

Universidade do Minho
Escola de Direito

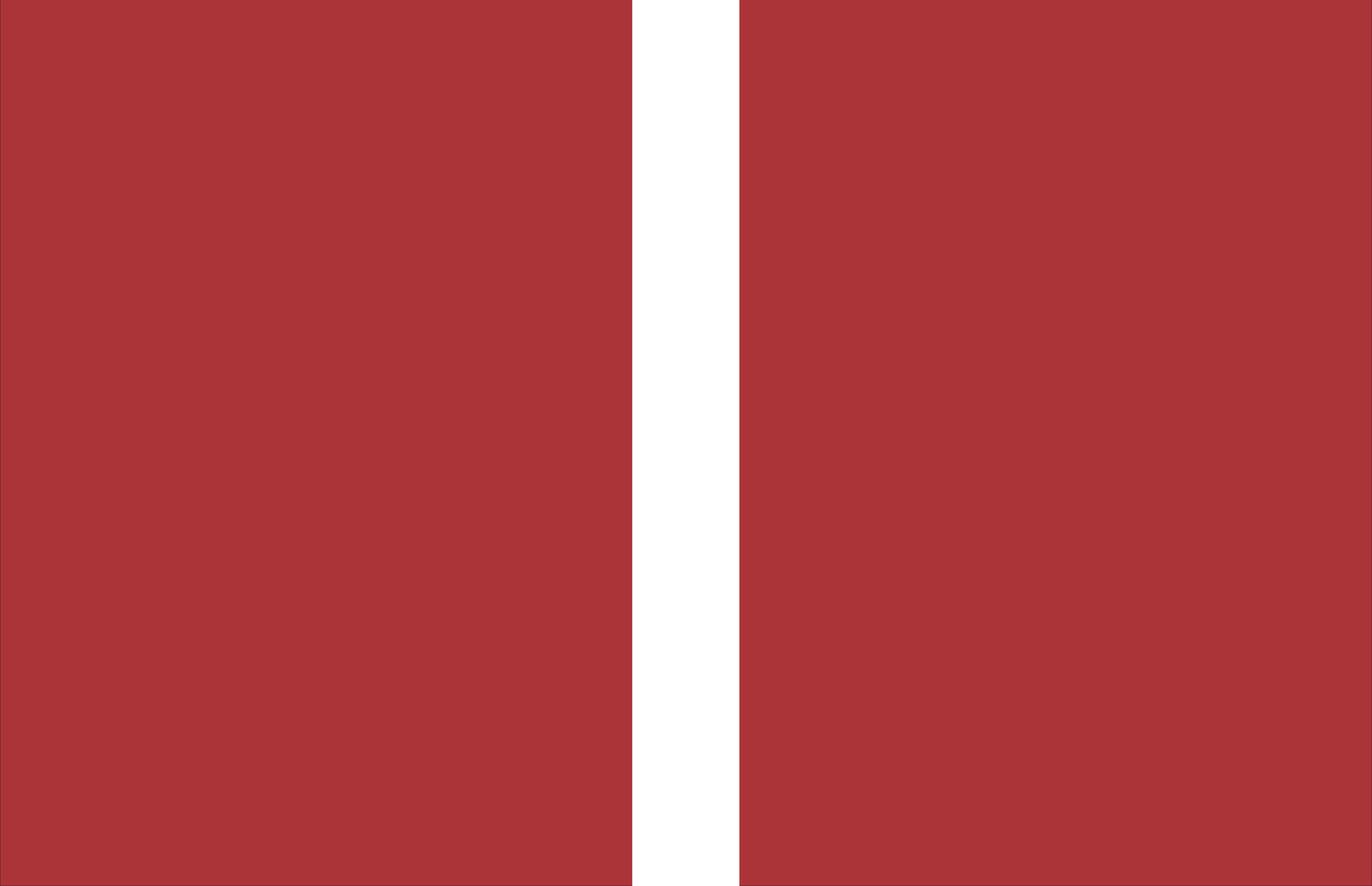
Jorge Daniel Luksic López-Videla

BASES TEÓRICAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Jorge Daniel Luksic López-Videla **BASES TEÓRICAS DEL PLURALISMO JURÍDICO**

UMinho | 2017

maio de 2017





Universidade do Minho
Escola de Direito

Jorge Daniel Luksic López-Videla

BASES TEÓRICAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora María Clara da Cunha Calheiros

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

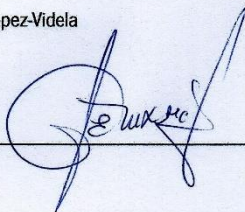
Declaro ter atuado com integridade na elaboração da presente dissertação. Confirmando que em todo o trabalho conducente à sua elaboração não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de falsificação de resultados.

Mais declaro que tomei conhecimento integral do Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 30/05/2017

Jorge Daniel Luksic López-Videla

Assinatura: _____

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large circular loop followed by stylized letters, written over a horizontal line.

Agradezco infinitamente la colaboración y la orientación de la Profa. Dra. Maria Clara da Cunha Calheiros, en la elaboración de esta tesis, que dedico desde el corazón, a mi hijo Ignacio Luksic.

De igual modo, quedo eternamente agradecido al Programa “Erasmus Mundus”, que al otorgarme una beca el año 2010, permitió mi estadía en Portugal por dos años y medio; tiempo durante el cual trabajé la mayor parte de la tesis.

