporta el amplio espectro sociojurídico actual, enfáticamente el mexicano y el latinoamericano. Pero también para comprender los patrones de producción y cambio que sufren los derechos estatales, que conduce a pensar en ellos no ya como universos autodeterminados, sino como piezas insertas en una regularidad a nivel mundial.

El paradigma jurídico dominante mostró sus bondades, pero también sus límites. Las primeras se concentraron en la exploración y explicación de la lógica interna del derecho. Los segundos radicarón precisamente en explicar al derecho y su dinámica, al margen del contexto social del que forma parte y que a su vez, también lo constituye, lo cual trajo como consecuencia un perjudicial blindaje analítico. Restringió el significado del derecho hasta hacerlo coincidir con derecho estatal. Luego, todo lo que salió de los estrechos marcos de lo considerado como derecho, quedó negado como tal, oscurecido a la observación y desperdiciado para la teoría y la práctica jurídicas. El PJ ha contribuido a explicitar esos límites. Pero también ha construido paulatinamente alternativas a ellos, tal como he mostrado. En ese sentido, el PJ se erige a sí mismo como una alternativa paradigmática y en tanto tal, impulsa la construcción de un nuevo sentido común jurídico. Como todo paradigma, máxime si confronta abiertamente al dominante, está en proceso de construcción, y por tanto, no exento de contradicciones e inconsistencias.

Debido a que la fuerza de verdad de un paradigma emergente que se expone como alternativa se desarrolla básicamente en la arena retórica y pragmática, precisamente porque los criterios de verdad conocidos se encuentran anclados al paradigma cuestionado y por tanto son también ellos mismos cuestionados, sólo se puede hablar en estricto sentido del pluralismo como una opción paradigmática preferente en la arenas pragmática y retórica. En una versión resumida, pero menos escueta que la planteada al inicio de esta conclusión, precisaré algunas de ellas.

1. El PJ permite, sin ser universalista, captar de forma ambiciosa la amplia gama de maneras en las que se presenta el fenómeno sociojurídico dentro de la (cada) dinámica social específica.
2. El paradigma iuspluralista es una herramienta teórica más apta para entender y explicar la complejidad en que se desenvuelve el fenómeno jurídico de nuestro tiempo. Quizá esa sola cualidad sería suficiente para abogar por su preferencia sobre el mo-

dero y sobre otros: porque contribuye a la comprensión en la mutación constante del la realidad sociojurídica en lugar de contraerla para, sólo así, aprehenderla (tal como lo hizo el positivismo en la modernidad).

3. El paradigma iuspluralista se revela como el marco guía como imprescindible para una –también imprescindible– (re)concepción amplia del derecho. Esto incluye la manifestación plural de ordenamientos jurídicos que coexisten en formas diferentes, simultáneas y paralelas, dentro de las sociedades contemporáneas⁷².
4. El pluralismo jurídico posibilita un análisis del fenómeno sociojurídico mucho más equilibrado que sus pares. Entendiendo que la imposición de normas jurídicas ha formado parte de la opresión y de la colonialidad expresada en el derecho, reconocer como jurídicas expresiones desacreditadas como tales por el paradigma dominante, contribuye a revelar las prácticas coloniales de éste. Y el hacerlo constituye un paso necesario para contrarrestarlas. En la inteligencia de que las instancias y los procesos emancipatorios, abarcan pero exceden por mucho, al ámbito exclusivamente jurídico.
5. En estrecha relación con la anterior está ésta: Debido a que el iuspluralista es un paradigma que acepta la existencia de múltiples centros productores de derecho, constituye un marco propicio para la convivencia y no sólo la coexistencia, entre culturas jurídicas diversas. Si bien, no es garantía de que esto se logre. El reconocimiento mutuo implica una condición *sine qua non* que el paradigma moderno no aportó, sino que al contrario, combatió insistentemente. El PJ no presupone juicios valorativos favorables respecto de los sistemas jurídicos no estatales sólo por serlo. El derecho no-estatal no es por definición más o menos democrático que el derecho estatal, los casos que pueden cumplir con tal característica no representan motivos que garanticen tal condición anticipadamente⁷³. Alejarse de la mitificación que pueda construirse respecto de los ordenamientos jurídicos no estatales (como los indígenas) es un cuidado que no debe abandonarse. Suponer que las autoridades que ejecutan y contribuyen a la creación del derecho en ambientes más comunitarios, por definición expresan un sentimiento necesariamente común, apegado al “derecho del pueblo” es falsa, en tanto las pugnas internas y la tensión, tampoco desaparecen allí, como no lo hicieron en el escenario nacional⁷⁴. El pluralismo jurídico no asegura respecto del derecho contenidos ético-políticos preferibles a otros modelos, en tanto las con-

72 SANTOS, Boaventura de Sousa, *La Globalización del Derecho...*, *op. cit.*, p. 26.

73 Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, David, “Sobre el Derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad” en DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (coordinador y coautor), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, ITESO-UAA-Porrúa, México, 2002, particularmente pp. 23 y 24.

74 Por ejemplo, Daniel Nina expone el caso de un derecho no estatal donde se reproducían las sanciones opresivas del derecho estatal durante el régimen del apartheid, aún cuando éste ya había desaparecido formalmente, v. NINA, Daniel. “El derecho como memoria colectiva. Reflexiones

diciones socioestructurales en las que se desarrolle el fenómeno jurídico –y no sólo sus contenidos y dinámica interna– no hagan posible en su conjunto, la deseabilidad de tal contenido.

Finalmente, el PJ concurre en un primer momento para trivializar, descanonizar, relativizar el derecho en general y especialmente la ley estatal⁷⁵. La ley (estatal) –sus defensores y estudiosos– deben así elegir entre permanecer inmóvil, pero ignorada, o adaptarse a la dinámica social bajo el precio de ser devaluada como referente normativo. Hacerlo posibilita comprender mejor al derecho y su movimiento. Lo cual pasa por volver visibles a la teoría y a las investigaciones sobre el derecho, amplias manifestaciones que fueron sistemáticamente ignoradas. El pluralismo jurídico ofrece explicar dónde están y cómo funcionan esos ignorados derechos-no estatales, pero también ofrece explicar otras aristas de cómo funcionan los propios derechos estatales que han perdido progresivamente su unidad, y hasta la centralidad en la ordenación social⁷⁶.

Retomar la perspectiva del paradigma iuspluralista resulta inaplazable específicamente para descubrir en toda su dimensión el carácter verdaderamente normativo de la vida social. Y así, desvelar también su carácter opresor y detectar la potencia emancipatoria que éste anida. Un debate paradigmático incluye el reconocimiento y debate de las tesis no sólo analíticas, sino también –y necesariamente– políticas del paradigma jurídico en crisis (el moderno) y del emergente (el pluralista). Muchos de esos derechos no estatales, fueron ocluidos junto a las estrategias de resistencia que desarrollaron frente a los derechos estatales que los combatían y a las prácticas jurídicas y no, surgidas al margen de los constreñimientos que sí tuvieron los sistemas jurídicos estatales. Sólo con un conocimiento expandido y expansivo de la realidad social –la jurídica incluida– se podrán construir respuestas y/o soluciones sociales que posibiliten la emancipación humana.

en torno del imaginario jurídico en la justicia popular” en CORREAS, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CIICH-UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

75 SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia un entendimiento posmoderno del derecho”, *Frónesis*, Vol. 1, Núm. 2, Diciembre, 1994, Maracaibo, p. 169.

76 Santos lo afirma en consonancia con anteriores planteamientos de Gurvitch: “vivimos en diferentes y solapados órdenes legales y comunidades legales. En vista de que los diferentes órdenes legales son no sincrónicos, los patrones particulares de significado, los cuales activamos en contextos prácticos específicos, con frecuencia son mezclas complejas de diferentes generaciones de leyes, algunas viejas, algunas nuevas; algunas en decadencia, otras emergentes; algunas nativas, otras importadas; algunas testimoniales, algunas impuestas”, *Ibidem*.

SECCIÓN 3
ESTUDIOS DE CASO

EL DERECHO ESTATAL FRENTE AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA INDÍGENA ZAPATISTA. MUNICIPIOS AUTÓNOMOS REBELDES ZAPATISTAS Y JUNTAS DE BUEN GOBIERNO

Yacotzin Bravo Espinosa

1.- Introducción

Tradicionalmente, al derecho se le asocia monopólicamente con el Estado como órgano de creación y aplicación de la norma jurídica –positivismo jurídico, teoría en la que se sustenta nuestro derecho—. Así como, es estudiado, conceptualizado y comprendido separada y dicotómicamente de la realidad social.

En cuanto a los pueblos indígenas, el papel del derecho estatal se ha caracterizado históricamente por negar, asimilar e integrar a estos colectivos. En nuestro país a pesar de la importante lucha indígena por el reconocimiento de sus derechos como pueblos, en el 2001 se elaboró una reforma constitucional que instituye de manera parcial sus derechos, sobre todo, el derecho a la libre determinación en el marco de autonomía.

Frente a ello, algunos pueblos y comunidades indígenas han pasado de un proceso de demanda de reconocimiento constitucional de sus derechos como pueblos, al ejercicio de ellos por la vía de los hechos. Un ejemplo, es el movimiento indígena zapatista en el estado de Chiapas, el cual, desde su surgimiento ha desarrollado un proceso autonómico con características particulares a nivel comunal y supracomunal.

Debido a lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo analizar desde la experiencia indígena zapatista la forma en cómo los pueblos indígenas desde su práctica ejercen sus derechos y construyen su derecho y poder público al margen del marco jurídico estatal. Espacio autónomo que desde sus particularidades y percepciones evidencian las limitaciones y ausencias de la forma de organización estatal y el marco jurídico que lo sustenta, así como los antagonismos entre los anteriores y las realidades indígenas.

Para lograr tal objetivo, en un primer apartado se conceptualizará, de modo general, lo que se entiende por derecho a la libre determinación, sus contenidos y alcances. En segundo término se situará la forma en cómo se reconoce este derecho en la legislación vigente. En la tercera parte se desarrollaran las características y particularidades en las que se ejerce la autonomía indígena zapatista en el nivel municipal y regional, con el objeto de dar elementos de comprensión para localizar las limitaciones de la organización federal, el derecho oficial en el que se sustenta, así como la forma en que se ejerce el poder público en México.

2.- El derecho a la libre determinación en el marco de autonomía. Un derecho trascendental para la existencia de los pueblos

El reconocimiento del derecho a la libre determinación ha sido una de las demandas centrales de la lucha indígena en México. La libre determinación, según el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho fundamental que deben gozar todos los pueblos pues su ejercicio es condición indispensable para su existencia. A través de su ejercicio es que los pueblos poseen la capacidad para autoafirmarse, autodefinirse, autodelimitarse y autodisponerse o gobernarse.¹ El derecho a la libre determinación se encuentra positivizado en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.²

En nuestro país, la demanda de libre determinación ha sido reivindicada por los pueblos indígenas en el marco de la autonomía.³ Esto implica que los pueblos indígenas deciden ser parte del Estado en el que se encuentran situados y al interior tienen el derecho de constituir la forma de gobierno por la que quieren regirse conforme sus necesidades e intereses colectivos; estructuran y organizan sus órganos de gobierno; eligen a sus autoridades conforme sus mecanismos de toma de decisión; tienen la facultad para crear y aplicar normas;⁴ delimitan su territorio, así como determinan su desarrollo social, cultural y económico.

La configuración de la autonomía no es homogénea, depende de las características y necesidades culturales, sociales, políticas y económicas de cada pueblo o comunidad que convergen en su ejercicio, así como de los contextos externos e históricos en los que se encuentran insertos. Es, por ello, que la autonomía puede ejercerse en diferentes

1La autoafirmación es la *voluntad* del pueblo para afirmar sus características peculiares y defender sus intereses colectivos; la autodefinición es la *capacidad* de determinar por el propio pueblo a los sujetos que lo constituyen; la *autolimitación* es la facultad de establecer sus límites territoriales, y la *autodisposición* es la capacidad de gobernarse y tomar decisiones conforme los intereses comunes del grupo. Véase DE OBIETA CHALBAUD, José. A, *El derecho humano a la auto determinación de los pueblos*, España, TECNOS, 1989, pp. 63-78.

2 Estos instrumentos al ser ratificados por México forman parte de la normatividad interna, sin embargo, sólo los Pactos tienen carácter vinculante

3 A diferencia de la autonomía, la autodisposición externa se ejerce para determinar el status político y jurídico, así como el futuro colectivo de un pueblo frente a otros a través de: a) la decisión de unirse a otros pueblos para formar un estado, y b) la decisión de separarse por completo del estado al que pertenece y constituir un estado independiente mediante de la secesión o independencia. Para profundizar en esta discusión véase DE OBIETA CHALBAUD, José. A, *op. cit.*, pp. 63-78.

4 LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas*, México, CONACULTA-Centro de Orientación y Asesoría a los pueblos indígenas, 2002 y DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indígenas*, México, Siglo XXI- UNAM, 1991.

niveles y con distintos alcances adoptando formas comunales, municipales y regionales. Así como, la pueden ejercer colectivos monoétnicos o pluriétnicos.⁵

Los niveles supracomunales de la autonomía son la expresión de la forma de organización, los principios culturales y cosmogónicos comunales que se retoman y proyectan en un espacio territorial, social, jurídico y político más amplio. Estos niveles se constituyen en una estructura de vinculación y organización entre las comunidades indígenas, y entre las comunidades indígenas y actores externos; en estos espacios se opera y decide dentro de la lógica étnica pero sobre aspectos individuales o colectivos más amplios. Héctor Díaz Polanco, al hacer referencia a la autonomía regional, expresa que, cuando se habla de este nivel se piensa que se instituirá en una relación jerárquica ascendente, de arriba hacia abajo, porque es una estructura ajena a los pueblos de diseño burocrático, externo e impuesto. Y que la autonomía comunal nace desde abajo. Sin embargo, el nivel regional es una construcción de abajo hacia arriba ya que son la expresión de las estructuras de las comunidades indígenas que consolidan formas superiores de autogobierno, amplían su delimitación territorial y coordinación autonómica.⁶

No obstante, al ser las comunidades indígenas sociedades dinámicas que se encuentran en constante interacción con factores y sujetos externos, los niveles supracomunales también son producto de nuevos elementos culturales, sociales, políticos y jurídicos que se apropian y/o se crean de acuerdo a las necesidades, problemas y exigencias actuales de los pueblos o se imponen desde el exterior.

Por otro lado, el ejercicio de potestades autonómicas, en sus diferentes niveles, no implica un simple dejar hacer en donde la voluntad del poder estatal sea quien decida cómo, cuándo y hasta dónde otorgar o quitar estas potestades.⁷ Los pueblos y comunidades indígenas son colectividades con regímenes de gobierno, sistemas jurídicos y territorios que, en mayor o menor medida, están históricamente establecidos de modo que el reconocimiento de la autonomía más que ser concedido por el Estado debe ser acordado por los diferentes pueblos, incluyendo al Estado.

En este sentido, los pueblos y comunidades indígenas al disponer de sí mismos e instituirse como diferentes centros de poder público y derecho dentro de la vida estatal deben tener al exterior la capacidad para decidir libremente la manera en quieren insertarse al Estado, el tipo de relaciones que desean mantener con otros grupos y con el propio Estado, así como la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones con los demás grupos y pueblos. Todo esto en un escenario de reconocimiento y coordinación mutua,

5 INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA, “Propuesta de la Declaración de Jaltepec sobre el derecho y la autonomía indígena como una de las formas de ejercer la libre determinación” en *El estado del desarrollo económico y social de los Pueblos Indígenas de México, 1996-1997*, México, INI, 2000, p. 410.

6DÍAZ POLANCO, HÉCTOR, “Juntas de Buen Gobierno ¿Una etapa superior de la autonomía?” en *Revista Memoria*, núm. 176, octubre 2003, CEMOS, México, p. 16.

7 DÍAZ POLANCO, HÉCTOR, *Autonomía regional, op. cit.*, p. 158.

y en términos de pluralidad y no de subordinación. Por todo lo anterior, el derecho a la libre determinación en el marco de autonomía está íntimamente ligado al principio de democrático de descentralización del poder público.⁸

3.- El derecho a la autonomía en la Constitución Federal

En el 2001, tras una larga lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos, se realiza una reforma constitucional en materia indígena.⁹ Entre los derechos que se reconoce, en el artículo segundo, está el derecho a la libre determinación en el marco de autonomía para que los pueblos y comunidades indígenas decidan sus formas de convivencia y organización social, política, cultural y económica, así como regulen y solucionen sus conflictos internos conforme a sus sistemas normativos, siempre y cuando, no contravengan los principios de la Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos y los derechos de las mujeres.¹⁰ El ejercicio de estos derechos se restringen al nivel comunal, pues al exterior las comunidades sólo tienen derecho a organizarse y asociarse dentro de la esfera del municipio oficial.¹¹ En cuanto a su participación política dentro del gobierno municipal se establece que en los municipios donde la población es mayoritariamente indígena tienen derecho de elegir a sus representantes ante los ayuntamientos mediante sus sistemas normativos o prácticas tradicionales.¹² En los municipios donde la población indígena es minoría la elección se regula por el sistema de partidos políticos.¹³

8 *Ibidem.*, pp. 168 y 169.

9 Esta lucha tuvo un gran impulso a partir del levantamiento del EZLN, el 1 de enero de 1994. Uno de los principales ejes de demanda era el cumplimiento de los acuerdos de San Andrés Sacamch'en sobre Derechos y Cultura Indígena de febrero 1996 -de los que se desprende la Iniciativa de Ley de la COCOPA- para que se elevaran los derechos ahí establecidos a rango constitucional. Sin embargo, estos Acuerdos firmados por el gobierno fueron ignorados en el desarrollo de todas las propuestas gubernamentales. La última iniciativa por parte del EZLN y otras organizaciones indígenas y no indígenas a nivel nacional para que se reconocieran los Acuerdos de San Andrés y la iniciativa de Ley COCOPA, fue la Marcha del Color de la Tierra en el 2001. La respuesta por parte del Estado a esta movilización fueron las reformas constitucionales en materia indígena hechas ese mismo año. Esta reforma provocó el rechazo del EZLN y de movimientos y pueblos indígenas del país, porque su sentido era contrario a los derechos establecidos en los Acuerdos de San Andrés y la Iniciativa de la Ley COCOPA.

10 Artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

11 Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el municipio oficial se configura y regula por el marco jurídico del Estado como el tercer nivel de gobierno dentro de la federación mexicana.