BASES TEÓRICAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

RESUMEN

Abordar las bases teóricas de un objeto de conocimiento cualquiera, equivale a establecer los fundamentos que dan explicación a sus existencia y a razonar acerca de la racionalidad y deseabilidad de sus propósitos. En la presente tesis, los objetos de análisis son: el Pluralismo Jurídico y sus fundamentos, en conexión con la Teoría del Discurso de Jürgen Habermas.

Dentro del análisis de esos objetos, se han identificado y examinado dos constataciones fácticas: 1) Que el Pluralismo Jurídico es un hecho, presente en muchas sociedades contemporáneas y 2) Que allí donde hay sociedades jurídicamente plurales ocurren tensiones entre los distintos ordenamientos jurídicos que conforman esos escenarios jurídicamente plurales, dando lugar a problemas de aplicación del Derecho y a cierto grado de irracionalidad en el funcionamiento del Derecho (o los Derechos, de esas sociedades) pues, las personas componentes de esas sociedades tienen más de una referencia jurídica. Dadas tales constataciones de hecho y en virtud a ellas, se ha reconocido la necesidad de que el hecho del pluralismo jurídico tenga algún tipo de fundamentación racional.

En ese cometido, la presente investigación pretende establecer una vía de armonización y equilibrio que alivie las tensiones y problemas entre ordenamientos jurídicos en contextos plurales. Entiende que la Ética del Discurso de Jürgen Habermas es una teoría que puede dar las respuestas precisas a la necesidad de aliviar las tensiones entre los ordenamientos componentes de las realidades sociales, jurídicamente plurales; con lo que se sentarían las bases teóricas que otorguen racionalidad a dichas realidades. Así, el hecho del pluralismo jurídico, con el soporte de la Ética del Discurso, quedaría fundamentado y por lo tanto su racionalidad asegurada, convirtiéndolo no solamente en un hecho presente en las sociedades sino en una realidad regulada y deseable.

En efecto, la tesis analiza el pluralismo jurídico como un hecho común en las sociedades actuales, dando por asumido, no obstante, que la Teoría General del Derecho acepta mayoritariamente que una de las características esenciales del Derecho de los Estados, es la Unidad de sistema jurídico (siguiendo la corriente del monismo jurídico). La investigación no entra a cuestionar dicha corriente pero describe las posiciones jurídicamente pluralistas que la colocan en entredicho, afirmando que el pluralismo jurídico es un hecho real que no está exento de tensiones y que no deja de ser un escenario que genera conflictos entre sus componentes y entre ellos y el Derecho estatal. En base a ese análisis, la tesis hace hincapié en que las tales tensiones pueden ser resueltas racionalmente y en que la racionalidad del pluralismo jurídico es una tarea pendiente. Tarea que puede ser encarada con la mediación de la Teoría del Discurso. En efecto, describe y analiza la teoría del discurso como conjunto regulativo del que emerge la racionalidad argumentativa y el consenso racional en materia ética y luego traslada las posturas de la Teoría del Discurso del ámbito de la Moral al del Derecho a través de

una concepción particular de derechos humanos, que hace viable el concepto de derechos colectivos.

De ese modo, desarrolla el concepto de derechos humanos cuyos titulares son tanto individuos como colectivos de individuos, atribuyendo a éstos últimos la posibilidad de ser sujetos de la argumentación dialogada que da lugar al discurso racional, que, cuando trata de los derechos vinculados en su ejercicio, al desarrollo de un ordenamiento jurídico particular y propio de un colectivo concreto, entonces produce la emergencia de un pluralismo jurídico como materia de la argumentación –y del discurso mismo-.

Finalmente, presenta el modelo de pluralismo jurídico vigente en Bolivia y aboga por que la teoría del discurso es apta para servir de base teórica para el funcionamiento armónico de dicho esquema de derecho plural, aun en pleno proceso de construcción.

THEORETICAL BASES OF LEGAL PLURALISM

ABSTRACT

To approach the theoretical bases of any object of knowledge is to establish the foundations that explain its existence and to reason about the rationality and desirability of its purposes. In this thesis, the objects of analysis are: Legal Pluralism and its foundations, in connection with Jürgen Habermas' Theory of Discourse.

Within the analysis of these objects, two factual findings have been identified and examined: 1) That, Legal Pluralism is a fact, present in many contemporary societies and 2) That, wherever there are legally plural societies, there are tensions between the different legal systems that make up those diversely legal scenarios, giving rise to problems of application of the law and to a certain degree of irrationality in the functioning of the law (or the various "Laws" of such societies), since people who are members of those societies, have more than one legal reference. Given those factual findings and due to them, the need for legal pluralism to have some kind of rational foundation has been recognized.

In that task, the present research aims to establish a path of harmonization and balance that could relieve the tensions and the problems taking place between legal systems in plural contexts. The thesis sustains that Jürgen Habermas's Discourse Ethics is a theory that can provide the precise and basic answers to the need lessening the tensions between the constituent Legal Orders of juridically plural realities; with which, theoretical bases that grant rationality to those realities, would be established. Thus, the fact of legal pluralism, with the support of the Discourse Ethics, would be justified and therefore, its rationality assured; making it not only a fact present in societies but a regulated and desirable reality.

The thesis investigates juridical pluralism as a common fact in today's societies, assuming, however, that the General Theory of Law accepts mostly that one of the essential characteristics of the Law of States, is the System Unit (following the movement of legal monism). This investigation does not repudiate that movement, but describes the legally pluralistic positions that put it into question, affirming that legal pluralism is a real fact that is not free of tensions and that is a scenario that generates conflicts between its components and between them and the State Law. On the basis of that analysis, the thesis emphasizes that such tensions can be resolved rationally giving that the rationality of legal pluralism is a pending task. Task that can be faced with the mediation of Discourse Theory. In fact, the thesis describes and analyses the Discourse Theory as a regulative set from which argumentative rationality in ethical matters emerge, as well as rational consensus in those matters, and then moves the positions of Discourse Theory from the scope of the Moral to the Law one, through a particular conception Human rights which makes the concept of collective rights viable.

In that way, the thesis develops a concept of human rights whose holders are both individuals and collectives of individuals, attributing to the latter the possibility of being subjects of the dialogical argumentation that gives rise to rational discourse, which, when dealing with human rights related (in its exercise) to the development of a particular legal order that belongs to a specific group, then gives rise to a legal pluralism conceived as a matter of argumentation - and discourse itself.

Finally, the thesis approaches the model of legal pluralism presently in force in Bolivia and argues that the Theory of Discourse is suitable to serve as a theoretical basis for the harmonious functioning of that pluralist legal system, even though it is still in the midst of its construction process.

BASES TEÓRICAS DO PLURALISMO JURÍDICO

RESUMO

Apontar a base teórica de qualquer objeto de conhecimento, é lançar as bases que dão explicação para sua existência e para raciocinar sobre racionalidade e conveniência de seus propósitos. Nesta tese, os objetos de análise são o pluralismo jurídico e as suas fundações, em conexão com a Teoria do Discurso de Jürgen Habermas.

Na análise desses objetos, foram identificadas e examinadas duas constatações factuais: 1) O Pluralismo jurídico é um fato, presente em muitas sociedades contemporâneas e 2) Que, onde há sociedades legalmente pluralistas, tensões ocorrem entre os diferentes sistemas legais que fazem parte desse cenário juridicamente plurais, levando a problemas de aplicação da lei e a algum grau de irracionalidade no funcionamento do Direito (ou dos “direitos” de tais sociedades), dado que, as pessoas dessas sociedades têm mais de uma referência legal. Dadas as constatações referidas e sob elas, a tese reconheceu a necessidade para o fato do pluralismo legal de ter algum tipo de fundamento racional.

Nessa tarefa, a Tese visa a estabelecer um meio de harmonizar e equilibrar, para aliviar as tensões e problemas entre os sistemas jurídicos em contextos plurais. Ela entende que a ética do discurso de Jürgen Habermas é uma teoria que pode dar as respostas precisas e necessárias para aliviar as tensões entre os componentes das realidades sociais legalmente plurais; com o qual se definiam as bases teóricas para dar racionalidade a tais realidades. Assim, o pluralismo jurídico, com o apoio da Ética do Discurso, ficaria fundado e, por conseguinte, a sua racionalidade assegurada, tornando-o não apenas num fato presente nas sociedades mas numa realidade controlada e desejável.

De fato, a tese analisa o pluralismo jurídico como uma ocorrência comum nas sociedades de hoje, assumindo no entanto, que a Teoria Geral do Direito esmagadoramente concorda que uma das características essenciais do Direito dos Estados é a Unidade do sistema legal (seguindo a tendência do monismo jurídico). A investigação não vem para questionar essa corrente, mas descreve as posições legalmente pluralistas que a colocam em questão, afirmando que o pluralismo jurídico é um fato que não é livre de tensões e que é um cenário que gera conflitos entre seus componentes e entre eles e o Direito do estadual. Com base nesta análise, a tese enfatiza que tais tensões podem ser resolvidas de forma racional e que a racionalidade do pluralismo jurídico é uma tarefa pendente. Tarefas que podem ser tratadas com a mediação da teoria do discurso. Na verdade, a tese descreve e analisa a teoria do discurso como um conjunto regulador que gera a racionalidade argumentativa e consenso racional sobre questões éticas e então desloca as posições de teoria do discurso do campo

da moral para o Direito através de uma concepção particular dos direitos humanos que torna o conceito de direitos coletivos, viável.

Dessa forma, desenvolve um conceito de direitos humanos cujos titulares não são apenas os indivíduos mas também os grupos de indivíduos, atribuindo a estes últimos a possibilidade de ser sujeitos da argumentação dialógica que leva ao discurso racional, que, quando se lida com os direitos relacionados, no seu exercício, com o desenvolvimento dum determinado sistema jurídico dum grupo particular, em seguida, surge o pluralismo jurídico como a questão da argumentação –e mesmo do discurso racional-.

Finalmente, apresenta-se o modelo de pluralismo jurídico existente na Bolívia e defende-se que a teoria do discurso é adequada para servir como uma base teórica para o bom funcionamento do esquema de Direito plural, mesmo que agora está ainda em construção.

INDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN GENERAL DE LA TESIS _____ | 1 |
| Planteamiento de la Investigación _____ | 3 |
| Objetivo de la Tesis _____ | 6 |
| Hipótesis _____ | 6 |
| Contenidos de la tesis _____ | 6 |
| | |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| EL PLURALISMO JURÍDICO _____ | 8 |
| Introducción _____ | 8 |
| Primera Parte – Contextualización _____ | 9 |
| 1. Integración y Descomposición Introdutoria _____ | 9 |
| 2. El Pluralismo en la Filosofía Práctica _____ | 11 |
| 2.1. El Pluralismo Ético _____ | 12 |
| 3. El Monismo Jurídico-Una Conceptualización Crítica _____ | 15 |
| 4. Aproximación al Pluralismo Jurídico- Breve Relación Histórica del Origen de su conceptualización _____ | 20 |
| Segunda Parte – Conceptualización _____ | 22 |
| 1. Varias Definiciones y Conceptualizaciones de Pluralismo Jurídico _____ | 22 |
| 1.1. Definiciones de Algunos Autores Latinoamericanos _____ | 22 |
| 1.2. John Griffiths–La formulación más elaborada y difundida del concepto de pluralismo jurídico _____ | 25 |
| 1.3. Leopold Pospisil – La teoría de los “niveles legales” _____ | 31 |
| 1.4. Michael Garfield Smith – La teoría de las “corporaciones sociales” _____ | 33 |
| 1.5. Santi Romano – La teoría institucional del Derecho _____ | 36 |
| 1.6. Eugen Ehrlich – El Derecho vivo _____ | 37 |
| 1.7. Sally Falk Moore – Los campos sociales semiautónomos _____ | 42 |
| 1.8. Georges Gurvitch –La teoría de los hechos normativos _____ | 45 |
| 1.9. Norberto Bobbio – La interrelación de los ordenamientos jurídicos _____ | 46 |
| 1.10. Sally Engle Merry _____ | 48 |
| 1.11. Jean Carbonier _____ | 49 |
| 1.12. Gregorio Robles – La teoría comunicacional del Derecho _____ | 51 |
| 2. Brian Tamanaha – La Crítica a la doctrina del pluralismo jurídico _____ | 55 |
| Tercera Parte – Perspectivas _____ | 70 |
| 1. Distintas Perspectivas del Pluralismo Jurídico. Una Propuesta de Clasificación de las Tendencias _____ | 70 |
| 1.1. Primera Perspectiva _____ | 70 |
| 1.2. Segunda Perspectiva _____ | 71 |
| 1.3. Tercera Perspectiva _____ | 75 |
| 1.4. Cuarta Perspectiva _____ | 80 |
| | |
| CAPITULO SEGUNDO | |
| EL CONSENSO RACIONAL. ELEMENTO ESENCIAL DE LA ÉTICA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS Y MODELO BASE DEL PLURALISMO JURÍDICO _____ | 86 |
| La Ética del Discurso _____ | 86 |
| Introducción General del Capítulo _____ | 89 |
| Parte I. Presentación General de la Ética del Discurso _____ | 92 |

| | |
|--|-----|
| 1.1. La Argumentación. Sede primaria de la racionalidad_____ | 92 |
| 1.2. Estructura de la Ética del Discurso_____ | 94 |
| 1.3. Descripción de las características de la Ética del Discurso_____ | 101 |
| Parte II. La fundamentación de Jürgen Habermas de su propia versión de la Ética del Discurso_____ | 105 |
| 2.1. Introducción_____ | 105 |
| 2.2. La actitud performativa_____ | 106 |
| 2.3. La Verdad Moral_____ | 109 |
| 2.4. Diferenciación de las pretensiones de validez normativas_____ | 113 |
| 2.5. La consolidación de la peculiaridad de las pretensiones de validez normativas_____ | 116 |
| 2.6. Presentación del Principio Moral_____ | 119 |
| 2.7. Fundamentación del Principio Moral_____ | 124 |
| 2.8. Las reglas del Discurso_____ | 130 |
| Parte III. Razón Práctica y Discurso Práctico_____ | 134 |
| 3.1. Usos de la Razón Práctica: Cuestiones Pragmáticas, Éticas y Morales_____ | 134 |
| 3.1.1. Uso Pragmático de la Razón Práctica_____ | 135 |
| 3.1.2. Uso Ético de la Razón Práctica. “Discurso” Ético_____ | 137 |
| 3.1.3. Uso Moral de la Razón Práctica. El Discurso Moral_____ | 140 |
| Parte IV. Entrelazamiento necesario entre Moral y Derecho Según Habermas_____ | 147 |
| 4.1. Introducción_____ | 147 |
| 4.2. La Legalidad. ¿Fuente Autónoma de Legitimidad?_____ | 148 |
| 4.3. El Surgimiento del Estado de Derecho_____ | 159 |
| 4.4. Conclusiones acerca de la postura de Habermas sobre el Derecho_____ | 172 |
| Parte V. El Consenso_____ | 174 |
| 5.1. Introducción_____ | 174 |
| 5.2. La Crítica de Rescher al Consenso en General_____ | 174 |
| 5.3. De la Subsidiariedad del Consenso como Camino a la Verdad, hacia la Idealidad del consenso_____ | 185 |
| 5.4. Consenso, Verdad y Objetividad_____ | 190 |
| 5.5. El consenso racional en Jürgen Habermas_____ | 193 |
| 5.6. El consenso en cuestiones axiológicas_____ | 195 |
| 5.7. ¿Consenso como Aquiescencia?_____ | 198 |