12 Este derecho además de estar reconocido en el artículo segundo de la constitución federal es reglamentado en la Constitución del estado de Chiapas.

13 El proceso electoral basado en el sistema de partidos deja afuera cualquier oportunidad para que las comunidades como colectivos estén representadas dentro de la estructura del municipio oficial.

Como se puede observar, los derechos reconocidos constitucionalmente deja a los pueblos y comunidades indígenas sin posibilidades dentro del marco legal del Estado de ejercer su autonomía en niveles supracomunales, y, en consecuencia, a crear regímenes propios de gobierno, aplicar sus sistemas normativos y delimitar su territorio en ámbitos superiores al comunal. Además, los enmarca en el respeto de los postulados de la constitución como el pacto federal y la soberanía del Estado.

Estas limitaciones jurídicas, entre otras, fueron en el 2001 uno de los motivos de inconformidad de los pueblos y movimientos indígenas frente a la reforma constitucional. Ante este panorama muchos pueblos indígenas pasaron de una fase de demanda de sus derechos a la construcción y reforzamiento de facto de su autonomía que se venía construyendo. En nuestro país las experiencias de autonomía supracomunal son varias, dentro de las más significativas se encuentran los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas y las Juntas de Buen Gobierno en el Estado de Chiapas.

4.- La autonomía indígena zapatista

Para comprender el proceso autonómico zapatista es necesario desarrollar algunos elementos generales que permitirán caracterizar este proceso y con posterioridad, se describirá la forma en que se desenvuelven específicamente los niveles supracomunales zapatistas.

4.1.- Elementos generales para la comprensión de la autonomía indígena zapatista

Esta experiencia autonómica se constituye en el contexto de la lucha indígena zapatista dada a conocer públicamente el primero de enero de 1994 con el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).¹⁴ Los niveles autónomos que se desenvuelven en este proceso son los comunales y supracomunales. Los segundos se conforman por los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ) y las Juntas de Buen Gobierno (JBG). La base de la composición de estos niveles son las comunidades indígenas o individuos de una zona o área indígena que se encuentran dentro de un territorio definido por la influencia del EZLN, denominadas bases de apoyo zapatistas.¹⁵

Los niveles municipales y regionales autónomos instituyen instituciones de gobierno superiores con mecanismos propios de toma de decisión; estructuras de autoridad con

14 Este movimiento le declaró la guerra al gobierno federal y al ejército el primero de enero de 1994, sin embargo, en ese mismo año iniciaron una fase de diálogo con el Estado mexicano y demás movimientos indígenas. En esta etapa se impulsaron diversas iniciativas de diálogo para que se reconocieran a nivel constitucional los derechos los pueblos indígenas. La firma de los Acuerdos de San Andrés Sacamch'en sobre Derechos y Cultura Indígena de 1996.

15 ENLACE, Comunicación y Capacitación. A.C., *Para comprender las autonomías. Una experiencia de aproximación desde tres experiencias en Chiapas*, México, 2004, p. 9.

jurisdicción y competencias propias; normas en diferentes niveles para su funcionamiento, y conllevan una mayor delimitación territorial.¹⁶

Dentro de las particularidades de esta experiencia encontramos la impugnación que las bases de apoyo zapatistas hacen a las instituciones del Estado ya que rebasan mecanismos como la interlocución con el gobierno para resolver problemas básicos, rechazan programas gubernamentales de asistencia o desarrollo social, y cualquier tipo de injerencia gubernamental en sus decisiones y formas de gobierno.¹⁷

Frente a ello, consolidan formas de gobierno en diferentes niveles las cuales parten de la concepción del mandar obedeciendo plasmada en sus instituciones y su funcionamiento —ésta se visualizará más adelante en el desarrollo específico de los niveles de gobierno—; construyen colectivamente soluciones a sus problemáticas y necesidades elementales conforme sus contextos, instituciones y recursos, tanto propios como los que provienen de la solidaridad de la sociedad civil nacional e internacional;¹⁸ aplican y crean normas desde las comunidades, los municipios autónomos y las Juntas de Buen Gobierno y el EZLN, así como delimitan y controlan el espacio geográfico donde se asientan sus bases de apoyo al cual denominan territorio rebelde.

Este territorio se define a través de un proceso de identidad política vinculada con el movimiento indígena zapatista. Se configura al margen de la división territorial política y administrativa del Estado: los MAREZ rompen con la división territorial del municipio oficial¹⁹ porque pueden abarcar dos o más municipios oficiales; y al ser los MAREZ la base de las Juntas de Buen Gobierno, éstas forman un espacio territorial más amplio que abarca varios de MAREZ. Así, el territorio zapatista posee las dimensiones políticas y jurídicas al constituirse como ámbito geográfico en el que las autoridades se atribuyen la facultad de tomar decisiones; dictar actos de gobierno; crear y aplicar sus normas para administrar e impartir justicia, así como resolver sus conflictos y necesidades.²⁰ Ello

16 CERDA GARCÍA, Alejandro, *Multiculturalidad y políticas públicas: Autonomía indígena en Chiapas: México*. Tesis Doctoral en Antropología Social, CIESAS-U. Paris III- Sorbonne Nouvelle, p. 242.

17 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Chiapas: la treceava estela (quinta parte): Una historia” en *La Jornada*, año 19, núm. 6795, 28 de julio del 2003.

18 Muchos de los recursos se obtienen de proyectos productivos y de comercialización que se impulsan en los diferentes niveles. Éstos se organizan a través de cooperativas de venta de café orgánico, artesanías, panaderías, herrerías, zapaterías, tiendas locales y regionales, bodegas de productos, etc. Entrevista realizada a las autoridades de la Junta de Buen Gobierno de los Altos de Chiapas el 29 de noviembre del 2005 por Yacotzin Bravo Espinosa, Leonel Flores y Antonio Franco Santillán, en el marco del Proyecto de Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Ciencias y Humanidades- CONACYT. (De ahora en adelante me refiero a ella como Entrevista JBG).

19 El territorio oficial se establece y delimita en la Constitución mexicana, Constituciones de las diferentes entidades federativas, y la legislación secundaria federal y estatal.

20 Los territorios indígenas poseen dimensiones materiales, culturales, políticas y jurídicas. La dimensión cultural y material del territorio se reconoce en el Convenio 169 de la OIT sobre Pue-

ha provocado un constante enfrentamiento por el control territorial con los gobiernos municipales oficiales y con el gobierno de Chiapas, es decir, por la forma de delimitarlo, llamarlo, distribuirlo, gestionarlo, por el tipo de decisiones y acciones que se realizan sobre él.²¹

Una característica importante de esta configuración territorial es que no es continúa, su delimitación parte de un proceso de identidad política zapatista; en él se asientan las bases de apoyo zapatistas pero generalmente conviven con comunidades, familias o individuos vinculados a diferentes partidos políticos y organizaciones políticas. De este modo se pueden constituir comunidades donde la mayoría de personas son bases de apoyo del EZLN, otras donde constituyen la mitad y otras donde son minoría.²² En consecuencia, los grupos o personas que no son bases de apoyo del EZLN no están obligados a obedecer al gobierno y las normas zapatistas. No obstante, los beneficios logrados con este proceso se extienden a todos independientemente de su vinculación con el EZLN y la construcción de la autonomía “[...] implica el reto de ‘gobernar para todos’ independientemente de su filiación partidista o de posiciones ideológicas.”²³ La pluralidad dentro del territorio zapatista no solo es política sino también cultural. En la formación de los municipios o las JBG pueden confluír comunidades de un pueblo indígena o de diferentes pueblos indígenas, formando autonomías pluriétnicas o monoétnicas. A pesar de que la autonomía indígena zapatista tiene principios básicos que la fundamentan, la forma en que se ejerce en cada Municipio o Junta es heterogénea y tiene diversos alcances.

Por último, un punto trascendental que determina los avances y retrocesos de este proceso, es el contexto de hostigamiento y represión por parte del Estado –tanto local como federal– cuyo objetivo ha sido desarticular la autonomía que las bases de apoyo zapatistas construyen. Entre las medidas que se han impulsado encontramos: la militarización de la zona en el que se ubica el territorio zapatista; políticas de asistencia social y programas públicos gubernamentales (educación, salud, proyectos productivos, etc.) en los lugares donde se encuentran los proyectos autónomos; la agrupación de paramilitares que han implementado una serie de mediadas para hostigar a las bases de apoyo zapatistas y a las autoridades autónomas (como el despojo de sus tierras, asesinatos, entre otras); etc.²⁴

blos Indígenas y Tribales. En su artículo 13.1 expresa: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

21 Por ejemplo, las pugnas por la implementación de servicios públicos, la construcción o pavimentación de carreteras, etcétera., en Cerda García, Alejandro, *op. cit.*, p. 273.

22 *Ibidem.*, p. 253.

23 *Ídem.*

24 A esta política de Estado se le denomina guerra de baja intensidad. Para profundizar en el tema véase HIDALGO DOMÍNGUEZ, Onésimo, “Análisis de la estrategia actual de la contrain-

4.2.- Autonomía municipal zapatista

Los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas se crearon en 1994 como repuesta a la represión y al cerco militar del gobierno federal hacia las comunidades indígenas zapatistas. Cuando surgieron eran 32 municipios y en el 2007 había 31 MAREZ.²⁵

Los MAREZ son constituidos por la decisión de las comunidades indígenas zapatistas que son base de su composición territorial. Éstas son quienes por medio de sus asambleas comunales deciden crearlos, eligen a las autoridades que participan en su estructura gubernamental y vigilan que las autoridades cumplan con sus cargos. Como parte de los niveles autónomos ejercen las funciones de gobierno siguientes: imparten justicia en dos niveles; administran sus asuntos y recursos por medio de prestación de servicios públicos y proyectos autónomos, y crean normas mediante sus procedimientos e instituciones. La integración, características y funcionamiento de la estructura municipal es diferente depende de las necesidades, circunstancias y contexto de cada municipio y comunidades indígenas que lo conforman.

Los órganos que en general integran este nivel son: el Consejo Municipal Autónomo, las autoridades tradicionales, los comités o comisiones municipales, la Comisión de Vigilancia y la policía municipal.²⁶ Estas autoridades funcionan colegiadamente y en coordinación permanente entre ellas.²⁷

El Consejo Municipal Autónomo en la mayoría de los casos está integrado por un presidente autónomo, un vicepresidente, un secretario, un ministro de justicia, ministro de asuntos agrarios y el responsable del registro civil.²⁸ Dentro de las autoridades tradicionales se encuentra el consejo de ancianos. Éste se encarga del desarrollo de la espiritualidad, vela por el cumplimiento de las tradiciones y funge como asesor de las au-

surgencia y la militarización en Chapas (I/II partes)” en *Boletines de CIEPAC. Chiapas al Día*, núm. 501, San Cristóbal de las Casas, 5 de abril del 2006 y Misión de Observación del Grupo de Paz con Democracia, “Balance de las Juntas de Buen Gobierno. Chiapas y las alternativas zapatistas. Segunda parte” en www.jornadasinfronteras.com

25 Informe de los avances en la autonomía zapatista presentado por diferentes autoridades de las Juntas de Buen Gobierno, en Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, comunidad de Oventic del 30 de diciembre del 2006 al 2 de enero del 2007.

26 AVENDAÑO VILLAFUERTE, Elia, *La Reforma del Estado y la Transición a la Democracia. Repercusiones Jurídicas del Caso Chiapas*, Tesis Doctoral, Posgrado de Derecho de la UNAM, México, 1998, p. 277. BURGUETE CAL Y MAYOR, Araceli (coord), *México: Experiencias de Autonomía Indígena*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Guatemala, 1999, p. 247.

27 Entrevista realizada a las autoridades al Municipio Autónomo San Juan de la Libertad el 30 de noviembre del 2005 por Yacotzin Bravo Espinosa, Leonel Flores y Antonio Franco Santillán, en el marco del Proyecto de Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Ciencias y Humanidades- CONACYT. (De ahora en adelante me refero a ella como Entrevista al municipio San Juan de la Libertad).

28 AVENDAÑO VILLAFUERTE, Elia, *op cit.*, p. 277.

toridades nuevas o gobierna en conjunto con ellas.²⁹ Los diferentes comités o comisiones municipales de salud, educación, tierra y territorio, ancianos, mujeres, producción, etc., son espacios que surgen a partir de las necesidades en el ámbito municipal y tienen por objeto dar respuesta a ellas por medio de diversos proyectos autogestivos.³⁰ La comisión de vigilancia se integrada por dos personas elegidas por las comunidades.³¹

Un ejemplo específico de la forma en cómo se organizan y estructuran los MAREZ, es el municipio autónomo San Juan de la Libertad. Este municipio se configura por 20 comunidades indígenas del pueblo Tzotzil. Geográficamente se crea sobre el municipio oficial del Bosque en la zona Altos de Chiapas y colinda con los municipios oficiales de Bochil, Simojovel, Santiago, Jitotol y el municipio autónomo de San Andrés Sakamch'en.³² La cabecera municipal se encuentra en la comunidad indígena San Antonio el Brillante, comunidad integrada mayoritariamente por bases de apoyo zapatistas.³³

La estructura de su gobierno se compone del consejo municipal autónomo, las autoridades tradicionales, la comisión de vigilancia y un cuerpo de 15 policías.

Consejo autónomo	Autoridades tradicionales	Comisión de vigilancia
Presidente Municipal Autónomo y su suplente	Primer alcalde y su suplente	2 Integrantes
Síndico propietario y su síndico suplente	Gobernador y su suplente	
7 Regidores: 3 propietarios con sus respectivos suplentes y los últimos 4 sin sus suplentes	2 Jueces autónomos: el propietario y suplente	
Tres secretarios		
Tesorero municipal		

Tabla 1³⁴

29 BURGUETE CAL Y MAYOR, Araceli (coord), *op cit*, p. 247.

30 CERDA GARCÍA, Alejandro, *op. cit.*, p. 250.

31 Entrevista al municipio San Juan de la Libertad.

32 Este municipio es monoétnico pero su composición política es diversa En él confluyen mayoritariamente zapatistas pero habitan personas de filiación priísta. *Ídem*.

33 Anteriormente la cabecera municipal se encontraba en municipio de El Bosque pero en 1998 se hizo un operativo militar contra este municipio y tras ocupar su sede ubicada en el edificio del municipio oficial del Bosque la cabecera se cambió a San Antonio el Brillante. Véase *Los municipios zapatistas* en www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/marez.htm

34 Cuadro realizado con información de entrevistas en el Municipio Autónomo San Juan de la Libertad.

A pesar de que en el cuadro se visualizan dos estructuras de gobierno, el ejercicio de gobierno no es jerárquico sino horizontal y su funcionamiento es colectivo: no existe división de funciones, la participación es igualitaria y el trabajo se realiza en conjunto. “[...] Es como teoría pero en la realidad los que ocupamos el cargo en el municipio tenemos un acuerdo de unión de todas las autoridades. Entonces si el juez tiene un asunto que arreglar puede intervenir el consejo, y si el presidente tiene un asunto que arreglar con sus regidores, interviene el juez o las autoridades tradicionales. Entonces no se distingue cual es el cargo, todos podemos participar.”³⁵ Además del cargo que estas autoridades cumplen en el municipio tienen que cumplir cargos en la Junta de Buen Gobierno (JBG) a la que pertenecen. Las funciones que realizan en la Junta son de coordinación, representación y comunicación entre la Junta de Buen Gobierno y el municipio.

El tiempo que dura una autoridad en su cargo es de tres años –aunque hay municipios donde el cargo dura un año³⁶-. Los cargos son rotativos a partir de turnos. Los turnos son de seis grupos para abarcar seis turnos respectivamente: tres para el municipio y tres para la Junta de Buen Gobierno a la que pertenecen. No obstante, cuando existe algún problema grave o de importancia se reúnen en asamblea todas las autoridades para resolverlo.³⁷ Cada grupo se forma de autoridades del consejo y las tradicionales pero el grupo designado para cumplir funciones en el municipio se integra también por dos o tres policías.

Las autoridades que permanecen en el municipio autónomo están tres días y descansan 15 días. El grupo que se traslada a la oficina del municipio en la sede de la Junta de Buen Gobierno dura el mismo tiempo –en otros municipios duran ocho días-. “Los demás municipios duran una semana. Hay un acuerdo que dice que nosotros como consejo participamos allá y aquí, se va la gente turnada igual que acá. Si un turno no te toca, te toca al otro, no tiene personal fijo.”³⁸ El cargo se presta de tiempo completo por eso las autoridades se trasladan de su comunidad a la sede del municipio o la JBG.

Los cargos no son remunerados, no se recibe salario. El trabajo se desarrolla por servicio y en beneficio de la comunidad, aunque en algunas ocasiones los desplazamientos son pagados por las mismas comunidades que solicitan su traslado para la atención

35 Una situación que determina esta forma de trabajo es el hecho de que todas las autoridades comparten dos pequeños cuartos de madera. En ellos atienden a la gente de manera conjunta, “No tenemos oficinas separadas, aquí en esta choza estamos todos; aquí están las autoridades tradicionales, la comisión de vigilancia y el consejo [...]” Entrevista al Municipio San Juan de la Libertad.

36 Misión de Observación del Grupo de Paz con Democracia, “Balance de las Juntas de Buen Gobierno. Chiapas y las alternativas zapatistas” en *La Jornada*, año 22, núm. 7415, Sección Masiosare núm. 382, 17 de abril del 2005.

37 Entrevista al municipio San Juan de la Libertad.

38 *Ídem*.

de algún problema. También, los miembros del Consejo son apoyados en los trabajos del campo para que puedan dedicarse a su cargo.³⁹ Otra forma de financiamiento son las tiendas cooperativas que las autoridades construyen para financiar sus gastos.

Al no recibir financiamiento del Estado su presupuesto es limitado. Éste resulta de la cooperación de sus miembros, de integrantes de la sociedad civil nacional e internacional, y del presupuesto que otorga la Junta de Buen Gobierno a la que pertenece.

El gobierno municipal autónomo zapatista no se limita a atender a las bases de apoyo zapatista sino a toda la gente que acuda a ellos, independientemente de la filiación política. “Porque de aquí en esta presidencia autónoma nosotros decidimos de cualquier gente, sea de la organización o del partido. No distinguimos, sea quien sea puede venir. A veces otros regidores del Bosque [municipio oficial] vienen a pedir quejas aquí porque los tratan mal allá.”⁴⁰

Estructura del Municipio autónomo San Juan de la Libertad



Elaborado con información de la práctica de campo realizada en noviembre del 2005.

4.2.1.- Forma de elección y control de las autoridades municipales

En el municipio San Juan de la Libertad el procedimiento para elegir a las autoridades del consejo autónomo se realiza en dos niveles de asamblea: primero, en las asambleas generales de cada una de las comunidades se elige a las personas para ocupar los cargos municipales. Las personas que resultaron electas en las asambleas comunitarias se reúnen para decidir la fecha y el lugar de la elección en la asamblea municipal general (generalmente es entre julio y agosto). En la asamblea municipal general se les asignen los cargos específicos a cumplir a las personas elegidos en asamblea comunitaria. En esta asamblea

³⁹ Los municipios autónomos zapatistas, *op. cit.*

⁴⁰ Entrevista al Municipio San Juan de la Libertad.

participan los habitantes o representantes de las comunidades que pertenecen al municipio.⁴¹

“No se hace así como lo hace el gobierno: son diferentes. Toman la palabra todos los habitantes, luego eligen quién puede ser, luego otros proponen y luego por mayoría se elige quien va a ser el presidente, el síndico, o lo que sea. En caso de que se haya elegido a una persona y éste no quiera ocupar el cargo, tiene la posibilidad de no aceptarlo, siempre y cuando, exponga sus razones a la asamblea.”⁴²

Entre los requisitos que deben tener las personas electas se encuentran: gozar de prestigio y haber ocupado otros cargos, y pertenecer a la “organización”, es decir, ser bases de apoyo del EZLN. “Son compañeros que son de la organización, no son de otro partido, son los que tienen autonomía.”⁴³

Las asambleas son también un órgano de vigilancia y control que las comunidades tienen hacia las autoridades del municipio. Cuando éstas no cumplen con las decisiones o mandatos de las asambleas comunitarias o municipales, la autoridad es revocada por la asamblea comunitaria a la que pertenece. Antes de la revocación las autoridades municipales hacen un llamado de atención para que corrija su falta; si ésta hace caso omiso se le da aviso a la asamblea de su comunidad para que le llame la atención o lo revoque y designe a una nueva autoridad.

Otra forma de control es mediante un informe que se realiza cada seis meses o cada año. Éste se publica en las comunidades, municipios y en la Junta de Buen Gobierno.⁴⁴

4.2.2.- Impartición de justicia

Son tres los niveles en los que se imparte justicia en la autonomía zapatista: la comunidad, el municipio autónomo y la Junta de Buen Gobierno.

Los MAREZ conocen de los conflictos en segunda instancia ya que primero se intenta resolver en la comunidad. Si en la justicia comunal no se puede resolver o se trata de delitos graves (homicidio o violación) el asunto se turna al municipio autónomo. Los municipios también conocen en primera instancia cuando los asuntos llegan directamente a él. Cuando un municipio autónomo no puede resolver un asunto lo remite a la JBG⁴⁵

41 *Ídem.*

42 *Ídem.*

43 *Ídem.*

44 *Ídem.*

45 “Por ejemplo, si alguien lo asesinaron y no podemos encontrar quién lo mató, o cuando no sabemos qué le vamos hacer, cuántas horas, cuántos días de castigo le vamos a dar lo mandamos

o bien lo trasladan con acompañamiento de las organizaciones de derechos humanos a las autoridades estatales, municipales oficiales o al ministerio público.⁴⁶

Las autoridades que se encargan de impartir justicia son diferentes, depende de cada municipio. En San Juan de la libertad son todas las autoridades municipales quienes en conjunto imparten justicia; en otros municipios existen autoridades cuya función particular es la resolución de conflictos, por ejemplo, en el municipio autónomo Vicente Guerrero es la Comisión de Honor y Justicia.⁴⁷

Los conflictos que se resuelven son interfamiliares e intercomunitarios entre zapatistas, y entre zapatistas y no zapatistas. Se conoce de asuntos agrarios, familiares (divorcios, matrimonios, adopciones, etc.) y penales leves o graves (riñas, robo, etc.).⁴⁸

El procedimiento que se privilegia para impartir justicia es la conciliación y negociación: se analiza cada uno de los problemas hasta llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes.⁴⁹

Antes del encarcelamiento o la multa se antepone la reparación del daño, el convencimiento y la reflexión para quienes mantienen conductas o realizan acciones no aprobadas por la comunidad.⁵⁰ En los delitos menores se aplica la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o para la familia agraviada⁵¹ y en los delitos graves la sanción es el encarcelamiento, sin embargo, no es en la cárcel donde el infractor cumple con el castigo pues se busca la rehabilitación. Durante el día el infractor hace trabajos colectivos a favor de las personas afectadas o del pueblo y por las noches se le encarcela.⁵²

Las normas que deben acatar las bases de apoyo zapatistas son las leyes revolucionarias zapatistas creadas en 1993⁵³ y las normas creadas en los MAREZ conforme su pro-

a la Junta.” *Ídem.*

46 Los municipios autónomos zapatistas. *op. cit.*

47 Para profundizar en su funcionamiento véase CERDA GARCÍA, Alejandro, *op. cit.*, p. 346.

48 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre autonomía, 30 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

49 Misión de Observación del Grupo de Paz con Democracia, “Balance de las Juntas de Buen Gobierno. Chiapas y las alternativas zapatistas”, *op. cit.*, p. 4.

50 *Ídem.*

51 Los municipios autónomos zapatistas, *op. cit.*

52 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre Autonomía, 30 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

53 Las leyes revolucionarias son: La Ley Revolucionaria de las Mujeres, la Ley de impuestos de Guerra, la Ley de Derechos y Obligaciones de los Pueblos en Lucha, la Ley de Derechos y Obligaciones de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, la Ley Agraria Revolucionaria, la Ley de Reforma Urbana, la Ley del Trabajo, la Ley de Industria y Comercio, la Ley de Seguridad Social y la Ley de Justicia.

cedimientos propios.⁵⁴ En el Municipio Autónomo San Juan de la Libertad se nombran comisiones en cada municipio para elaborar propuestas sobre las normas de acuerdo a las necesidades detectadas. Estas propuestas después se consultan y discuten en asamblea con las bases de apoyo de las comunidades.⁵⁵

En los conflictos donde una de las partes es zapatista y la otra pertenece a una organización diferente o partido político se busca comunicación con sus autoridades para solucionar el conflicto. También se busca coordinación con las autoridades municipales oficiales “con el presidente oficial nos coordinamos muy bien cuando hay asuntos graves entre ambos grupos en cada comunidad [refiriéndose a zapatistas y priístas]. Si, por ejemplo, un grupo busca problemas con el otro grupo, ya nosotros invitamos al presidente municipal del Bosque e intervienen las dos autoridades para resolver problemas. En algunas ocasiones el presidente municipal del Bosque llega aquí para resolver problemas. Otras veces, él nos invita para resolver problemas, trabajamos coordinadamente [...] A veces el presidente del Bosque intenta primero solucionar el problema y ya si ve que no puede llega aquí a decir que hay que resolver entre ambas autoridades.”⁵⁶

4.2.3.- Administración y resolución de necesidades

Uno de los objetivos de la autonomía zapatista es resolver los problemas y necesidades básicas de las bases de apoyo zapatista. Para cumplir con este objetivo han instituido un sistema de proyectos autónomos. Este sistema se desarrolla en los tres niveles de gobierno, y funciona y estructura de manera complementaria y coordinada entre los tres niveles aunque cada uno con sus respectivas competencias.

El nivel comunal se organiza a través de promotores y comités comunales los cuales se encargan de la organización y ejecución de los diferentes proyectos en sus comunidades; a nivel municipal, las comisiones o comités municipales coordinan los servicios y proyectos de las comunidades que son parte de ellos, así como elaboran sus propios proyectos. Para funcionar coordinada y complementariamente entre los tres niveles -comunal, municipal y JBG-, y entre las autoridades de cada nivel -consejo municipal, autoridades tradicionales, comisiones, comisión de vigilancia, etc.-, se realizan asambleas para analizar las necesidades de las bases de apoyo y de los promotores.⁵⁷

54 MORQUECHO, Gaspar, “Una experiencia de trabajo en territorio rebelde: los municipios zapatistas” en Enríquez Rosado, Gaspar (comp.), *Autonomía local y reforma municipal*, Grupo Parlamentario del PRD-Cámara de Diputados-VII LEGISLATURA-Congreso de la Unión, México, 1998, p. 94.

55 Entrevista al municipio San Juan de la Libertad.

56 *Ídem*.

57 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, mesa sobre la otra educación, 31 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

Cada comisión o comité tiene funciones específicas: salud comunitaria, educación, vivienda, tierra, trabajo, alimentación, comercio, información y cultura, tránsito local y revisión de vehículos, el registro civil, etc.⁵⁸

El número y funcionamiento de cada comisión o comité varía según las necesidades de las comunidades, municipios y regiones; su desarrollo, avance y consolidación depende del tipo de tareas que desempeña y del interés de la población y las autoridades autónomas. Se pueden encontrar comisiones con un alto grado de avance –entre las que generalmente se encuentran las comisiones de salud y educación– y otras cuyas tareas apenas se pueden llevar a cabo.⁵⁹

4.3.- Autonomía regional autónoma

El nivel regional lo integran cinco Juntas de Buen Gobierno y sus respectivos Caracoles⁶⁰ los cuales se encuentran distribuidos en diferentes zonas de Chiapas.⁶¹ El ejercicio del proceso autónomo regional se hizo público por el EZLN y sus bases de apoyo, el 9 de agosto del 2003.⁶²

58 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Chiapas: la treceava estela (sexta parte): un buen gobierno” en *La Jornada*, año 19, núm.6796, 29 de julio del 2003, p. 10.

59 CERDA GARCÍA, Alejandro, *op. cit.*, p.248.

60 Los caracoles zapatistas son lo que antes se conocía como “Aguascalientes”. Éstos eran espacios de diálogo y encuentro entre la sociedad civil y las comunidades zapatistas. Surgieron en 1994, el primero se inauguró con la Convención Nacional Democrática en Guadalupe Tepeyac, al ser destruido éste por el ejército surgieron otros cinco Aguascalientes Oventik, La Realidad, La Garrucha, Roberto Barrios y Morelia.

61 La Junta de Buen Gobierno Selva Fronteriza abarca desde Marqués de Comillas, la región de Montes Azules, y todos los municipios fronterizos con Guatemala hasta Tapachula, se llama “Hacia la Esperanza”; la JBG Tzots Choj abarca parte de los territorios donde se encuentran los municipios gubernamentales de Ocosingo, Altamirano, Chanal, Oxchuc, Huixtán, Chilón, Teopisca, Amatenango del Valle se llama Corazón del Arcoiris de la Esperanza; la JBG Selva Tzeltal, abarca parte de los territorios en donde se encuentra el municipio gubernamental de Ocosingo, se llama El Camino del Futuro; la JBG Zona Norte abarca parte de los territorios donde se encuentran los municipios gubernamentales del norte de Chiapas, desde Palenque hasta Amatán y se llama Nueva Semilla que va a Producir, y la JBG de los Altos de Chiapas “Corazón Céntrico de los Zapatistas delante del Mundo” véase SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Chiapas: la treceava estela (sexta parte): un buen gobierno”, *op. cit.*

62 A pesar de que este proceso se da a conocer públicamente en el 2003, la autonomía regional se organizaba desde antes. Con la formación de los MAREZ las bases de apoyo zapatistas empezaban a coordinarse a nivel regional a través de las denominadas zonas, un ejemplo, es la región autónoma Tzotz choj conformada en 1997. MORQUECHO, Gaspar, “Una experiencia de trabajo en territorio rebelde: los municipios zapatistas” en Enríquez Rosado, Gaspar (comp.), *Autonomía*

La base de la composición política y territorial de las JBG son los MAREZ que se encuentran dentro de su ámbito geográfico: por ejemplo, la JBG de los Altos de Chiapas “Corazón Céntrico de los Zapatistas delante del Mundo” se compone por siete municipios autónomos: San Andrés Sakamchén de los Pobres, San Juan de la Libertad, San Pedro Polhó, Santa Catarina, Magdalena de la Paz, 16 de Febrero y San Juan Apóstol Cancuc.⁶³

Al constituirse como nivel autónomo regional es un ejercicio de cartografía autonómica con delimitación territorial de cinco regiones autónomas que a medida que van acompañadas de un conjunto de competencias regionales, demarcan sus propias jurisdicciones y se consolidan como niveles más amplios de autogobierno indígena. Además son una esfera de coordinación autonómica para resolver los problemas de estructura y funcionamiento de los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas.⁶⁴

Las funciones que realizan son de gobierno; impartición de justicia; vigilancia de violación de derechos humanos; administración de recursos y creación de proyectos autónomos, y creación y aplicación de sus normas.

4.3.1.- Forma de gobierno

El gobierno regional se integra por las Juntas de Buen Gobierno, la Comisión de Vigilancia, la Comisión de Explicación y los diversos Comités o Coordinaciones Regionales de salud, educación, etc.

La estructura de las Juntas de Buen Gobierno se conforma de modo general por uno o dos delegados designados por cada Consejo Municipal Autónomo que pertenecen a la Junta, aunque su número puede cambiar dependiendo sus necesidades. La JBG de los Altos de Chiapas está integrada por 7 municipios autónomos,⁶⁵ cuando se creó tenía dos delegados de cada consejo autónomo (14 integrantes) y en el 2007 ascendieron a 20 miembros.⁶⁶

El funcionamiento de cada junta es diferente. En la Junta de los Altos de Chiapas actúan colegiada y coordinadamente entre las diferentes autoridades regionales; por

local y reforma municipal, Grupo Parlamentario del PRD-Cámara de Diputados-VII LEGISLATURA-Congreso de la Unión, México, 1998, p. 96.

63 Entrevista JBG.

64 DÍAZ POLANCO, Héctor, “Juntas de Buen Gobierno ¿Una etapa superior de la autonomía?”, *op. cit.*, p. 16.

65 Los siete municipios autónomos son: San Andrés Sakamchén de los Pobres, San Juan de la Libertad, San Pedro Polhó, Santa Catarina, Magdalena de la Paz, 16 de Febrero y San Juan Apóstol Cancuc. Entrevista JBG.

66 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre autonomía, 30 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

ejemplo, cuando se lleva a cabo algún proyecto de educación o de salud, la toma de decisiones se hace en asamblea entre los miembros de la JBG, la comisión de explicación, la comisión de vigilancia y los coordinadores de educación o salud.⁶⁷

Los cargos duran tres años pero son rotativos entre los miembros de los consejos autónomos de cada zona. Las autoridades duran en el cargo de 8 a 15 días, al concluir su tiempo de servicio regresan a sus trabajos en el consejo autónomo.⁶⁸ En la Junta de los Altos se organizan en turnos de 8 días que cambian el día domingo.

Para no perder continuidad en el trabajo y garantizar su cumplimiento, organizan los asuntos y problemas pendientes en actas lo que ayuda a que los turnos nuevos pueden seguir con el trabajo.

La rotación constante de los cargos parte de la idea de que todos los miembros de los consejos autónomos tienen que participar en las tareas de gobierno porque el aprendizaje tiene lugar en el desarrollo mismo de la acción de gobernar. Se considera que el gobierno no es tarea exclusiva de un grupo de profesionales sino que lo deben ejercer las más personas posibles.⁶⁹

En la JBG de los altos los cargos se cumplen de tiempo completo y de lunes a domingo, para ello las autoridades tienen que trasladarse al Caracol Zapatista.⁷⁰

Los cargos se prestan por servicio a las comunidades así que no se pagan sueldos a las autoridades aunque en algunas ocasiones las comunidades pagan los gastos de viaje de las autoridades, así como las autoridades construyen cooperativas para financiar sus gastos.⁷¹

Un mecanismo de control de las autoridades es la revocación cuando no cumplen con sus cargos pero se privilegia las llamadas de atención para rectificar las faltas. Otra forma de control, es el informe sobre el uso de recursos y la toma de decisiones que tienen que rendir cada año; éste se hace público en diferentes partes del Caracol.⁷²

La Comisión de Vigilancia es una autoridad paralela a la JBG. Sus integrantes son nombrados directamente por las asambleas comunitarias. Sus cargos son rotativos y su función principal es vigilar y reportar ante los consejos autónomos y las comunidades, si

67 Entrevista JBG.

68 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS. Comandancia General del EZLN, “Leer un video. Segunda parte: dos fallas” en *La Jornada*, año 20, núm. 7180, 21 de agosto del 2004.

69 Misión de Observación del Grupo de Paz con Democracia, “Balance de las Juntas de Buen Gobierno. Chiapas y las alternativas zapatistas”, *op. cit.*, pp. 3 y 4 y SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Leer un video. Segunda parte: dos fallas”, *op. cit.*, p. 9.

70 Entrevista JBG.

71 Misión de Observación del Grupo de Paz con Democracia, “Balance de las Juntas de Buen Gobierno. Chiapas y las alternativas zapatistas”, *op. cit.*, p. 3

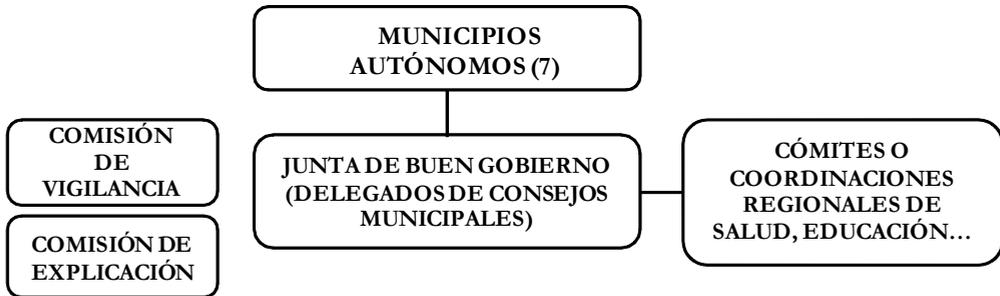
72 Entrevista JBG.

las autoridades regionales cumplen con sus cargos o si comenten faltas para que se les revoque o sancione.⁷³ Otra de sus funciones es dar permisos a las autoridades para ausentarse de sus cargos, así como reciben a quienes desean presentar asuntos ante la Junta, los clasifican y los transfieren a la Junta de Buen Gobierno o la Comisión de Explicación.

La Comisión de Explicación se integra por miembros del CCRI-CG del EZLN,⁷⁴ se encarga de apoyar a la JBG y publicar el informe de actividades mensual que rinden las JBG. También existen diferentes Comités o Coordinaciones Regionales de salud, educación, producción, etc.; su número y funciones dependen de las necesidades de cada JBG. Estos crean proyectos regionales y se encargan de coordinar los proyectos autónomos con las autoridades de los diferentes municipios y comunidades que se encuentran en su territorio.