CAPÍTULO TERCERO

| | |
|---|------------|
| LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO_____ | 201 |
| Introducción_____ | 201 |
| Parte I. La Relación Moral-Derecho Discursivos como vía del Pluralismo Jurídico_____ | 202 |
| 1. La Relación Moral-Derecho_____ | 202 |
| 2. Sobre la Diferenciación entre Derecho y Moral_____ | 202 |
| 3. De la Moral Discursiva al Derecho Discursivo a través de la Teoría del Discurso_____ | 205 |
| 3.1. La Primera Coincidencia_____ | 206 |
| 3.2. Segunda Coincidencia_____ | 208 |
| 3.2.1. Ventajas y Desventajas de la Moral_____ | 211 |
| 3.2.2. Penetración del Derecho en el Mundo de la Vida y en el Sistema (La Juridificación_____ | 212 |
| 3.2.3. Apunte Conclusivo Preliminar, acerca de la Juridificación_____ | 219 |
| 3.3. Penetración de la Moral en el Derecho_____ | 219 |
| 3.3.1. La conexión se da involucrando solo una faceta del Derecho_____ | 223 |
| 3.3.2. La Penetración Moral afecta a la propia Concepción de Derecho_____ | 225 |
| 3.4. Vinculo del Conjunto Moral-Derecho discursivos con la noción de Pluralismo Jurídico_____ | 226 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 3.4.1. | El Principio Democrático. Primera condición del Pluralismo jurídico | 228 |
| 3.4.2. | Tres Fuentes de Legitimidad | 230 |
| 3.4.3. | La Legitimidad y la Moral | 231 |
| 3.5. | La Simbiosis entre Derecho Moderno y Moral Post-convencional relacionada con el Principio Democrático | 232 |
| 3.6. | Los Derechos Humanos. Segunda condición del Pluralismo Jurídico | 233 |
| 3.6.1. | Sobre los Derechos Humanos y la Teoría del Discurso | 234 |
| 3.7. | Síntesis de la conexión Pluralismo Jurídico/Teoría Discursiva | 241 |
| Parte II. | Los Derechos Colectivos como vía del Pluralismo Jurídico | 243 |
| 1. | Las Personas Colectivas como Artificios resultantes de los derechos | 243 |
| 2. | Los Derechos Colectivos en la concepción de J. Habermas | 246 |
| Parte III. | Problemas del Pluralismo Jurídico como resultado de la Titularidad y el Ejercicio de los Derechos Colectivos | 253 |
| 1. | El problema de la Titularidad de los derechos, de las entidades colectivas | 253 |
| 1.1. | El Concepto y el Fundamento de los Derechos Humanos | 254 |
| 1.2. | Las Identidades Individuales y las Identidades Colectivas | 263 |
| 2. | Segundo problema – el Ejercicio de los Derechos Colectivos | 267 |
| 2.1. | Análisis del Concepto de Representación Política de Hanna Pitkin | 268 |
| 2.1.1. | Tipología presentada por Hanna Pitkin | 268 |
| 2.1.1.1. | Perspectivas formalistas | 269 |
| 2.1.1.1.1. | Representación como Autorización | 269 |
| a) | Formulación Pionera: Thomas Hobbes | 269 |
| b) | Formulación Definitiva | 271 |
| 2.1.1.1.2. | Representación como Responsabilidad | 273 |
| 2.1.1.1.3. | La Cuestión de los Límites, un problema que las Perspectivas formalistas no resuelven | 277 |
| 2.1.1.2. | Perspectivas descriptivas, que sugieren “suplir a otro” | 278 |
| 2.1.1.2.1. | Representación como simbolización | 279 |
| 2.1.1.2.2. | Representación como reflejo | 281 |
| 2.1.1.2.3. | Observaciones a las perspectivas simbólica y descriptiva | 283 |
| 2.1.1.3. | Perspectivas que sugieren “actuar por otro” | 284 |
| 2.1.1.3.1. | Representación como actuación por otros | 284 |
| 2.1.1.3.2. | Representación de Intereses | 288 |
| 2.1.1.3.2.1. | Primera Variante: Representación de Intereses desvinculados | 291 |
| 2.1.1.3.2.2. | Segunda Variante: Representación de Personas con Intereses | 293 |
| 2.1.1.4. | Formulación de la Representación Política | 295 |
| 2.1.2. | Posibilidad, imposibilidad (y deseabilidad) de encontrar, con el aporte de Pitkin, una concepción material de representación | 296 |
| 2.1.2.1. | Análisis desde la óptica del Liberalismo | 298 |

CAPITULO IV

| | |
|--|-----|
| EL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA | 302 |
| Introducción | 302 |
| Parte I: Antecedentes históricos, jurídicos y políticos del Pluralismo Jurídico en Bolivia | 304 |
| 1. Antecedentes del Monismo Jurídico en Bolivia como fruto de su condición de ex-colonia | 304 |
| 1.1. El Monismo Jurídico en América Latina y en Bolivia | 305 |
| 1.2. La Interculturalidad | 309 |
| 2. Las tres Perspectivas del Pluralismo Jurídico en la Constitución boliviana | 315 |
| 2.1. Primera Perspectiva | 315 |

| | | |
|--|---|-----|
| 2.2. | Segunda Perspectiva_____ | 319 |
| 2.2.1. | Los Principios. Breve conceptualización _____ | 320 |
| 2.3. | Tercera Perspectiva_____ | 326 |
| Parte II: Pluralismo Jurídico, como expresión y resultado del ejercicio de un derecho colectivo, en la Constitución boliviana_____ | | 328 |
| Introducción_____ | | 328 |
| 1. | Primer análisis: Pueblos Indígena Originario Campesinos. Conceptualización_____ | 329 |
| 1.1. | Pueblo Indígena _____ | 329 |
| 1.1.1. | Criterios Objetivos_____ | 331 |
| 1.1.2. | Criterio Subjetivo_____ | 331 |
| 1.2. | Pueblo Indígena Originario Campesino_____ | 331 |
| 1.3. | Interpretación –amplia- del Tribunal Constitucional Plurinacional_____ | 332 |
| 1.3.1. | Sentencia Constitucional Plurinacional N°1422/2012_____ | 332 |
| 1.3.2. | Sentencia Constitucional Plurinacional N°0026/2013_____ | 334 |
| 1.4. | Algunas conclusiones respecto a la conceptualización de “pueblo indígena originario campesino”_____ | 335 |
| 1.5. | Los Pueblos Indígenas en Bolivia_____ | 335 |
| 1.5.1. | Pueblos Indígenas Altamente Vulnerables (PIAV)_____ | 336 |
| 1.5.2. | Marco Normativo internacional y nacional para la protección de los PIAV_____ | 339 |
| 1.5.3. | Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica y el Gran Chaco_____ | 340 |
| 1.5.3.1. | Constitución Política del Estado_____ | 340 |
| 1.5.3.2. | Resolución N°48/2006 (SERNAP)_____ | 341 |
| 1.5.3.3. | Ley N°450. Ley de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en situación de Alta Vulnerabilidad. 04 de diciembre de 2013_____ | 341 |
| 2. | Segundo Análisis. Normativa internacional, constitucional comparada y nacional de protección de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos_____ | 341 |
| 2.1. | Breve Reseña de la Historia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos_____ | 341 |
| 2.2. | El debate en relación a la “diferencia”_____ | 343 |
| 2.3. | Reconocimiento internacional_____ | 345 |
| 2.3.1. | Los Estándares y Mecanismos de protección en el orden internacional_____ | 353 |
| 2.3.1.1. | Sistema Universal de Protección de derechos humanos y de derechos de pueblos indígenas_____ | 353 |
| 2.3.1.2. | Estándares internacionales de protección de derechos de pueblos indígenas_____ | 353 |
| 2.3.1.3. | Mecanismos de protección de derechos de pueblos indígenas_____ | 354 |
| 2.3.1.3.1. | Comité para la eliminación de la discriminación racial_____ | 355 |
| 2.3.1.3.2. | Relatorías especiales_____ | 355 |
| 2.3.1.3.3. | Foro Permanente para las cuestiones indígenas_____ | 355 |
| 2.3.1.3.4. | Comisión de expertos de la OIT_____ | 356 |
| 2.3.1.4. | Sistema Regional de protección de derechos humanos_____ | 356 |
| 2.3.1.4.1. | Estándares y Mecanismos regionales de protección de derechos de pueblos indígenas_____ | 356 |
| 2.3.1.4.2. | Normativa constitucional comparada_____ | 357 |
| 2.3.1.5. | Sistema Nacional de protección de derechos de pueblos indígenas (Bolivia)_____ | 363 |
| 2.3.1.5.1. | Normas y mecanismos nacionales de protección de derechos de pueblos indígenas_____ | 363 |

| | | |
|------------|--|-----|
| 2.3.1.5.2. | Reseña del reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Bolivia_____ | 363 |
| 3. | Tercer Análisis: El derecho de los pueblos indígena originario campesinos, a la solución de conflictos y administración de justicia _____ | 373 |
| 3.1. | Definición y contexto: Jurisdicción Indígena_____ | 373 |
| 3.2. | Marco normativo sobre la jurisdicción indígena_____ | 374 |
| 3.3. | Análisis de algunas situaciones problemáticas_____ | 382 |
| 3.4. | Características del reconocimiento constitucional del derecho de los pueblos indígena originario campesinos, a la solución de conflictos y administración de justicia_____ | 387 |
| 3.4.1. | Fundamento: Caracterización pluralista de la Nación y Estado_____ | 387 |
| 3.4.2. | La Fórmula de reconocimiento de los países andinos_____ | 388 |
| 3.4.3. | Contenido_____ | 388 |
| 3.4.4. | Sujeto de reconocimiento_____ | 388 |
| 3.4.5. | Las Autoridades Indígenas_____ | 389 |
| 3.4.6. | Objeto de reconocimiento_____ | 389 |
| 3.4.7. | Competencias_____ | 390 |
| 3.4.8. | Límites_____ | 391 |
| 3.5. | El reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena en Bolivia_____ | 392 |
| 3.5.1. | Primera tarea: desvirtuar la resistencia a la necesidad de reconocimiento del Derecho Indígena_____ | 392 |
| 3.5.2. | Particularidades del caso de Bolivia_____ | 396 |
| 3.5.3. | Las denominaciones “Justicia Comunitaria” o “Derechos Indígena”_____ | 397 |
| 3.5.3.1. | La Justicia Comunitaria no es agresiva, no es violenta. La Justicia Comunitaria no es sinónimo de linchamiento_____ | 401 |
| 3.5.4. | La Ley de desarrollo del derecho a la solución de conflictos y a la administración de justicia_____ | 402 |
| 3.5.4.1. | Tareas a cubrir por las leyes de desarrollo constitucional_____ | 402 |
| 3.5.4.2. | Ley de coordinación, compatibilización o de deslinde jurisdiccional_____ | 403 |
| 3.5.4.3. | Criterios doctrinarios para el establecimiento de una Ley de desarrollo constitucional_____ | 404 |
| | COLOFÓN CONCLUSIVO _____ | 410 |
| | BIBLIOGRAFÍA _____ | 417 |

INTRODUCCIÓN GENERAL DE LA TESIS

Se ha desarrollado ésta tesis fundamentalmente por las siguientes razones de orden personal y académico/profesional:

Hablar de bases teóricas del pluralismo jurídico, es tocar el fondo de los fundamentos del mismo. Evidentemente, el pluralismo jurídico existe en (todas) las sociedades, grado más grado menos, pero lo importante, además de intentar explicar sus características, es hablar de sus justificaciones; de manera tal que pueda ser racionalmente sostenible. La sostenibilidad entonces, del pluralismo jurídico, en alguna medida, está dada por la sostenibilidad del pluralismo ético, que sin confundir ni identificar las esferas jurídica y ética, puede servirle de fundamento.