En la Junta de Buen Gobierno de la Zona Altos se encuentran autoridades que no pertenecen a las autoridades regionales pero tienen oficinas en su sede. Éstas son representantes de cada consejo autónomo y cumplen con funciones de coordinación, representación, comunicación entre sus municipios y la JBG.

Estructura de la Junta de Buen Gobierno de los Altos



4.3.2.- Competencia regional

Las Juntas de Buen Gobierno tienen facultades exclusivas que determinan su carácter regional:

- a) Contrarrestar el desequilibrio del desarrollo de los MAREZ y las comunidades que las integran.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ Comité Clandestino Revolucionario Indígena. Comandancia General del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Véase Subcomandante Insurgente Marcos. Comandancia General del EZLN, “Leer un video. Segunda parte: dos fallas”, *op. Cit.*

- b) Vigilar la realización de proyectos y tareas comunitarias en los municipios autónomos cuidando que se cumplan los tiempos y formas acordados por las comunidades; así como promover el apoyo de proyectos comunitarios en los MAREZ.
- c) Después de evaluar la situación y necesidades de cada comunidad, decidir hacia donde dirigir los apoyos económicos y proyectos programados.⁷⁵
- d) Atender y guiar a la sociedad civil nacional e internacional para visitar comunidades, realizar proyectos productivos, instalar campamentos de paz, realizar investigaciones y cualquier actividad que permitan las comunidades zapatistas.
- e) Coordinar a las comisiones municipales y zonales, así como otras autoridades municipales para que se impulse y desarrolle la autonomía.⁷⁶
- f) Registrar a las personas, comunidades, cooperativas y sociedades de producción y comercialización; y expedición de acreditaciones o certificaciones de su pertenencia a la Junta.
- g) Recabar y concentrar la información de entradas y salidas de dinero de los municipios autónomos que pertenecen a la Junta, así como de los propios.⁷⁷
- h) Atender las denuncias, protestas o inconformidades contra los Consejos Autónomos por violaciones a los derechos humanos, así como investigar su veracidad para ordenar su corrección.
- i) Mediar entre los conflictos que se presentan entre municipios autónomos, y entre municipios autónomos y municipios gubernamentales.
- j) Vigilar el cumplimiento de las leyes de los MAREZ y de las JGB.⁷⁸ Entre las leyes que se han elaborado a nivel regional se encuentran: la ley de cuidado de árboles o de la naturaleza; la ley sobre siembra, el tráfico, la comercialización y el consumo de drogas; la ley sobre tránsito de vehículos en las zonas de las Juntas de Buen Gobierno y la ley sobre el tráfico de indocumentados.⁷⁹
- k) Dar permisos para que de común acuerdo con CCRI-CG del EZLN se promueva y apruebe la participación de bases de apoyo o autoridades de los MAREZ en actividades o eventos fuera de las comunidades zapatistas.⁸⁰

75 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Chiapas: la treceava estela (sexta parte): un buen gobierno”, *op. cit.*, p. 10.

76 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre autonomía, 30 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

77 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS. Comandancia General del EZLN. “Chiapas: la treceava estela (sexta parte): un buen gobierno, *op. cit.*, p. 10.

78 *Ídem.*

79 SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Leer un video. Quinta parte: Cinco decisiones de buen gobierno” en *La Jornada*. año 20, núm. 7183, 24 de agosto del 2004.

80 *Ídem.*

4.3.3.- Impartición de justicia

Este nivel de gobierno conoce de los conflictos y asuntos en primera, segunda o tercera instancia. En primera instancia cuando los asuntos llegan directamente a ella; en segunda instancia cuando los asuntos no se pudieron resolver en los municipios autónomos, y en tercera cuando no se resolvió en la justicia municipal y comunal.

Como órgano de impartición de justicia es una instancia de conciliación y mediación.⁸¹ La forma de resolver conflictos es por medio del diálogo y la negociación. La JBG después de conocer el asunto, investiga los hechos, cita a las partes en controversia y dialoga con ellas para llegar a acuerdos. Cuando no puede llegar a acuerdos la autoridad interviene para determinar quien tiene la razón.⁸² En caso de que no se pueda resolver por vía del diálogo o se requiera sanción o encarcelamiento, la JBG transfiere el asunto a los municipios autónomos –instancia que tiene la facultad para aplicar sanciones como el encarcelamiento-.⁸³

Los conflictos que conoce son aquellos que se producen entre las comunidades y los municipios zapatistas; y los que se originan con otras organizaciones, individuos, municipios y regiones no zapatistas e instituciones estatales.⁸⁴

4.3.4.- Administración y resolución de necesidades

A nivel regional los Comités o Comisiones regionales o zonales se encargan de coordinar e impulsar el desarrollo de los proyectos autónomos de los otros niveles, así como promueven la creación, desarrollo y crecimiento de proyectos que se requieren en este nivel. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el sistema de de proyectos autónomos funciona y se organiza de manera coordinada y complementaria entre los diferentes niveles. Para ello, a nivel regional se realizan asambleas municipales con los promotores de las comunidades y las comisiones municipales para conocer sus necesidades, así como con las diferentes autoridades de cada Junta.⁸⁵

81 Entrevista JBG.

82 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre autonomía, 30 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas

83 “[...] Si alguien quiere castigo por algo, acude al municipio oficial o a un autónomo, pero si alguien quiere solución por diálogo y acuerdo, acude a la Junta de Buen Gobierno.” En SUBCOMANDANTE INSURGENTE MARCOS, Comandancia General del EZLN, “Leer un video. Cuarta parte: Cuatro falacias”, en *La Jornada*, año 20, núm. 7182, 23 de agosto del 2004, p. 9.

84 *Ídem*.

85 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre la otra educación, 31 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

Para ejemplificar algunos de los proyectos autónomos regionales, en la Junta de los Altos de Chiapas la Comisión de Salud se encarga de una clínica-hospital regional llamada *La Guadalupeana* ubicada dentro del Caracol de Oventic y coordina dos centros de capacitación para 200 promotores de salud.⁸⁶ En el ámbito de la educación se construyó un sistema educativo denominado “Sistema Educativo Rebelde Autónomo Zapatista de Liberación Nacional” (SERAZLN) que cuenta con una secundaria autónoma indígena que funciona como internado o “[...] centro de capacitación en toda la zona, para las futuros promotoras de educación. Los jóvenes que se preparan en la secundaria son los que pasan a dar su servicio en las escuelas primarias autónomas, también tenemos varias escuelas primarias en los diferentes municipios en toda la Zona Altos que corresponde a este caracol II.”⁸⁷ En cuestión de productividad y comercio se constituyen sociedades cooperativas de café orgánico, artesanías, panaderías, herrerías, zapaterías, tiendas locales y regionales, bodegas de productos, etc.⁸⁸

5.- Límites del derecho de Estado frente a la autonomía supracomunal zapatista

Como se ha mostrado a lo largo de este trabajo, el ejercicio concreto de las autonomías indígenas constituye al interior del Estado centros de ejercicio de poder público, y de creación y aplicación del derecho en espacios diferentes a los estatales u oficiales.

La autonomía indígena zapatista se instituye en tres niveles; en cada nivel el poder público se ejerce a través de sus instituciones propias, en un territorio delimitado por ellos donde las autoridades aplican actos de gobierno, crean y aplican sus normas, y resuelven sus problemáticas y necesidades.

La forma en cómo se estructura el gobierno supracomunal y cumple con sus funciones, da cuenta del intento de crear un sistema autonómico integral y complementario. Integral porque abarca los diferentes elementos de la autonomía: autodefinición, autoafirmación, autogobierno, autoregulación y autodelimitación. Y complementario porque no se ejerce de manera dispersa sino se impulsa y desarrolla coordinada y complementariamente entre las diferentes autoridades de cada nivel, y entre las de los tres niveles. Además, representa un esfuerzo de reconocimiento interno de la pluralidad cultural y política

86 Creada en 1992 y cuenta con quirófano, consultorio dental, laboratorio de análisis clínicos, un área de oftalmología, ginecología, laboratorio de herbolaria, farmacia y cuartos de hospitalización. MUÑOZ RAMÍREZ, Gloria, “Chiapas la resistencia” en *La Jornada*, año 21, núm. 7208. Suplemento especial de Aniversario, 19 de septiembre del 2004.

87 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre la otra educación, 31 de diciembre del 2006, comunidad de Oventic, Chiapas.

88 Encuentro entre los Pueblos Zapatistas y los Pueblos del Mundo, Mesa sobre el otro comercio, 1 de enero del 2007, comunidad de Oventic, Chiapas.

al promover la convivencia con los diferentes pueblos indígenas e identidades políticas que confluyen en ella.

El ejercicio y desarrollo de la autonomía zapatista con las características, elementos, contenidos y alcances arriba expresados no sólo muestra que a pesar de la falta de reconocimiento estatal y el contexto de violencia que se ejerce sobre estos pueblos, éstos construyen sus autonomías de facto que evidencian los límites del Estado: su organización federal, la forma en que se ejerce poder público en México y derecho oficial, como se analizará en los siguientes párrafos:

En cuanto a la organización federal. Nuestro país se estructura en tres niveles de gobierno: la federación, las entidades federativas y los municipios.

El municipio oficial o municipio libre es la base de la organización administrativa, política y territorial de las entidades federativas.⁸⁹ Como tercer nivel de gobierno está sujeto a los lineamientos que se establecen en las leyes estatales y federales. Estos lineamientos impiden que el municipio se estructure, organice y funcione de modo diferente al marco legal. Incluso, uno de los motivos para suspender o revocar el mandato de alguno de los miembros del ayuntamiento, es que promuevan o pretendan adoptar formas de gobierno o bases orgánicas políticas distintas a las establecidas en la constitución local y federal.⁹⁰

Además, este nivel de gobierno está subordinado a la legislatura estatal; es, este órgano quién decide cuando crear, modificar o suprimir al municipio; el territorio que ocupa; su residencia, así como posee la facultad de desaparecer o suspender al ayuntamiento—órgano máximo de gobierno municipal—, y suspender o revocar a sus miembros aún cuando éstos son de elección popular.⁹¹ En este sentido, aunque al interior tiene capacidad de decisión y administración su constitución, delimitación y ejercicio de su gobierno está determinado por los niveles de gobierno superior y su marco legal.⁹²

A diferencia de la forma jerárquica de la federación, los municipios indígenas son niveles de gobierno que se crean, integran, delimitan, organizan y funcionalizan como formas de gobierno propio.⁹³ Por ejemplo, los MAREZ son municipios indígenas autónomos que se crean por decisión de las bases de apoyo indígenas zapatistas al margen del

89 Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

90 Para un análisis específico véase Constitución Política del Estado de Chiapas y la Ley Orgánica Municipal del Estado de Chiapas.

91 Ley Orgánica Municipal del Estado de Chiapas.

92 La normatividad que rige al municipio oficial se organiza jerárquicamente: Constitución federal; Constituciones estatales y leyes orgánicas o reglamentarias a nivel estatal; y, por último, Bandos, reglamentos u otras disposiciones administrativas dictadas por el Municipio conforme los lineamientos de las leyes estatales y federales.

93 Los municipios indígenas pueden ser apropiados conforme las leyes estatales o autónomos. El municipio apropiado es la figura municipal libre que, a pesar de estar regulada en la legislación

Estado y de sus leyes municipales. Las bases zapatistas son quienes determinan la forma de organización, estructura y funcionamiento de su gobierno; delimitan su espacio territorial, y crean las normas por las que se rigen sin ningún tipo de intervención del Estado, y en un contexto de impugnación y resistencia hacia él.

Esta experiencia indígena, incluso, va mucho más lejos pues constituye gobiernos regionales que no existen dentro de la organización de la federación. La Constitución mexicana prohíbe la existencia de cualquier autoridad intermedia entre el municipio libre y el gobierno de las entidades federativas; entre los municipios sólo establece el derecho de asociación o coordinación entre ellos para la mejor prestación de servicios públicos; y a nivel comunal indígena, a éstas les permite coordinarse al exterior pero en el marco del municipio oficial.

En comparación, las JBG son un nivel de gobierno autónomo superior que se crea por las bases de apoyo zapatista con autoridades, instituciones, competencias, facultades y territorio propio compuesto por los MAREZ. Y es un ámbito de coordinación porque resuelve los problemas de estructura y funcionamiento de los MAREZ.

En cuanto al ejercicio del poder público. En los niveles de gobierno zapatista se ejerce el poder público de manera diferente a la estatal. La visión de mandar obedeciendo fundamenta su gobierno y se ve reflejada en la cesión de poder de abajo hacia arriba. Por ejemplo, la forma de estructurar, integrar y funcionar de los niveles supracomunales depende de las necesidades y contexto de las comunidades o bases de apoyo zapatistas; es, por ello, que aunque hay órganos comunes entre los MAREZ y las JBG su forma de gobierno y organización es diversa. Otro elemento del mandar obedeciendo se expresa en los mecanismos de toma de decisión y control de poder como son las asambleas municipales y de las JBG; los mecanismos de destitución y revocación de las autoridades; en la rendición de informes de actividades, así como en la presencia de las Comisiones de Vigilancia en las JBG cuyos integrantes se eligen en las comunidades; entre otros. Mediante estos mecanismos las bases de apoyo zapatista deciden los espacios de poder público y el modo de ejercer, administrar y controlar el poder en ellos. En este sentido, el poder público no es delegado por un órgano central superior estatal, sino es atribuido desde las bases de apoyo indígenas zapatistas desde abajo.

En cuanto al derecho estatal y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Los pueblos y comunidades indígenas han reivindicado el discurso del derecho y de los derechos para que sus derechos como pueblos sean reconocidos dentro del Estado y sus normas. Sin embargo, la respuesta del Estado mexicano no ha sido de apertura sino de simulación y violación a estos derechos. El reconocimiento constitucional del 2001 fue parcial y limitativo –sobre todo, en lo referente a los alcances y niveles de la autonomía

estatal, los pueblos y comunidades indígenas los han dotado de contenido propio, de su forma de ejercer el gobierno, y funciona conforme su normatividad y principios culturales.

y reconocimiento de los territorios indígenas- en cuanto no trastoca la organización y el fundamento del Estado, su poder y derecho. Aunado a ello, el derecho estatal se conforma como el paradigma dominante a través del cual se impone una visión del derecho, y los modos de creación y aplicación de normas. Debido a ello, las experiencias que lo impugnan son criminalizadas y reprimidas con fundamentos legales - pero también extralegales como es el caso de los grupos paramilitares que funcionan en el territorio zapatista-.

En este marco, el derecho del Estado no sólo no refleja las realidades y necesidades sociales sino se aleja de ellas. Niega un pluralismo jurídico que en la práctica social se desarrolla en diferentes niveles al margen de las leyes; aunque de facto funciona en coordinación con las autoridades oficiales municipales debido a la legitimidad que tienen las autoridades y normas zapatistas frente a las autoridades oficiales.

En suma, esta experiencia autonómica indígena transforma concepciones, espacios y acciones de poder público y derecho que conlleva un cuestionamiento profundo del Estado y del derecho que lo sustenta. Su construcción y práctica se ubica en los límites del reconocimiento constitucional para colocarse en el ámbito de la transformación social a partir del ejercicio de facto de la autonomía indígena.

Debido a lo anterior, resulta difícil hablar del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin replantear y reconfigurar la producción, control y distribución del poder, así como de la creación y aplicación del derecho.

El reconocimiento requiere un cambio total de paradigma. En lugar de considerar al Estado como punto de partida de la actividad organizativa y de estructura final de la colectividad, hay que considerarlo como el punto de llegada.

EL CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE XOXOCOTLA FRENTE AL TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA. UN EJERCICIO DE ATERRIZAJE DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

Rodrigo Gutiérrez
Maria Silvia Emanuelli

1.- Introducción

Si bien es cierto que los problemas relacionados con el agua en México no son nuevos —ya desde el periodo colonial se generaron desigualdades en las posibilidades de acceso a este bien y algunas fuentes comenzaron a ser deterioradas— lo que sí podemos considerar novedoso es la escala del problema. En los últimos cincuenta años ha habido una disminución del 60% del recurso, actualmente 38 ciudades del país tienen ya importantes problemas de abasto, cerca de 11 millones de mexicanos no tienen acceso al agua potable y 24 millones carecen de alcantarillado. Por otra parte, de acuerdo con los datos aportados por la Comisión Nacional del Agua, sólo el 6% de los acuíferos superficiales del país están libres de contaminación. Ello es de enorme gravedad debido a que las enfermedades gastrointestinales son la segunda causa de mortalidad infantil (278 de cada 100 mil) en el país y éstas se transmiten principalmente a través del agua. México ocupó el lugar 106 entre 122 países evaluados por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) con base en un indicador de calidad de agua. La problemática de la discriminación también es una realidad permanente; de acuerdo con estimaciones oficiales, en el año 2000, el 42% de las viviendas indígenas en México carecía de disponibilidad al agua potable¹.

Frente a todo lo anterior, los problemas sociales y ecológicos relacionados con el agua —que cada vez con más frecuencia se transforman en conflictos— lejos de disminuir, continúan en peligroso aumento: la sobreexplotación de las fuentes subterráneas, la contaminación de las superficiales, la discriminación con la que se distribuye el líquido, así como la privatización que la ha ido encareciendo, están afectando a millones de seres humanos, que no pueden tener acceso fácil al recurso o bien mueren por enfermedades transmitidas a través de él. Otro problema de enorme envergadura es que un importante número de estos conflictos, no encuentran solución a través de las instituciones diseñadas para ello. Razones como la enorme corrupción en la materia —tanto de poderes públicos como privados—, la falta de legislación adecuada, la incapacidad de establecer los ins-

1 Ver GUTIÉRREZ, Rodrigo, “El derecho al agua en México” en ESCH, Sophie (et.al) *La gota de la vida: hacia una gestión sustentable y democrática del agua*, Heinrich Böll, 2006, pp. 72-75.

trumentos de monitoreo y vigilancia desde la administración pública, la insuficiencia de vías jurisdiccionales para la resolución de conflictos, así como la dificultad en el acceso a la justicia de los grupos en situación de discriminación, están obligando a las personas y comunidades a buscar formas alternativas de garantizar su derecho de acceso al agua. Este es el caso de la comunidad indígena de Xoxocotla.