Aunque suene esto a una obviedad, la democracia y el Derecho racional son los medios más idóneos de organización de las sociedades y de convivencia humana pacífica. Estas convicciones pueden resultar útiles para medios como Bolivia, en los que ninguna de las dos cosas está suficientemente asentada.

En Bolivia, la Constitución Política del Estado, de inicios de 2009, ha abierto un escenario jurídico innovador, el del pluralismo jurídico, que ha configurado una situación en la que manifestaciones y sistemas de Derecho indígenas y sindicales principalmente, tienen ahora el mismo rango jerárquico y peso normativo que el sistema de Derecho estatal. Inclusión oficial de formas de “Derecho” que habían estado operando de forma paralela y –por así decirlo- “clandestina”, en relación con el Derecho estatal.

Pero, también hay grandes riesgos porque esos “Derechos” aún son poco conocidos –incluso por sus propios destinatarios y usuarios-, o no han definido sus alcances, o en algunos casos y asuntos concretos, chocan frontalmente con principios, valores y derechos elementales, como el de la igualdad, la libertad, la inviolabilidad personal, etcétera; pues en el seno de sus decisiones se han visto verdaderas vulneraciones, por una parte. Por otro lado, la democracia boliviana aún no ha madurado lo suficiente como para pensar en la superación, en breve plazo, del modelo representativo-plebiscitario y hay mucho que trabajar para construir lo que J. Habermas denomina

esfera pública, que sea lo suficientemente independiente y fuerte como para soñar con una democracia más participativa pero también más racional.

Como suele ocurrir en este tipo de drásticas modificaciones constitucionales, la nueva norma fundamental es fruto de reclamos de determinados movimientos sociales y de sus luchas reivindicativas de derechos. El problema mayor ahora, es que una vez concluido el proceso de lucha, de discurso político y de conquista de esa nueva configuración constitucional, ha llegado el momento de darle cuerpo *real* a esa convivencia inter-legal o inter-sistémica. Lo que puede dar pie a varios debates: uno de ellos sobre teoría del derecho, por ejemplo que, pueda darle sustento teórico o no, a una configuración jurídica plural, como la que estoy describiendo; u otros debates más inclinados hacia una investigación que dé luces sobre cómo habrán de relacionarse estos “Derechos” diversos en función al mantenimiento y profundización de la democracia participativa o en función a la vigencia real de un catálogo mínimo de derechos fundamentales individuales; o en función a la relación entre esos derechos individuales y otros conocidos como colectivos.

En definitiva, hacen falta investigaciones que puedan dar pautas de cómo encaminar un diálogo social –de carácter jurídico/moral- que considere el componente intercultural. La presente investigación intenta enmarcarse en esa necesidad genérica.

Pues bien, para abordar unos u otros de los temas que ahora se mencionan, parecía interesante y atractivo un acercamiento al pensamiento de J. Habermas y particularmente a su “Teoría del discurso” como posible modelo procedimental de validación de pretensiones de validez normativa, ocurridas en el seno de un discurso racional de condiciones ideales, que opere en el mundo intersubjetivo, como parte del mundo de la vida.

Para verificar entonces, si se puede dar más fuerza y aportar a la construcción de sistemas jurídicos plurales, mediante los planteamientos de Habermas, que abogan por un pluralismo y por una democracia radical desde sus bases, hay que introducirse en las propuestas teóricas vinculadas al pluralismo jurídico –que conforman ya a esta altura, un movimiento académico suficientemente sólido- y luego entrar con alguna profundidad en el tema del consenso; porque el consenso resulta ser pilar fundamental de la construcción de la teoría del discurso y por otro lado, porque el acuerdo parece ser la única vía segura de consecución de un estado de paz en escenarios tensos y convulsos como los que viven algunas sociedades latinoamericanas y especialmente la boliviana. Para en esta base, empezar a pensar en la posibilidad de aportar

desde una doctrina crítica, emancipadora, convincente y coherente en la construcción de unas bases teóricas que sirvan a fortalecer (o no) el escenario jurídico plural.

Sea ello, a partir del desarrollo de un planteamiento de teoría del derecho que haga plausible el pluralismo jurídico; o sea desde el desarrollo del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, como derecho –en el sentido subjetivo del término- al propio Derecho – en el sentido objetivo de la palabra-.

Lo valioso y probablemente útil aquí, es la intuición de que la *razón* para J. Habermas es única y universal –aunque con distintas presentaciones-, y si eso es así, también lo sería el consenso obtenido por medio de la argumentación racional; por lo tanto podría ser útil como modelo regulativo de definición de pretensiones de validez normativas en el Derecho boliviano, que ahora es constitucionalmente declarado como un *Derecho plural*.