Es en este contexto en el que interesa analizar la participación del Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA) en México, como una garantía jurisdiccional, extrainstitucional, a través de la cual los propios titulares de los derechos encuentran una vía para luchar por el ejercicio y disfrute de su derecho al agua.

En este trabajo se intenta explicar, con base en el caso de la comunidad indígena de Xoxocotla, el funcionamiento y utilidad de dicha garantía. Para hacerlo, hemos dividido la exposición en cinco apartados. En el primero presentamos una muy breve reflexión sobre lo que es una garantía extrainstitucional de los derechos junto con una descripción general de los objetivos y características principales del TLA. En el segundo exponemos los datos generales de la comunidad de Xoxocotla y algunos aspectos de su lucha histórica para obtener el agua. En el tercero exponemos los principales problemas que padece la comunidad en relación con el líquido. En el cuarto relacionamos estos hechos con la violación del derecho humano al agua tomando en cuenta los factores de disponibilidad, calidad, accesibilidad física y asequibilidad. En el último apartado resumimos el veredicto emitido por el Tribunal para el caso Xoxocotla.

2.- Tribunal Latinoamericano del Agua: una garantía jurisdiccional, extrainstitucional, para la defensa del agua

Como se señaló en la introducción de este trabajo, lo primero que nos interesa hacer es comprender la naturaleza del TLA como una garantía extrainstitucional de protección del derecho al agua. Para ello, conviene aprovechar algunas categorías de la teoría de las garantías, que servirán de base para la comprensión de los alcances y objetivos de esta instancia de protección.

Lo primero que conviene decir, es que en este trabajo, cada vez que aparezca el concepto de garantía, nos estaremos refiriendo a aquellos mecanismos o técnicas de tutela, diseñadas para proteger y asegurar la efectividad de los derechos². En sentido amplio, este concepto se refiere a los instrumentos que permiten al titular del derecho (individual o colectivo) acceder al bien que integra su contenido.

2 Como ejemplos de dichas nociones teóricas y que serán las que orientan las reflexiones de este trabajo véase FERRAJOLI, Luigi, "Garantías" en *Jueces para la Democracia* No. 38, Madrid, julio 2000, pp. 39-46. PISARELLO, Gerardo, "El Estado Social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia" en ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS Christian (comp.) *Derechos Sociales; instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Bomarzo, 2006, p. 55.

Ahora bien, para comprender con mayor precisión el tipo de garantía que es el TLA, conviene hacer una primera subdivisión entre garantías institucionales y extra institucionales (o sociales). Las *garantías institucionales* son los mecanismos de protección encomendados a los poderes públicos. Éstas pueden a su vez dividirse entre garantías políticas y garantías jurisdiccionales, dependiendo de a qué poder público se les encomienden. Sin embargo, en la lucha cotidiana por los derechos, los ciudadanos saben —especialmente aquellos que se encuentran en situación de mayor discriminación— que el poder público no siempre se contrapesa o autolimita. Si bien es cierto que la arquitectura de todo Estado constitucional contempla decenas de garantías institucionales, diseñadas para limitar y controlar el poder, ninguna escapa a la paradoja de estar en manos del propio poder.

Por ello (y sobre todo en países como México, con una fuerte tradición autoritaria y de violación de derechos) los ciudadanos saben que las garantías institucionales no sólo son insuficientes, sino en ocasiones incluso contraproducentes. Por esta razón es que surgen las *garantías extrainstitucionales*, también denominadas sociales. Dichas garantías son aquellas en las que la vigilancia y protección de los derechos es protagonizada por los propios sujetos titulares de los mismos y afectados en sus intereses³. El diseño y alcance de las garantías depende de la creatividad de los movimientos y redes sociales⁴; su éxito depende de la fuerza de la propia ciudadanía organizada. El Tribunal Latinoamericano del Agua es una de dichas garantías extrainstitucionales (fuera de los poderes establecidos) que tiene una estructura y lógica jurisdiccional. Debido a que muchas comunidades y movimientos no han encontrado respuestas satisfactorias en las instituciones encargadas de resolver los conflictos de agua en México, esta garantía ha ido adquiriendo fuerza en este país recibiendo decenas de quejas ciudadanas y emitiendo veredictos de gran trascendencia social y ambiental.

El TLA inició su experiencia como tribunal ético bajo el nombre de Tribunal Centroamericano del Agua (TCA) que sesionó por primera vez en agosto y septiembre del 2000, en la ciudad de San José, Costa Rica, analizando diez casos y una denuncia pública sobre daños a los recursos hídricos en la región. En 2004 se llevó a cabo una segunda audiencia, de nuevo en San José, en donde se analizaron 9 denuncias provenientes de distintos países de Centroamérica. Después de estas dos audiencias el Tribunal recibió numerosas denuncias correspondientes a problemáticas hídricas de países suramericanos y mesoamericanos. Es por esta razón que, a partir del 2005 decidió ampliar su jurisdicción y transformarse en una instancia latinoamericana. El TLA sesionó por primera vez en la Ciudad de México en 2006 (en paralelo con el IV Foro Mundial del Agua) donde

3 Como lo ha subrayado Ferrajoli, es sobre estas últimas donde "...descansa la efectividad de las garantías internas o jurídicas y, con ellas, del Estado de derecho y de la democracia", FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 942.

4 Para una categorización compleja y multinivel de las garantías sociales ver PISARELLO, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

le fueron presentados seis casos mexicanos y cinco de otros países de América Latina. Pero el alto número de quejas provenientes del país anfitrión lo motivaron a llevar a cabo allí otra audiencia, esta vez en la Ciudad de Guadalajara. En esa ocasión se juzgaron siete casos relacionados con afectaciones en México y otros tres países de la región. En 2008 el TLA sesionó en la ciudad de Antigua, Guatemala; en la audiencia se atendieron controversias hídricas que afectan a pueblos indígenas. Finalmente en 2009 el Tribunal apoyó la realización de una audiencia pública que se llevó a cabo en Estambul, Turquía, en paralelo al V Foro Mundial del Agua, en la que se analizaron casos de Turquía y Latinoamérica⁵. El jurado del Tribunal está integrado por personas que se han destacado en la función pública, en la educación o en la ciencia y que son reconocidas por su probada calidad ética.

Como se establece en los Fundamentos ético-jurídicos del TLA, éste es "...una instancia ambiental autónoma e independiente establecida para coadyuvar a la solución de conflictos ambientales mediante el conocimiento, juzgamiento y condena de los ecodidios y graves daños cometidos contra los cuerpos de agua y sistemas hídricos de la región, así como de las vulneraciones del derecho fundamental de los/las latinoamericanos/as al agua en adecuada cantidad y calidad. El Tribunal es una acción pública de solidaridad continental que aspira a contribuir con los esfuerzos que diferentes actores y grupos sociales de Latinoamérica realizan para mitigar las causas de la contaminación y grave deterioro de los sistemas hídricos.

El TLA es un tribunal ético fundado en los principios de convivencia, respeto a la dignidad humana, solidaridad entre los pueblos, santidad de las formas vivientes, ética biosférica y responsabilidad ambiental consagrados en las normas del Derecho Consuetudinario y en las disposiciones de los Tratados, Convenios y Declaraciones Internacionales suscritos tanto por Estados soberanos como por movimientos sociales, organizaciones no-gubernamentales y ciudadanos/as en defensa del patrimonio común de la humanidad y beneficio de las presentes y futuras generaciones(...).

Los fundamentos ético-jurídicos del Tribunal están consagrados en la Declaración del Agua que obra como su Acta de Constitución. En su texto el Tribunal reconoce que el panorama regional de políticas ambientales e instrumentos legales no es muy halagador respecto a la protección de los sistemas hídricos y del derecho fundamental al agua. Aunque en la última década algunos países latinoamericanos han consagrado en sus constituciones el derecho al ambiente y todos han adoptado una ley marco de política ambiental, en la práctica la normativa existente no se revela suficiente para prevenir el deterioro y mitigar los impactos negativos sobre los cuerpos de agua. En consecuencia el Tribunal considera que para garantizar efectivamente tanto la salvaguardia de los cuerpos de agua de Latinoamérica como la protección de los derechos ambientales de sus habi-

5 Para más informaciones sobre el TLA véase www.tragua.com

tantes, se requiere con urgencia la adopción de adecuadas políticas, estrategias y acciones ambientales”⁶.

Como ya se mencionó, los Tribunales éticos no forman parte del entramado institucional y, por tanto, sus resoluciones no son vinculantes ni pueden imponer sanciones de tipo penal, administrativo o civil. Sus veredictos tienen un carácter moral y por tanto su legitimidad depende del reconocimiento que de él hagan los movimientos, las organizaciones e incluso algunos actores institucionales; su eficacia se basa en el conocimiento científico y jurídico de sus integrantes, en el reconocimiento social de los mismos y en la capacidad de divulgación de sus audiencias y veredictos. Sobre la razón de ser o fundamento de los Tribunales éticos, es elocuente la declaración contenida en el Acta de Constitución del Tribunal Bertrand Russell, establecido en 1966 para juzgar y condenar a Estados Unidos por los crímenes cometidos en la guerra contra Vietnam. En ese documento se señala que “Aunque nuestra tarea no nos ha sido impuesta por una autoridad constituida, nosotros hemos asumido la responsabilidad de hacerlo en nombre de la especie humana y en defensa de la civilización. Nuestra acción se basa en una iniciativa privada. Somos absolutamente independientes de todos los gobiernos y de todas las organizaciones, oficiales o privadas, y creemos firmemente que expresamos la profunda ansiedad y el clamor de quienes son nuestros hermanos en numerosos países. Firmemente creemos que nuestras acciones nos ayudarán a despertar la conciencia del mundo”⁷.

Posteriormente, en la década de los 70, se estableció el Segundo Tribunal Russell para juzgar los crímenes y violaciones a los derechos humanos cometidos por las dictaduras en América Latina. Igualmente, en su Acta de Constitución de 1973, se encuentran elementos que permiten comprender la fuerza de estos emprendimientos ciudadanos, contruidos desde abajo, sobre la fuerza organizativa de los pueblos en contraposición al poder de los gobiernos. En aquella segunda ocasión se señaló que “La única razón y base real de un orden internacional es la voluntad de paz de hombres y mujeres convencidos de su solidaridad... Hasta ahora, los gobiernos han afirmado que constituyen los únicos entes calificados en la sociedad internacional. Semejante pretensión es mucho menos justificable si se tiene en cuenta que la acción internacional de los gobiernos ha conducido más al quebrantamiento que al desarrollo del Derecho y el progreso de la solidaridad internacional”⁸.

6 BORRERO Navía, M., (et. al) *Tribunal Latinoamericano del Agua. Fundamentos ético-jurídicos*, pp. 5-6 en http://www.tragua.com/es/archivostla/biblioteca_virtual/publicaciones/fundamentos_etico_juridicos.pdf

7 Tribunal Russell - Le jugement de Stockholm, Gallimard, Paris, 1967, first édition. Citado por BORRERO, José María, “Promesas y límites del derecho ambiental”, en *La transición hacia el desarrollo sustentable. Perspectivas de América Latina y el Caribe*, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Universidad Autónoma Metropolitana, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2002, p. 410.

8 Actes du tribunal Russell II. Première Session, Rome, 30 mars – 6 avril, 1974 (Paris: Edit. Revus parole et Société, N° 4-5, 1974). Citado por Borrero, José María, Promesas y límites del derecho am-

Por lo que se refiere a los tribunales éticos en materia ambiental y en defensa de los recursos hídricos conviene mencionar al Tribunal Internacional del Agua en sus dos ediciones. La primera es la del Tribunal de Rotterdam (1983), donde se juzgaron casos de daños causados por la contaminación de la cuenca del Rhin; la segunda es la del Tribunal de Ámsterdam (1992), que juzgó casos de contaminación hídrica de Asia, África, América Latina y Oceanía; y e el Tribunal Nacional del Agua en Florianópolis, Brasil (1993), que abordó casos de contaminación en territorio brasileño⁹.

En el documento sobre los Fundamentos Jurídicos del Primer Tribunal Internacional del Agua se afirma que: “Una de las razones para establecer el Tribunal Internacional del Agua es el fracaso de los sistemas oficiales de administración de justicia para controlar adecuadamente la contaminación de las aguas. La Fundación Tribunal Internacional del Agua adelanta una acción internacional coordinada contra la contaminación del agua, quizás como la única manera de controlarla. La contaminación no respeta fronteras políticas”¹⁰.

3.- Datos generales del estado de Morelos y de la comunidad de Xoxocolta

La comunidad náhuatl de Xoxocotla, cuyo nombre significa *lugar de los ciruelos agrios*, se ubica en el estado de Morelos que es uno de los 32 estados y Distrito Federal que integran la República Mexicana. Morelos se localiza al centro del territorio nacional y representa el 0.25% de la superficie total del país. La capital del estado es Cuernavaca que políticamente se divide en 33 municipios.

Para el estado de Morelos, la cercanía al Distrito Federal ha representado un factor importante en su crecimiento; sin embargo, también ha provocado que a partir de la década de los años cincuenta, el incremento de la población presente ritmos mayores al de la media nacional. En 1950 el estado contaba con poco más de 270 000 habitantes, en 1970 esta cifra se elevó a 616 119 habitantes, para 1990 ya se había rebasado el millón de habitantes (1 195 000), para el año 2000 tenía una población superior a 1 500 000 habitantes. Según el censo de población y vivienda 2005, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en ese año la entidad contó con un poco más de 1 600 000 habitantes. Si bien es cierto que en cuanto a población, Morelos sólo supera a diez estados de la República, su pequeña extensión territorial (4 958 km²) da como resultado que hoy sea el tercer estado más densamente poblado del país. En 1950 concentraba 55 habitantes por km², para 1980 la cifra se elevó a 191, ya en 1995 la densidad de pobla-

biental... *Op. Cit.* p. 410.

9 BORRERO, José María, “Promesas y límites del derecho ambiental”... *op. cit.*, p. 411.

10 International Water Tribunal I. Case Book, Judicial Basis Iwt, 1983, at 1. Citado por BORRERO, José María, “Promesas y límites del derecho ambiental”... *Op. Cit.* pp. 411-412.

ción en el estado era de 290 habitantes por km², para el 2000 esta cifra ya había alcanzado los 318 habitantes por km²¹¹.

De acuerdo con las cifras oficiales, en Xoxocotla viven 20 200 habitantes¹². Sin embargo, según las estimaciones de la propia comunidad allí habitan 40 000 personas. La actividad principal de la población fue, hasta la década de los ochentas, la agricultura de subsistencia en tierras de temporal. En la actualidad la agricultura ha sido casi totalmente abandonada y se asiste a un importante desplazamiento de trabajadores que viajan a otros municipios y ciudades para contratarse como jornaleros u obreros de la construcción. Algunas mujeres realizan servicios domésticos en las principales ciudades del estado, otras se dedican al comercio ambulante en los mercados.

La totalidad de los cuerpos de agua del estado de Morelos pertenecen a la cuenca del Balsas, que es el río más grande del sur del país que desemboca en el Océano Pacífico. En el estado el río Balsas se encuentra dividido en tres subcuencas: la cuenca del río Amacuzac, la cuenca del río Nexapa o Atoyac y la cuenca del río Balsas-Mezcala. Los cuerpos de agua morelenses revisten gran importancia por su distribución y número. En efecto, el estado cuenta con siete ríos que recorren gran parte del territorio, seis lagos, 124 embalses entre presas y bordos así como alrededor de cincuenta manantiales¹³.

Por lo que se refiere a la disponibilidad de agua en el estado es importante destacar, como lo ha hecho la propia Comisión Estatal de Agua y Medio Ambiente del estado de Morelos (CEAMA) que "...Morelos se encuentra entre los estados con menor acervo hídrico del país, que es alrededor de 3120 m³ por habitante al año. Lo más grave... es que en un lapso de 25 años el recurso en el estado puede llegar a disminuir hasta 30%"¹⁴.

La comunidad de Xoxocotla, que se ubica en esta región hidrológica, está bordeada al oriente por el río Apatlaco, que fluye desde la ciudad de Cuernavaca. Unos kilómetros antes de llegar a Xoxocotla este río es interceptado por otro río denominado Colotepec que desciende bordeando la comunidad de Alpuyeca. Desde este último se desprende un canal artificial para riego que atraviesa Xoxocotla.

11 BOLONGARO, Andrea (*et. al*) *Análisis de la vulnerabilidad y capacidad de adaptación al cambio climático en los sectores más relevantes del estado de Morelos*, Instituto Nacional de Ecología y Universidad Autónoma del estado de Morelos, septiembre 2006, pp. 21-22.

12 <http://www.inegi.gob.mx/lib/olap/general/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=10401> [Consultado Marzo 2008]. Es válido destacar que se están contabilizando algunas comunidades colindantes con Xoxocotla, reconocidas éstas por los propios habitantes como parte de su comunidad. Por ejemplo; Apotla 43 habitantes, Campo Pintura 86 habitantes, Camino de San Juanes 20 habitantes, Camino al Cascalote 7 habitantes, Tapalchui 55 habitantes, Ejido Xoxocotla 6 habitantes, Campo Corbeta 6 habitantes, Tecomulco 36 habitantes, Techichilco 32 habitantes, Campo Anenehuilco 356 habitantes, Colonia Emiliano Zapata 111 habitantes, Colonia Morelos 152 habitantes, Xoxocotla 19 644 habitantes.

13 BOLONGARO, Andrea (*et. al*) *Análisis de la vulnerabilidad y capacidad...*, *op. cit.*, p. 17.

14 *Ídem.*, p. 25.

Los habitantes de la comunidad entrevistados¹⁵ plantean que todas las fuentes superficiales que rodean a la comunidad están contaminadas. El río Apatlaco¹⁶ recibe descargas de aguas residuales a todo lo largo de su recorrido y el río Colotepec así como el canal que deriva del mismo podrían estar contaminados por el lixiviado del basurero de Tetlama que se encuentra en las cercanías de la ciudad de Alpuyeca¹⁷. Por las razones anteriores, el agua de estas fuentes no es apta para uso personal y doméstico; sin embargo, la situación de escasez de agua en la región obliga a muchas de las pobladoras a lavar la ropa en ellas y muchos de los habitantes de la zona se bañan en las mismas.

3.1.- Algunos aspectos históricos de la comunidad de Xoxocotla en relación con el agua

Los primeros asentamientos nahuas que dieron origen a la comunidad datan del siglo XII. Desde esa fecha, y hasta 1938, los habitantes utilizaron los ríos y ojos de agua más cercanos como fuentes principales de abastecimiento de agua; sin embargo, con el paso del tiempo dichas entidades hidrológicas fueron sufriendo procesos de contaminación y disminuyendo su capacidad, además el agua en la localidad tiene altos contenidos de sal. Como en la mayor parte de las comunidades rurales e indígenas del país, Xoxocotla no contó con ninguna infraestructura hidráulica hasta el siglo XX, teniendo sus pobladores dificultades para acceder al líquido.

En 1938 el candidato presidencial Lázaro Cárdenas, durante su recorrido proselitista por Morelos, se detuvo en la comunidad y, después de beber un vaso de agua de mala calidad (sobre todo por la salinidad), estableció como compromiso de campaña dotar de agua a Xoxocotla. Cuando ganó la presidencia, otorgó apoyo económico y de infraestructura desde el gobierno y los habitantes de la comunidad trazaron y construyeron con pico y pala una línea de conducción de agua que hasta la fecha recorre once kilómetros hasta el manantial Chihuahuita. Desde esa fecha dicho manantial es la fuente principal de agua para uso personal y doméstico de la comunidad.

Durante los primeros años de funcionamiento de la línea, el agua se distribuyó entre los habitantes a través de hidrantes públicos. A mediados de la década de los sesenta,

15 Se han realizado diversas entrevistas a los pobladores de Xoxocotla así como a los integrantes del Sistema de Agua de la comunidad en diferentes ocasiones durante el período de investigación del caso.

16 Más adelante nos referiremos a la grave contaminación en la que se encuentra este cuerpo de agua y al plan de recuperación que ha sido necesario implementar por los graves riesgos a la salud que ello supone.

17 Dicho basurero, como mencionaremos más adelante, ya no recibe desechos debido a la movilización de la ciudadanía local que logró cerrarlo, sin embargo, no ha sido rehabilitado y lo que ahí se depositó durante años continúa contaminando la zona.

el gobierno estatal ofreció apoyo para comenzar a construir la red hidráulica interna e instalar las primeras tomas domiciliarias.

En los años setentas, durante el período de gobierno del presidente Luis Echeverría (1970-1976), se cambió toda la tubería de la línea de conducción (Chihuahuita-Xoxocotla) por una nueva de asbesto. Desde esa fecha no han habido modificaciones relevantes, sólo reparaciones provisionales.

En el período del gobierno estatal de Lauro Ortega Martínez (1982-1988)¹⁸ se elaboró una iniciativa de Ley de Aguas del estado de Morelos que preveía la participación de empresas privadas en la gestión y distribución del recurso. Fue el primer esfuerzo de privatización en el que participaron poderes ejecutivo y legislativo; frente a esta iniciativa de ley los pueblos se movilizaron, detuvieron la privatización y lograron incorporar en la nueva norma que los sistemas de agua pudieran ser gestionados por las comunidades¹⁹.

Esta es la situación actual de Xoxocotla, desde aquella fecha la propia comunidad gestiona y distribuye el agua para uso personal y doméstico de sus habitantes, a través de un organismo comunitario denominado Sistema de Aguas (SA) que está constituido como asociación civil. El SA está integrado por catorce personas que se dedican a labores de administración y gestión. Estas personas son designadas cada tres años para formar el Comité, órgano elegido por usuarios del pueblo, y no perciben ningún salario por el trabajo que desarrollan en el SA²⁰.

En los últimos años, debido a la escasez del líquido, el SA se ha visto obligado a distribuir el agua por tandeo a través de la red hidráulica. Esto significa que las tomas de la comunidad reciben el agua de forma esporádica y alterna. Esto da como resultado que las tomas domiciliarias sólo tengan agua, como máximo, una vez a la semana y durante pocas horas²¹. Sin embargo, hay tomas donde el agua llega una vez cada diez días, otras donde sólo llega cada quince y otras a las que nunca ha llegado una gota de agua. Además,

18 Algunos datos generales del estado, incluyendo una cronología de los gobiernos en: <http://www.e-local.gob.mx/work/templates/enciclo/morelos/gobi.htm> [Consultado Marzo 2008].

19 Ley de Aguas del Estado de Morelos, los artículos 4 y 65 al 68 que refieren la participación del sector social como usuarios y particulares en la programación, planeación, construcción, administración, operación, supervisión y vigilancia de los servicios y sistemas hidráulicos. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales establece en la fracción II del artículo 82 la posibilidad de que la Comisión Nacional del Agua otorgue “La concesión de agua para servicio público urbano a ejidos, comunidades, organizaciones de colonos o usuarios que administren sistemas de agua potable o alcantarillado”. <http://mail.e-tetecala.gob.mx/10ceama/files/leydelaguadelestadodemorelos.pdf>

20 Las únicas personas que perciben un apoyo económico son los trabajadores (administrador, secretario, lectorista, tandeador, fontanero).

21 En entrevista realizada a los integrantes del Sistema de Aguas refirieron que sólo las familias que habitan en la zona junto a la línea de abastecimiento reciben agua todos los días durante algunas horas.

la red no abarca toda la comunidad, por lo tanto, hay personas y familias, habitando en colonias alejadas del centro, que ni siquiera tienen una toma de agua cercana. Los integrantes del SA calculan que más de mil personas podrían estar en esta última situación. La comunidad también se abastece de dos pozos, uno que está cercano a su agotamiento (Pueblo Viejo) y otro que acaba de empezar a funcionar (La Joya) pero que en cualquier caso no satisface plenamente la demanda de agua de los pobladores. Es por esta razón que numerosas personas y familias se ven obligadas a utilizar el servicio privado de pipas (con una carga de agua de aproximadamente 10 mil litros cada una) que hacen negocio con el recurso. El precio del agua varía de acuerdo con la calidad de la misma. Cuando el agua es de mediana calidad el precio es de \$350.00 pesos (alrededor de 18 euros) por pipa. Sin embargo, algunas pipas cargan agua del canal que deriva del río Colotepec, que no es apta para el consumo humano, y cobran \$150.00 pesos por ella (alrededor de 8 euros). Además, es importante destacar que la mayoría de los habitantes de la comunidad, ya sea que reciban el agua a través de la red, de los pozos o de las pipas, deben comprar garrafrones de agua purificada para beberla y preparar la comida. En promedio una familia de cinco personas consume diariamente un garrafón de 20 litros con un precio aproximado de entre \$12.00 (alrededor de 60 centavos de euro) a \$20.00 pesos (alrededor de 1 euro), según la calidad del agua.

3.2.- La conformación del Consejo de Pueblos de Morelos

Es importante resaltar que hace cuatro años surgió en la región el Movimiento de los 13 Pueblos de Morelos²² que se han organizado para defender sus recursos naturales, y de manera muy concreta, sus fuentes originales de agua (manantiales, ríos y aguas subterráneas). Dicho movimiento nació como respuesta ciudadana frente al incremento desproporcionado de proyectos de desarrollo inmobiliario en la región, que están siendo impulsados por el gobierno estatal e inversionistas privados (fue el proyecto de construcción del desarrollo habitacional *La Ciénega* –del que hablaremos más adelante– el que catalizó la organización de los Pueblos). Si bien el movimiento social comenzó estando integrado por las trece comunidades que originalmente se alimentaban del manantial Chihuahuita, hoy se han sumado muchas más hasta agrupar alrededor de cincuenta que actualmente conforman el Consejo de Pueblos de Morelos.

Desde su creación el Consejo ha llevado a cabo una serie de acciones destinadas a informar y sensibilizar a otras comunidades y a la población en general sobre sus demandas. Es con este fin por ejemplo que varios de sus representantes han concedido entrevistas en numerosos medios de comunicación, han organizado manifestaciones y

22 El Movimiento ha sido retratado en un documental que ha recibido numerosos premios a nivel nacional e internacional titulado: "13 pueblos en defensa del agua, el aire y la tierra" dirigido por Francesco Taboada Tabone.

marchas, además de un primer congreso del Consejo de Pueblos que se llevó a cabo en Xoxocotla en julio de 2007 y que concluyó con la elaboración del Manifiesto de los Pueblos de Morelos que fue ampliamente difundido. Además, desde sus inicios el Consejo se ha articulado con la academia y con un amplio número de profesionales de distintas áreas que han conformado un grupo de asesores que lo acompañan muy de cerca. Desde 2006 ha buscado el diálogo con las autoridades locales logrando el establecimiento de mesas de trabajo que hasta el momento no han traído ningún resultado específico y que actualmente se encuentran suspendidas. Finalmente ha emprendido también acciones legales con el fin de parar algunas de las unidades habitacionales que se están “sembrando” en el territorio. Esto es el caso del “Proyecto de lotificación y urbanización del predio denominado *La Ciénega de Tepetzingo*”, que preveía la edificación de 2,014 casas y se surtiría a través de un pozo profundo perforado en las inmediaciones del manantial Chihuahuita. A través del apoyo de un abogado, se promovieron 4 demandas en materia administrativa gracias a las cuales hasta el momento la obra ha quedado detenida.

Como parte de este abanico de estrategias y acciones destinadas a la defensa del agua, la comunidad de Xoxocotla decidió también presentar su caso en el marco de la 5ª Audiencia pública del TLA *Justicia hídrica en las tierras y los territorios de los pueblos indígenas* que se llevó a cabo en Antigua, Guatemala, del 8 al 12 de septiembre de 2008.

4.- Principales aspectos de la petitoria presentada ante el TLA

El 12 de septiembre de 2008 representantes del SA y del Consejo de Pueblos de Morelos, con el apoyo de su asesor legal, de HIC-AL y del Colectivo RADAR, presentaron frente al TLA el caso denominado *“Posible sobreexplotación de los mantos acuíferos por la expansión de unidades habitacionales”*. En la petitoria se denunció a la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), al Gobierno del Estado de Morelos, a la Secretaría de Obras Públicas y Desarrollo Urbano del estado y a la Comisión Estatal de Agua y Medio Ambiente (CEA-MA). Ninguna de estas instancias aceptó participar en la Audiencia, aunque la Secretaría de Obras Públicas envió un escrito de contestación a la demanda.

Después de una introducción general sobre la comunidad y la problemática que padece se señaló que los habitantes de Xoxocotla han tenido una dificultad histórica para acceder a un agua de calidad. Sin embargo, de acuerdo con las afirmaciones de quienes ahí habitan, respaldadas por las investigaciones elaboradas por algunos miembros del grupo de asesores del Consejo de Pueblos de Morelos, esta situación se ha tornado mucho más grave a partir de los últimos quince años. Desde esa fecha, el gobierno del estado, apoyado por el gobierno federal (ambos unidos con empresas constructoras), ha impulsado un agresivo proyecto de “desarrollo” que está provocando la extensión de la mancha urbana de Cuernavaca sobre las zonas rurales del sur del estado. El supuesto objetivo de ese proyecto oficial es urbanizar la región construyendo inmensos polígonos habitacionales

que, desde el punto de vista gubernamental y empresarial, habrán de dotar de vivienda a personas que no la tienen²³, generar derrama económica en la zona, crear empleos y desarrollar la región a través del turismo. Como parte de este enorme proyecto de inversión, el gobierno estatal ha otorgado a diversas empresas constructoras (Urbasol, GEO, ARA, Home Mex) permisos para cambio de uso de suelo, licencias de construcción y concesiones para perforación de pozos de agua. Si bien no hay datos precisos sobre el número de viviendas proyectadas, se ha hablado en distintos foros²⁴ de 50 000 viviendas, que a su vez supondría la llegada intempestiva de 200 000 nuevos habitantes a la zona.

Todo lo anterior está provocando severos daños a las comunidades indígenas y campesinas originarias así como al territorio y al medio ambiente en los que éstas se desenvuelven. Los daños que se denunciaron fueron: 1) una mayor contaminación de los ríos, canales de riego y del agua que brota de los manantiales; 2) una peligrosa sobreexplotación de los mantos acuíferos; 3) una distribución desigual del recurso (lo que constituye una discriminación hacia los pueblos indígenas) y; 4) un crecimiento del negocio del agua en las comunidades que obliga a las personas a erogar un porcentaje importante de sus ingresos para adquirir el recurso. Todos los hechos antes mencionados, como se demostrará en apartados posteriores, suponen la violación del derecho humano al agua, de otros derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana, en numerosos Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, y de diversas normas establecidas en leyes y reglamentos del país.

4.1.- Contaminación de los ríos, canales de riego y agua de los manantiales

Como ya se mencionó, todas las fuentes superficiales de agua que rodean o cruzan a Xoxocotla están contaminadas por diversas razones. En primer lugar interesa referirse al río Apatlaco que desciende desde la ciudad de Cuernavaca y en todo su recorrido recibe importantes descargas de aguas residuales e industriales. La grave contaminación de este curso de agua llega a niveles tales que se ha prohibido su uso para riego así como contacto o consumo humano²⁵. Lo anterior condujo a la organización y movilización de amplios sectores de la sociedad civil del estado de Morelos cuya presión obligó a que la

23 En realidad muchas de las viviendas de interés social del Estado de Morelos se usan sólo durante los fines de semana. Hace algunos años el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) no permitía que la misma persona tuviera más de una vivienda pero recientemente esta regla ha sido modificada y existen numerosos casos en los que las casas de interés social que se encuentran en zonas turísticas son usadas sólo en días de descanso.

24 SERRANO Andrés, “Seguirán bloqueos en Morelos contra unidad habitacional”, periódico *La Jornada*, 12 de junio de 2007.

25 RAMÍREZ Beatriz, “Reportan insalubre agua del río Apatlaco”, periódico *Excélsior*, 15 de marzo de 2007.

Comisión Nacional del Agua diseñara un plan de restauración del río²⁶ que se elaboró en 2007 y comenzó a instrumentarse un año después. Interesa subrayar que los 13 Pueblos fueron excluidos de la mesa de trabajo que en su momento convocó el gobierno para el saneamiento del río²⁷.

En segundo lugar, el río Apatlaco, antes de llegar a Xoxocotla, es interceptado en su curso por el río Colotepec. Lo anterior agrava la situación de la calidad del agua en la comunidad debido a que este último afluente pasa muy cerca del basurero de Tetlama que se encuentra en la comunidad de Alpuyecá. En este inmenso depósito de desechos, que ocupa más de 20 hectáreas, se fueron acumulando durante 30 años alrededor de 5 millones de toneladas de basura provenientes de cinco municipios. El basurero generó una enorme conflictividad social debido al notorio aumento de enfermedades –incluyendo modificaciones genéticas– que comenzaron a documentarse en Alpuyecá. Aunque ya fue oficialmente clausurado, gracias a la presión de los propios habitantes (16 de junio de 2006), la basura continúa ahí depositada y además se sigue tirando nueva de forma ilegal. Aunque las autoridades se comprometieron a llevar a cabo un programa de bio remedación, éste no se ha cumplido. Por tanto, los lixiviados –peligrosas fuentes de contaminación– siguen escurriendo hacia las barrancas²⁸ poniendo en grave peligro de contaminación al río Colotepec. De este último se desprende un canal artificial de riego que cruza toda Xoxocotla. Esto hace que los riesgos de enfermedad para la población sean muy altos ya que en tiempo de calor y estiaje los habitantes utilizan estas aguas para lavar la ropa así como para bañarse arriesgando la salud e incluso la vida.

Además de los dos problemas anteriores, ha sido demostrado por el Consejo de los Pueblos de Morelos –y aceptado por autoridades estatales– que un número importante de unidades habitacionales, recién construidas en la región, están vertiendo sus aguas residuales, sin tratamiento alguno, a las barrancas de la zona provocando grave contaminación. En un recorrido que se llevó a cabo de manera conjunta entre pueblos y autoridades, estas últimas reconocieron la inexistencia de plantas de tratamiento en algunas unidades habitacionales, las serias deficiencias que algunas otras tienen y la contaminación que todo anterior supone para los ríos, canales de riego y aguas de los manantiales de la zona²⁹.

26 Este plan es conocido como *Plan Estratégico para la Recuperación Ambiental del Río Apatlaco*.

27 “Los 13 Pueblos de Morelos en lucha por el agua, excluidos de comisión para sanear Río Apatlaco”, periódico *La Jornada Morelos*, 18 de agosto de 2007.

28 NORANDI, Mariana, “Ninguna autoridad actúa contra daños ambientales en Alpuyecá”, periódico *La Jornada*, 20 de marzo de 2007.

29 Boletín no. 1168 del 11/7/2007/ del Gobierno del estado de Morelos en el que se hace referencia y documenta los recorridos que llevaron a cabo los Pueblos junto con el Subsecretario de Gobierno del estado y otras autoridades estatales y federales a los manantiales Chihuahuita, El Zapote y el Salto. El recorrido también incluyó la visita a diversas plantas de tratamiento de agua

Asimismo, es importante decir que la aprobación de la construcción de muchos de estos proyectos, se produce en un marco general de violación a la legalidad federal, estatal y municipal. Así lo ha destacado uno de los asesores del Consejo de Pueblos al señalar que “la venta de terrenos ejidales y comunales con fines de urbanización, sin contar con autorizaciones legales para ello y mucho menos con servicios básicos, ha traído como consecuencia... [la utilización de las barrancas] para sus descargas de aguas negras, la mayor parte de éstas sin tratar, así como para basureros de desechos domésticos y de la construcción... este desarrollo sin planeación, la mayor parte fuera de la ley, ha impactado los recursos naturales...”³⁰.

4.2.- Falta de disponibilidad de agua debida a la sobreexplotación de los mantos subterráneos y a la mayor dificultad de recarga, producto de la urbanización de la zona y aumento de la temperatura regional

En relación con el problema de disponibilidad de agua, interesa comenzar diciendo que la extensión de la mancha urbana tiene un doble impacto en el ciclo hidrológico de la región, lo que afecta los mantos acuíferos: a) en primer lugar, el crecimiento de espacios pavimentados, la deforestación de selva baja caducifolia y el aumento de la temperatura en la zona, supone una disminución de la capacidad de recarga de los mantos acuíferos y por tanto una disminución de la disponibilidad del agua en la región; b) en segundo lugar, el crecimiento de polígonos habitacionales y la llegada de más personas a la región supone un mayor requerimiento de agua y por tanto un aumento de la explotación de los mantos acuíferos que, como perciben las comunidades, está afectando la disponibilidad del agua y la disminución de los manantiales. Este conjunto de acontecimientos está afectando de forma grave la calidad de vida de los pobladores originarios, así como los recursos naturales que ahí existen (sobre todo el agua). Lo anterior ya ha sido documentado en diversas investigaciones científicas las cuales han concluido que: “... 1) la cuenca (del Río Amacuzac) demuestra un problema creciente de disponibilidad de agua debido a la limitación de la oferta potencial y al incremento de la demanda efectiva, ocasionada principalmente por la ocupación del suelo con uso urbano. 2) Así la tendencia a la fragmentación territorial cancela progresivamente la capacidad de reproducción social indígena en el sistema urbano de la cuenca debido al efecto negativo sobre la diversidad. 3) La tasa del crecimiento

de las unidades habitacionales construidas en los municipios de Emiliano Zapata, Xochitepec, Tlaltizapán y Puente de Ixtla para constatar los focos de contaminación en la zona. Esta actividad fue fruto de un acuerdo de la mesa de trabajo que se instauró entre el gobierno y los pueblos el 29 de mayo de 2006.

30 GARCÍA Barrios Raúl (*et. al*) *Las Barrancas de Cuernavaca*, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias UNAM, http://www.ine.gob.mx/dgipea/descargas/pon_barranca_cuernavaca.pdf

urbano del SUC (Sistema Urbano de la Cuenca) del Río Amacuzac es de 2.02%, la cual, se encuentra por arriba del promedio nacional, estimada en 1.5%³¹.

Por otro lado, también es importante denunciar que la información generada por las autoridades para determinar si existe o no suficiente agua en el subsuelo en la zona –y así tener bases técnicas que permitan saber si es posible seguir autorizando la perforación de nuevos pozos para las unidades habitacionales–, es inconsistente, así como los métodos para su medición. 1) En primer lugar se debe decir que la información es contradictoria y además la que se utiliza para otorgar concesiones no está actualizada y, debido a ello, es ilegal; 2) En segundo lugar hay evidencia de la perforación clandestina de pozos en la región y en todo el país lo que impide medir con precisión la disponibilidad real de los mantos.

1) Por lo que toca al primer punto, se debe señalar que los estudios oficiales de disponibilidad de agua para el acuífero de Cuernavaca, son contradictorios entre sí. En el documento Oficial “Plan estratégico para la Recuperación de la Cuenca del río Apatlaco” elaborado por el Instituto Mexicano de Tecnología del Agua y suscrito por la Comisión Nacional del Agua y la Comisión Estatal de Agua y Medio Ambiente, entre otros, señala textualmente en el punto 7.6.2 (Zonas de Déficit) que “El acuífero del Valle de Cuernavaca ubicado en (...) Emiliano Zapata³², (...) presenta permanentemente un cono de abatimiento de los niveles freáticos, con niveles que van de los 40 a los 50 metros por debajo del nivel estático, resultado que es producto de la sobreexplotación del acuífero. Esta región presenta el más alto crecimiento demográfico del Estado que es del orden de 3.44%”. En contradicción con los datos oficiales anteriores, el estudio de disponibilidad de agua del acuífero de Cuernavaca, que es el que se utiliza para seguir otorgando concesiones para la perforación de pozos y uso de agua de los manantiales, señala que el acuífero tiene una disponibilidad de 32 749 689 de metros cúbicos anuales³³. Además de la grave contradicción que existe entre la información oficial, aquí también interesa denunciar que este último estudio de disponibilidad tiene más de cinco años de haber sido realizado y por tanto su información ya no se corresponde con la realidad actual de los acuíferos. Así lo han destacado científicos al señalar que: “(...) el balance hidráulico no está actualizado y no existe una evaluación con respecto al cumplimiento de las condiciones establecidas en cada tipo de concesión, este escenario evidentemente ubica el tema de la disposición del agua como uno de los de mayor urgencia para su atención. La dinámica social y económica en la que se ha inscrito la entidad, durante los últimos

31 MONROY, Rafael, Colín, Hortensia, MONROY-ORTIZ, Rafael, *La organización de los 13 pueblos indígenas de Morelos - México en defensa de sus recursos tradicionales*, Centro de Investigaciones Biológicas, Universidad Autónoma del estado de Morelos, ponencia presentada en el 11 Congreso Internacional de Etnobiología, Cusco, Perú, junio de 2007.

32 Municipio en el que se encuentra el Manantial Chihuahuita. La nota es nuestra.

33 Este estudio se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2003.

30 años, agudizan este escenario; Morelos es el tercer estado más densamente poblado de la República y con una intensa presión sobre sus recursos naturales, especialmente el agua, por el desarrollo acelerado del sector turismo; así mismo ha perdido importantes extensiones de bosques y selvas, según el inventario forestal del año 2000 más de 60 mil hectáreas, debido al cambio de uso de suelo por actividades agrícolas pero principalmente por el crecimiento urbano, promovido por los desarrollos inmobiliarios asentados en áreas naturales protegidas y áreas ambientales estratégicas; más recientemente las políticas de impulso a la vivienda popular, promovidas por el gobierno federal han permitido la construcción de una cantidad muy importante de desarrollos unifamiliares, se calculan más de 20 mil viviendas (ya construidas), en un espacio del territorio muy reducido y con poca infraestructura urbana, incluida la de abastecimiento de agua. Si a estos escenarios se les adiciona el nivel de desperdicio de agua que principalmente se observa para los sectores urbano y agrícola, el panorama con respecto a la disponibilidad futura del agua no es muy alentador... A nivel regional lo que resulta evidente es la necesidad de conservar el ecosistema del bosque templado frío del norte del estado, como un elemento esencial para garantizar menores impactos por cambio climático”³⁴.

De todo lo anterior resulta urgente “...realizar la actualización del balance hídrico de la cuenca del río Balsas, en particular del estado de Morelos”³⁵.

Además de todo lo anterior, la falta de actualización del estudio de disponibilidad no sólo es grave desde el punto de vista del conocimiento de la zona, sino que además es ilegal. La propia Ley de Aguas Nacionales³⁶ establece en el segundo párrafo de su artículo 22 que “El otorgamiento de una concesión o asignación se sujetará a lo dispuesto por esta ley y su reglamentos y tomará en cuenta la disponibilidad media anual del agua, que se revisará al menos cada tres años...”. El último estudio de disponibilidad sobre el acuífero, que es la base legal para otorgar las concesiones, es del 31 de enero de 2003 así que las concesiones de pozos que se realicen con base en él son ilegales por extemporaneidad.

2) El problema de la perforación ilegal de pozos, resulta de especial relevancia para el tema ya que según expertos nacionales la cifra de éstos puede llegar hasta un 40% del total de pozos perforados en el país³⁷. Esta cifra no es incluida en el cálculo que realiza la autoridad en sus balances de disponibilidad. Para realizar éstos, se consideran las variables establecidas en la norma oficial mexicana NOM-011-CNA2004. Por tanto para conocer la disponibilidad media anual de agua subterránea en una unidad hidrogeológica,

34 BOLONGARO, Andrea (*et. al*) *Análisis de la vulnerabilidad y capacidad de adaptación al cambio climático... op. cit.*, pp. 113-114.

35 *Ídem*, pp. 149-150.

36 http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/Ley_Aguas_Nacionales.pdf

37 El propio Director de la Comisión Nacional del Agua reconoció el 17 de enero de 2008 la existencia de pozos ilegales en el país. Véase Diario Monitor, 17 enero 2008.

se mide la recarga total media anual y a ella se le resta la descarga natural comprometida y el volumen anual de aguas subterráneas concesionado e inscrito en el Registro Público de Derechos de Agua (REPGA). Como puede observarse, la última variable sólo toma en cuenta los pozos registrados ante la autoridad y no los ilegales, por lo tanto el cálculo de disponibilidad se está haciendo con base en datos formales y no reales comprometiendo el agua en la región. En pocas palabras, las concesiones para el uso y aprovechamiento del agua se están otorgando con base en cálculos irreales.

4.3.- Falta de accesibilidad física de las comunidades al agua y obligación del Estado de instrumentar medidas de igualación positiva para las comunidades respecto a la dotación de agua

El tercer problema que se denunció en la petitoria –que también relaciona a los pueblos indígenas y a las unidades habitacionales respecto al agua– tiene que ver con la dificultad histórica que han padecido las comunidades originarias para poder acceder al recurso (situación que subsiste hasta la fecha), frente al acceso regular que gozan los fraccionamientos y unidades habitacionales construidas en los últimos años.

Lo anterior constituye una situación general de acceso desigual a un recurso indispensable para la vida, que debería estar siendo atacado por las autoridades gubernamentales a través de acciones de compensación que ayuden a romper con el cuadro de desigualdad. Como se mencionó anteriormente, ningún habitante de la comunidad de Xoxocotla recibe agua de forma regular. Quienes se encuentran en mejor situación, tienen agua una vez a la semana durante sólo tres horas. Sumado a lo anterior, desde hace más de un año, a partir del medio día, la cantidad de litros por segundo provenientes del Chihuahuita que llega a la comunidad, disminuye drásticamente de 35 litros por segundo a 5 litros por segundo. Lo anterior, además de poder estar relacionado con la disminución de la capacidad del manantial, también podría estarlo con las deficiencias de la línea de conducción del agua que las comunidades han denunciado frente a las autoridades. Ante la falta de apoyo por parte de estas últimas para explicar las causas de esta situación, los integrantes de la comunidad han organizado brigadas de investigación, recorriendo toda la línea de conducción, buscando fugas u obstáculos para el flujo; sin embargo, debido a la falta de instrumentos técnicos para la detección de problemas, les ha resultado imposible encontrar respuestas a ello. Por tanto, no sólo es que las autoridades no luchen contra la situación general de desigualdad en el acceso al recurso sino que incluso frente a un agravamiento de la situación no están emprendiendo acción alguna.

4.4.- Un crecimiento del negocio del agua en las comunidades que obliga a las personas a erogar un porcentaje importante de sus ingresos para adquirir el recurso

Todo lo arriba indicado provoca una situación general de grave escasez de agua en Xoxocotla y por tanto de incremento de la demanda. Dado que el agua es un recurso indispensable para la vida, y el SA comunitario no recibe la cantidad de líquido suficiente para cubrir la demanda, las personas se ven obligadas a gastar lo que sea necesario para poder acceder a ella. Es así que se deben comprar botellas, garrafones, tambos o pipas, enriqueciendo a las empresas privadas que hacen negocio con el recurso y realizando gastos desproporcionados respecto de su salario (una familia de 4 personas en la comunidad llega a pagar hasta 600 pesos al mes –31 euros– para el agua que adquieren de las empresas privadas)³⁸.

5.- Relación de hechos y violación del derecho humano al agua en el caso de la comunidad indígena de Xoxocotla

Antes de iniciar con el análisis de los derechos violados, es conveniente subrayar que los Tratados Internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano y tienen un alto rango jerárquico dentro del mismo. A partir de la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) realizó del artículo 133 constitucional, al resolver un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos (amparo 1475/98), hoy, en México, los Tratados Internacionales se encuentra sólo por debajo de la Constitución pero por encima de todas las demás normas³⁹, incluyendo todas las leyes

38 En México ésta es una situación que se repite en muchas localidades rurales y urbanas. Como lo ha documentado Barkin "...el sistema de agua presenta amplias disparidades en el volumen y calidad del agua disponible para los diferentes grupos sociales, con preocupantes inequidades que obligan al pobre a pagar sustancialmente más por el servicio y a gastar más esfuerzo para asegurar el acceso al mismo. Complicando ese problema están los estándares de servicio severamente deficiente que sistemáticamente penalizan al pobre de muchas formas: debido a la inadecuada calidad del agua, sufren desproporcionadamente de enfermedades causadas por el agua...; debido a sistemas reguladores discriminatorios y a inescrupulosos operadores y vendedores en los mercados locales del agua; la gente pobre vive en áreas que son más difíciles de surtir con estos servicios y a los que los sistemas administrativos no están preparados para atender". BARKIN, David y KLOOSTER Dan *Estrategias de la gestión del agua urbana en México: un análisis de su evolución y las limitaciones del debate para su privatización*, p. 40. <http://www.union.org.mx/novedades/alianza-agua/Especificidad.pdf>

39 De esta resolución deriva la tesis 192,867 cuyo título es "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". *Vid*

secundarias creadas por el Congreso de la Unión y los Congresos locales, así como los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo o los demás actos que éste produzca.

5.1.- El derecho humano al agua

En el texto actual de la Constitución Mexicana no existe un artículo en el que podamos encontrar un fraseo tal como “Todas las personas tienen derecho al agua”. Sin embargo, como ocurre con el derecho a la vida –que tampoco se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional– su reconocimiento es implícito debido a la relación de interdependencia que el derecho al agua tiene con otros derechos constitucionalmente reconocidos (especialmente salud, vivienda y medio ambiente (art. 4)), las referencias que existen al mismo en diversos artículos constitucionales y su reconocimiento expreso en Tratados Internacionales. Todo lo anterior nos permite asegurar que el derecho humano al agua forma parte del ordenamiento interno.

Conviene comenzar por el derecho internacional de los derechos humanos donde múltiples Tratados y Convenciones obligan a las autoridades de los Estados firmantes a respetar, proteger y garantizar el derecho fundamental al agua⁴⁰. Ha sido a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que ese derecho fundamental ha adquirido mayor definición en su contenido esencial mínimo y especificidad en las obligaciones del Estado. De acuerdo con el Comité DESC –que es el órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo⁴¹– el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1⁴² y 12⁴³ del Pacto. Así lo ha establecido en su Observación General No. 15⁴⁴ (OG 15), de acuerdo con la cual “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

El Comité ha definido el derecho humano al agua como “...el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal

Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46.

40 Por ejemplo, la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14); la Convención de los Derechos de las niñas y los niños (art. 24) entre otros.

41 El Comité fue establecido en 1985 a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 de 28 de mayo de 1985. Su primera sesión se celebró del 9 al 27 de marzo de 1987.

42 Derecho a un nivel de vida adecuado.

43 Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

44 E/C. 12/2002/11, noviembre de 2002.

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>

y doméstico”. Considera el Comité que este derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado porque es una condición necesaria para la supervivencia. Y aunque en la Observación se señala que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, también los Estados deben reconocer que se trata de un bien que es indispensable para el ejercicio de otros derechos como el de alimentación adecuada, higiene ambiental, salud, derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, derecho a disfrutar determinadas prácticas culturales.

Ahora bien, debido a que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho puede variar en función de distintas condiciones que existan en cada región, se indican cinco factores que se deben aplicar en cualquier circunstancia:

a) Disponibilidad. Esto significa que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo⁴⁵ y suficiente para el uso personal y doméstico.

b) Calidad. El Comité, además de señalar que el agua debe ser suficiente, establece que debe estar libre de agentes que puedan ser dañinos para la salud: microorganismos y sustancias químicas o radioactivas. Debido a que en el mundo, y especialmente en los países menos desarrollados, un porcentaje alto de las enfermedades se transmiten a través del agua, el Comité se ha preocupado por establecer que el recurso al que puedan tener acceso las personas debe ser salubre con un color, olor y sabor aceptables. Para la elaboración de normas nacionales que aseguren la inocuidad del agua el Comité remite a las *Guías para la calidad del agua potable* emitidas por la Organización Mundial de la Salud.

c) Accesibilidad física. En tercer lugar tener derecho al agua supone que las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En cada hogar⁴⁶, institución educativa o lugar de trabajo debe haber un suministro de agua o por lo menos la posibilidad de tener acceso a alguno que esté en sus cercanías inmediatas.

d) Asequibilidad o accesibilidad económica. Esto significa que el agua y los servicios e instalaciones que permitan acceder a ella deben ser asequibles en relación con el ingreso de las personas. El Comité establece que los costos asociados con el abastecimiento del agua no deben comprometer la capacidad de las personas para acceder a otros bienes esenciales como salud, educación, vivienda u otros derechos.

e) No discriminación. Con base en el concepto de no discriminación el Comité establece que el agua salubre y los servicios deben estar al alcance físico y económico de todas las personas y especialmente de aquellas que históricamente no han podido ejercer

45 “Continuo” significa que la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos.

46 El hogar puede ser tanto vivienda permanente o simplemente un lugar de alojamiento provisional.

este derecho por motivos de raza, religión, origen nacional, o cualquier otro de los motivos que están prohibidos.

Como se desprende de los hechos desarrollados en el apartado anterior, la situación general que padecen los habitantes de la comunidad de Xoxocotla supone la vulneración de todos los elementos que conforman el contenido esencial del derecho humano al agua, y revela el incumplimiento por parte de las autoridades de las obligaciones constitucionales e internacionales que ha asumido frente al mismo.

5.1.1.- Violación del factor disponibilidad

En primer lugar, el hecho de que el nivel de manantial Chihuahuita esté disminuyendo de forma gradual y evidente –como lo han venido advirtiendo y denunciando los habitantes de Xoxocotla y otras comunidades desde hace varios años–, que la cantidad de litros que se extraen del pozo Pueblo Viejo haya disminuido notablemente, y que el pozo La Joya acaba de empezar a funcionar y no se sabe si efectivamente abastecerá a la comunidad de los litros de agua previstos y durante cuánto tiempo (Pueblo Viejo empezó surtiendo 17 litros de agua de los 34 originariamente prometidos por el gobierno, y actualmente sólo surte 6 litros), supone una importante afectación a la disponibilidad de la fuente principal de abastecimiento de agua de los Pueblos y por tanto una violación del derecho al agua. Frente a ello los gobiernos federal, estatal y municipal, lejos de instrumentar las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad del agua en la zona y cumplir con sus obligaciones de respeto, protección y cumplimiento del derecho, continúan impulsando la construcción de inmensas unidades habitacionales que comprometen aún más la capacidad de los mantos acuíferos de la región. Lo anterior de forma tan grave y evidente que en el año 2006 se dio luz verde para que se iniciara la construcción de la Unidad habitacional *La Ciénega*, a menos de un kilómetro del manantial Chihuahuita.

Si bien es cierto que en materia de disponibilidad del agua no se cuenta con las pruebas científicas que permitan demostrar con absoluta rotundidad la relación precisa entre la extracción del agua por las unidades habitacionales y la disminución del agua del manantial y el pozo, es obvio que la relación entre estas dos circunstancias es más que probable. Por tanto, atendiendo al derecho humano al agua y al principio precautorio que rige en el derecho internacional de los derechos humanos –establecido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁴⁷– las autoridades responsables, en lugar de continuar expidiendo nuevas licencias de construcción para las

47 El principio 15 de la Declaración citada establece que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

unidades habitacionales, así como concesiones para perforación de los nuevos pozos que éstas requieren, deben cumplir con sus obligaciones de respeto, protección y garantía establecidas por el derecho humano al agua. En relación con la obligación de respeto, el punto 23 de la OG 15 “...exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.

Además, debe tomarse en cuenta que la extracción extensiva del agua y sin controles efectivos, no sólo pone en riesgo a las poblaciones originarias actuales sino a las generaciones futuras. Esto viola la exigencia de planeación sustentable establecida en Tratados Internacionales. De acuerdo con el punto 28 de la OG 15 “Los Estados Partes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención;... c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad...”.

Por lo que toca a la relación entre disponibilidad de agua y pueblos indígenas interesa destacar que las autoridades están vulnerando el artículo 27 constitucional⁴⁸ que en su fracción VII, obliga al legislador a proteger la integridad de las tierras indígenas para el asentamiento humano, y regular “...el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores”.

Por su parte, la propia Constitución del Estado de Morelos⁴⁹, retomando las líneas trazadas por la Constitución Federal, también establece en su artículo 2º fracción VII que los pueblos y comunidades tendrán derecho y obligación de salvaguardar la ecología y el medio ambiente, así como preservar los recursos naturales que se encuentren ubicados en sus territorios. En la fracción XII inciso f) se establece como obligación para el Estado y los municipios que “con la participación de las comunidades, establecerán las

48 <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

49 <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/18/456/default.htm?s=>

instituciones y las políticas para garantizar el desarrollo humano y social de los pueblos y comunidades indígenas”. En cumplimiento de esta obligación, la fracción f) exige el “Mejoramiento de la vivienda y ampliación de cobertura de todos los servicios sociales básicos”; lo que evidentemente también incluye el acceso al agua.

Y en lugar de cumplir con sus obligaciones constitucionales e internacionales, la Comisión Nacional del Agua, en perjuicio de la comunidad de Xoxocotla, también viola la propia Ley de Aguas Nacionales⁵⁰ que establece en diversos artículos la obligación de que el Ejecutivo Federal asigne o concesione el agua con base en la disponibilidad real. Así se establece en la fracción VII del artículo 14 Bis 5 donde se determina que “El Ejecutivo federal se asegurará que las concesiones y asignaciones de agua estén fundamentadas en la disponibilidad efectiva en las regiones hidrológicas y cuencas hidrológicas que correspondan, e instrumentará mecanismos para mantener o reestablecer el equilibrio hidrológico en las cuencas hidrológicas del país y el de los ecosistemas vitales para el agua”. Para lograr lo anterior, en el segundo párrafo de su artículo 22 se establece que “El otorgamiento de una concesión o asignación se sujetará a lo dispuesto por esta ley y su reglamentos y tomará en cuenta la disponibilidad media anual del agua, **que se revisará al menos cada tres años...**”. Ya que el último estudio de disponibilidad sobre el acuífero de Cuernavaca es del 31 de enero de 2003, las concesiones de pozos que se realicen o hayan realizado a partir del 31 de enero de 2006 son ilegales por extemporaneidad.

5.1.2.- Violación del factor calidad

En relación con el segundo factor que constituye el contenido del derecho al agua (calidad) se denunció la violación del derecho debido a la mala calidad del agua en la que se encuentran los ríos y canales que atraviesan Xoxocotla, así como los riesgos de contaminación a los que se está exponiendo el agua del manantial Chihuahuita por la construcción de las unidades habitacionales.

En relación con la cuenca del río Apatlaco, el propio gobierno Estatal ya ha reconocido la grave contaminación de sus aguas y por ello ha decidido iniciar un proyecto de restauración de las mismas. Sin embargo, en tanto dicho proyecto no comience a tener resultados, las personas en Xoxocotla continúan expuestas a los riesgos que supone utilizar aguas con desechos urbanos e industriales para bañarse y lavar la ropa. Como se señaló anteriormente, debido a la situación general de escasez de agua en la comunidad, muchos de sus habitantes se ven en la necesidad de aprovechar las aguas de los ríos para uso personal y doméstico, poniendo en riesgo su salud y la de sus familiares. Además, debemos recordar que el río Apatlaco se une con el río Colotepec (que pasa por el basurero de Tetlama) pocos kilómetros antes de entrar a Xoxocotla. En teoría existe un proyecto de remediación del basurero, sin embargo las escasas acciones que el gobierno

50 http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/Ley_Aguas_Nacionales.pdf

ha instrumentado (echar tierra sobre el mismo) no evitará que los posibles contaminantes que derivan del depósito de Tetlama lleguen hasta la comunidad a través del segundo curso de agua afectando a las personas y violando su derecho humano al agua. Si bien es cierto que no existen pruebas contundentes sobre la contaminación del Colotepec por el escurrimiento de los lixiviados del basurero, en atención al principio precautorio arriba citado, el gobierno debe instrumentar medidas realmente comprometidas para impedir la contaminación. En caso de no hacerlo el Estado mexicano estaría violando la obligación de respeto establecida en los puntos 20 y 21 de la OG 15. En dichos apartados se señala: “20. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados Partes, a saber: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. 21. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Comprende, entre otras cosas... contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado”. Este es el caso del basurero de Tetlama que durante 30 años fue utilizado por diversos municipios de Morelos llegando a depositar hasta 400 toneladas de basura diarias⁵¹.

En este caso las autoridades deberán llevar a cabo los estudios para dictaminar la calidad del agua del río, alertar a la población sobre los posibles riesgos que supone utilizarla, ofrecer alternativas para evitar que ésta se vea en la necesidad de acudir al río y, finalmente, iniciar un programa serio de remediación del basurero para impedir la contaminación del río Colotepec.

La segunda circunstancia que implica la violación por parte de las autoridades del derecho al agua, en relación con el factor calidad, son las descargas de las unidades habitacionales a los ríos y manantiales de la zona. Como se demostró en diversos recorridos al manantial Chihuahuita y a las unidades habitacionales, muchas de éstas no cuentan con plantas de tratamiento, o si las tienen, no están funcionando. Lo anterior, supone la violación por parte de las autoridades de la obligación de proteger que de acuerdo con el punto 23 de la OG 15 “...exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.

51 Véase BALBOA, Juan, “El basurero de la muerte deja estela en Morelos”, periódico *La Jornada*, México, martes 24 de octubre del 2006; LAURA EMILIA, “Lamento por Morelos”, *Letras Libres*, México, noviembre del 2007.

En sentido parecido se orientan algunos de los principios de política hídrica establecidos en la Ley de Aguas Nacionales que como se señala en el último párrafo del artículo 14 BIS 5 “...son fundamentales en la aplicación e interpretación de las disposiciones contenidas en esta ley y en sus reglamentos...”. En la fracción IX de ese mismo artículo 14 BIS 5 se establece que “La conservación, preservación, protección y restauración del agua en cantidad y calidad es asunto de seguridad nacional, por tanto, debe evitarse el aprovechamiento no sustentable y los efectos ecológicos adversos”.

En ese sentido se orienta todo el capítulo I del Título Séptimo de la Ley de Aguas Nacionales “Prevención y Control de la Contaminación de las Aguas y Responsabilidad por Daño Ambiental” que está siendo violado en muchos de sus artículos por las autoridades responsables en el cuidado del agua. El artículo 85 establece que “es fundamental que la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, a través de las instancias correspondientes, los usuarios de agua y las organizaciones de la sociedad, preserven las condiciones ecológicas del régimen hidrológico, a través de la promoción y ejecución de las medidas y acciones necesarias para proteger y conservar la calidad del agua, en los términos de la ley”.

La fracción IX del artículo 86 establece que estará a cargo de la autoridad del agua “Promover o realizar las medidas necesarias para evitar que basura, desechos, materiales y sustancias tóxicas así como lodos producto de los tratamientos de aguas residuales, de la potabilización del agua y del desazolve de los sistemas de alcantarillado urbano y municipal, contaminen las aguas superficiales o del subsuelo...”. Por su parte la Ley General de Salud⁵² establece en el artículo 122 que “Queda prohibida la descarga de aguas residuales sin el tratamiento para satisfacer los criterios sanitarios emitidos de acuerdo con la fracción III del artículo 118”. Dichos criterios son elaborados por la Secretaría de Salud y están establecidos en diversas Normas Oficiales que rigen en todo el país. En cualquier caso, lo relevante de este artículo es la prohibición rotunda de descarga de aguas residuales sin tratamiento, situación que como mencionamos anteriormente, en el estado de Morelos resulta muy frecuente.

5.1.3.- Violación del factor accesibilidad física

Frente al problema que se vive al interior de la comunidad en relación con la falta de acceso de las familias al agua, interesa señalar que ello también supone violaciones a la Constitución y los Tratados Internacionales. En el apartado B fracción IV del artículo 2º constitucional se establecen como obligaciones para las tres esferas de gobierno federal, estatal y municipal la de “Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al

⁵² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 y con importantes reformas en 2006.

financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos”, lo que obviamente incluye el acceso al agua.

Para reforzar lo anterior, la OG 15, en su punto 13, obliga a los Estados a garantizar el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna, y en el párrafo 14 establece que dichos Estados “...deben velar porque la asignación de los recursos de agua y las inversiones en el sector del agua faciliten el acceso al agua a todos los miembros de la sociedad. Una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población”. En el punto 15 se establece “...la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en el suministro de agua y los servicios de abastecimiento de agua”. Y en el 16 se especifica que “Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas...”. Especialmente, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar porque:

a)...

b)...

c) Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación.

d) El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.”

En el punto 45 de esta misma Observación se señala que “De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deberán recurrir a “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”, para dar cumplimiento a sus obligaciones dimanantes del Pacto. Cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circuns-

tancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible. Las medidas nacionales encaminadas a asegurar el disfrute del derecho al agua no han de obstaculizar el disfrute de otros derechos humanos”.

Como puede observarse, las autoridades mexicanas, al firmar el PIDESC quedan obligadas a asegurar el acceso de todas las personas a una cantidad mínima indispensable de agua potable y ello supone también la obligación de realizar las inversiones necesarias para cumplir con dichos compromisos. Como lo establece con toda claridad el Comité, las medidas deben estar orientadas a resolver las situaciones de mayor urgencia para proteger a las personas y grupos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

En la Observación General No. 3 (1990), el Comité DESC “...confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto”. El Comité señala que “...pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato:

- “a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- d)...
- e)...
- f)...
- g)...
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.”

El hecho de no instrumentar las medidas aquí señaladas supone una violación por parte del Estado del derecho al agua y ello también supone incurrir en responsabilidad internacional.

Y también supone una violación de los propios principios, establecidos en la Ley de Aguas Nacionales, que sustentan la política hídrica nacional. De acuerdo con la fracción V del artículo 14 Bis 5 de dicha ley uno de esos principios es: “La atención de las

necesidades de agua provenientes de la sociedad para su bienestar, de la economía para su desarrollo y del ambiente para su equilibrio y conservación; particularmente la atención especial de dichas necesidades para la población marginada y menos favorecida económicamente”. La propia Ley General de Desarrollo⁵³ señala en la fracción IX de su artículo 19 que son prioritarios y de interés público “los programas y obras de infraestructura para agua potable, drenaje, electrificación, caminos y otras vías de comunicación, saneamiento ambiental y equipamiento urbano”.

5.1.4.- Violación del factor asequibilidad

Como también se desprende de los hechos, la situación general de escasez y contaminación del agua en Xoxocotla, ha provocado que surja en la región un negocio del agua que obliga a las personas a gastar porcentajes importantes de su salario para poder adquirir el líquido para su uso personal y doméstico. Lo anterior, además de ser un factor más que contribuye a la situación de pobreza de muchos de los habitantes de Xoxocotla, también supone una violación de la obligación que tiene el Estado de proteger a las personas frente a los precios altos del agua cobrados por terceros. Así lo ha determinado el Comité DESC en la OG 15 cuando se refiere a las obligaciones de cumplir que adquieren los Estados Parte. En materia de precios señala en el punto 27 que “para garantizar que el agua sea asequible, los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar: a)... b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y c) suplementos de ingresos. Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”.

Antes de concluir es necesario señalar que muchas de las obligaciones que ha adquirido el Estado mexicano al firmar el PIDESC en relación con el derecho al agua no requieren gastos para ser cumplidas: impedir que se sigan sobreexplotando los mantos acuíferos o que se sigan contaminando los ríos no supone mayor gasto por parte de las autoridades estatales. Ahora bien, también es verdad que algunas otras como dotar de infraestructura para que el acceso al agua sea universal o emprender proyectos de restauración de ríos y basureros, sí implican erogaciones. Aún así, ello no exime a las autoridades de cumplir con sus compromisos. Así lo ha establecido el Comité al señalar en el punto 41 de la OG 15 que “Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho al agua, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir sus obligaciones con respecto al derecho al agua y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12, que se refieren al derecho a un nivel de vida adecuado

53 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004.

y al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, que impone a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para hacer efectivo el derecho al agua viola las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que le impone el Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para cumplir, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra”.

El la petitoria presentada frente al TLA también se analizaron, relacionándolas con los hechos y ofreciendo pruebas, las violaciones a otros derechos humanos como: derecho a la libre determinación, a la vivienda, a la salud, al territorio, al desarrollo, a la consulta y la participación.

6.- El veredicto emitido por el TLA

Después de haber analizado a fondo la petitoria sobre el caso (que el TLA solicita un mes antes de llevarse a cabo la audiencia para ser enviada a las autoridades demandadas), escuchado de viva voz los testimonios de 3 representantes del SA y los argumentos técnico-jurídicos de las organizaciones que los apoyaron en la presentación del caso, y de su asesor legal, el jurado del TLA emitió su veredicto.

En él el TLA resolvió: “1. Responsabilizar a la Comisión Estatal de Agua y Medio Ambiente y a la Comisión Nacional del Agua por haber autorizado permisos para la perforación de pozos para diversos usos sin un estudio completo del balance hídrico de la cuenca (Río Balsas) y sin tomar en cuenta las necesidades prioritarias de los pueblos asentados en la región”. En sus recomendaciones, el Tribunal señaló:

- “1. Que las autoridades competentes instrumenten un programa urgente para otorgar agua para uso personal y doméstico a las personas que se encuentren en condiciones de mayor escasez en la comunidad de Xoxocotla.
2. Que cancelen las concesiones otorgadas para la explotación del acuífero para uso de nuevos desarrollos habitacionales, (...) y de clubes de golf.
3. Que se realice un estudio completo, transparente y participativo, para establecer el balance hídrico de la cuenca del Río Balsas en el Estado de Morelos, para establecer una evaluación real de la disponibilidad de agua en la región.
4. Que el gobierno del Estado de Morelos reglamente la Ley de Participación Ciudadana estatal.

5. Que las autoridades competentes cumplan con las leyes estatales y nacionales, para evitar la descarga de aguas servidas y sin tratamiento según la norma vigente, en los ríos y canales de riego de los territorios indígenas.
6. Que se identifiquen y cancelen los pozos ilegales que se están explotando en la cuenca del Río Balsas”.

En relación con la contestación a la demanda emitida por el Secretario de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, el TLA manifestó que con ella el gobierno del estado “demuestra una falta de disposición a atender los múltiples agravios en el proceso de desarrollo urbano y gestión medioambiental y contribuye a un continuo deterioro de la calidad de vida de los demandantes”⁵⁴.

A modo de cierre interesa decir que el veredicto fue bien recibido por la comunidad; sin embargo el éxito y alcance del mismo –y de los demás– depende, como se mencionó en el primer apartado de este trabajo, de la sinergia positiva que se pueda construir entre el propio Tribunal, las organizaciones y movimientos, y los medios de comunicación, así como de la capacidad de incidencia que pueda tener sobre los poderes públicos y las empresas involucradas en violaciones del derecho humano al agua. Para que esta sinergia se materialice, es necesario, entre otras cosas, que el Tribunal mantenga y acreciente su prestigio basado en la seriedad científica y jurídica de sus fallos así como en la posibilidad de dar seguimiento a los casos que ha conocido.

Por su parte los integrantes del Consejo de Pueblos de Morelos no descansan y, entre muchas otras cosas, se siguen organizando y vinculando con otros espacios a nivel nacional e incluso internacional pero sobre todo no dejan de luchar, como lo han manifestado, para “...poder seguir arraigados en nuestro territorio y tejiendo juntos formas nuevas y tradicionales de organización que nos permitan ponernos de acuerdo entre todos para que podamos tener hoy agua, bosques, suelos fértiles y salud, con reservas para las próximas generaciones; recuperar, como comunidades, nuestra convivencia armónica, reconstruir nuestros lazos; construir la autonomía de cada pueblo con base en nuestras propias leyes y normas sobre el manejo del agua, el suelo y la basura respetando la consulta y los derechos de todos”⁵⁵.

54 El texto completo del veredicto puede consultarse en la página www.tragua.com.

55 Manifiesto de los Pueblos de Morelos, resultado del Primer Congreso de los Pueblos de Morelos en Defensa del Agua, la Tierra y el Aire, Xoxocotla, Municipio de Puente de Ixtla, julio de 2007.

SOBRE LOS AUTORES

Jorge Peláez Padilla. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana; Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Profesor-Investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM).

Edmundo del Pozo Martínez. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba y Maestrante en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Yacotzin Bravo Espinosa. Maestrante en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

Rodrigo Gutiérrez. Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Maria Silvia Emanuelli. Responsable de asuntos jurídicos de la Coalición Internacional para el Hábitat, Oficina Regional para América Latina (HIC-AL), que participa en el Espacio DESC y, como aliado internacional, en la COMDA (www.hic-al.org)

Aleida Hernández Cervantes. Doctora en Derecho por la UNAM, profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

Mylai Burgos Matamoros. Licenciada en Derecho por la Universidad de la Habana, Maestra en Derecho y Doctoranda en Estudios Latinoamericanos por la UNAM, Profesora de Filosofía del Derecho en la UACM y en la UNAM en la carrera de Derecho.

Aline Rivera Maldonado. Licenciada en Derecho por la UNAM, Maestra en derechos humanos por la Universidad Lumière Lyon 2, Francia; Doctoranda en los Programas de Postgrado “Derechos humanos y desarrollo” y “Derecho Público” en las Universidades Pablo de Olavide de Sevilla, España y Paris X-Nanterre, Francia.

Liliana López López. Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM y profesora de la División de Estudios de Posgrado de la misma facultad.

Nota: Todos los autores son parte del Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos, RADAR, que integra la Coalición de Organizaciones Civiles sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) y la Coalición de Organizaciones Mexicanas para el Derecho al Agua (COMDA).

Imaginando otro derecho. Contribuciones a la teoría crítica desde México, del Colectivo RADAR, se terminó de imprimir en la ciudad de San Luis Potosí durante el mes de marzo de 2013, y tuvo un tiraje de 500 ejemplares.