Puede entonces ser útil además, para verificar si el proyecto de la modernidad es aplicable o no a realidades de Latinoamérica; si la ilustración tiene algo o mucho que decir en la construcción del Estado boliviano -ahora explícitamente plural y pluralista-; o si por el contrario, el pensamiento occidental tiene poco o nada que contribuir a sociedades ex-coloniales porque, como piensan algunos en Bolivia, estas (y sus instituciones) tienen su propia racionalidad, ajena al mundo occidental.

Con esas motivaciones (que también podrían calificarse como dudas estimulantes) y con las justificaciones anotadas, se ha escrito el presente trabajo de tesis.

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Como se señala en reiteradas oportunidades y en diferentes partes de la tesis, el pluralismo jurídico parece consolidarse como un hecho sobre cuya existencia no es posible discutir; es un hecho que está presente en mayor o menor medida, en todas las sociedades. Pues bien, la cuestión subsecuente es sin duda: si, siendo inevitable el pluralismo jurídico, ¿Es deseable?, o mejor: ¿Cómo es posible fundamentar el pluralismo jurídico, de manera que pueda ser considerado como la presentación más viable y justa del Derecho? Y en esa medida, ¿Es posible construir alguna modalidad de pluralismo jurídico que contribuya a un Derecho justo?

El suscrito autor cree que la respuesta es afirmativa a las tres preguntas precedentes. En consecuencia la línea argumental de esta tesis parte de describir sucintamente el pluralismo jurídico para luego intentar fundamentarlo desde una perspectiva teórica concreta, deliberadamente elegida por las razones anotadas en el acápite anterior, a saber: la de la Teoría del Discurso de Jürgen Habermas.

Asimismo es necesario apuntar que en la escritura de la tesis también se ha considerado adecuado prescindir de todo intento de definir el Derecho o de dar un concepto exhaustivo de él, como paso previo y necesario para el tratamiento del pluralismo jurídico; eso, porque se tiene la convicción de que tal tarea estancaría la investigación (ya que no hay un solo concepto de Derecho, hay muchos y muchas perspectivas para establecerlo). Lo que sí se ha hecho, a efectos de agilizar la investigación y no imbuirla en derivaciones, es directa y deliberadamente no tocar la temática del concepto de Derecho y darlo por entendido intuitivamente, como todo aquello de lo que los juristas tratan por lo general.

Entonces se ha definido entonces investigar, en concreto, las siguientes temáticas: el pluralismo jurídico, la teoría del discurso, la conexión entre la moral y al Derecho, los derechos colectivos en conexión con el pluralismo y la realidad jurídicamente plural de Bolivia.

Se han seleccionado esas temáticas, por las siguientes razones:

- Porque el pluralismo jurídico a pesar de ser un hecho evidente puede “mejorarse”, en términos de construir a partir de él una realidad jurídica diversa y dinámica, pero con tendencia a la armonía en lugar de al conflicto. Si el Derecho sirve, entre otras cosas, para establecer la paz, un Derecho plural, que al interior tenga varias manifestaciones, apariciones y circunstancias, no debería ser diferente en ese objetivo; es decir, debería también ser fuente de orden y paz y no de tensión y conflicto. No sería racional la posibilidad de que a título de reconocer la diversidad jurídica (como parte del reconocimiento de la diversidad cultural) se genere más conflicto, menos orden, libertad, igualdad, seguridad y paz, que sin tal reconocimiento.

El hecho del pluralismo debe tener también un lado instrumental y ese es que sirva para generar más y mejor vida digna para los individuos y las sociedades.

- Porque la teoría del discurso es una propuesta de una ética racional/formalista por ser

intersubjetiva, procedimental, argumentativa, imparcial, cognitivista y deontológica; que busca un consenso moralmente aceptable por todos los involucrados. Es además una propuesta con vocación de universalidad puesto que respeta la diversidad y la autonomía pero persigue a la vez la universalización de los consensos logrados o por lograrse.

- Porque, la teoría del discurso es una reflexión acerca de la moral, pero es posible trasladarla al Derecho mediante la interpolación e inserción mutua entre la moral y el Derecho y desde una perspectiva de análisis que acepta que existe una compenetración posible y racionalmente comprensible entre el Derecho y la moral.

Si la moral es característica por su pluralidad, entonces, con base a la mencionada interpolación, puede pensarse de forma igualmente racional, en la pluralidad del Derecho; más allá de que, en los hechos, sea así; con lo que, la justificación y fundamentación del pluralismo jurídico no provendría solamente del orden empírico sino desde el orden de la reflexión filosófica sobre su conveniencia y su racionalidad ética.

- Porque, el pluralismo jurídico, es también concomitante (por ser resultado y a la vez presupuesto de los derechos colectivos) al ejercicio de algunos derechos colectivos, propios de ciertos grupos humanos (está afirmación es plausible siempre y cuando se superen todos los cuestionamiento acerca de la aceptación de la existencia de un tipo de derechos humanos, que sería el de los derechos colectivos). Entonces, al pluralismo jurídico, le afecta indirectamente todo lo que se le cuestiona al concepto y al fundamento, en si mismos, de los derechos colectivos. De ahí que haya que discutir y reflexionar sobre las condiciones de titularidad de los derechos y también entorno a las dificultades de su ejercicio.
- Porque en la actualidad, en Bolivia, hay grades expectativas hacia el pluralismo jurídico (que viene de la mano de un momento político peculiar y a cambios en el entendimiento de la sociedad boliviana) que vienen respaldadas por la corriente del neo-constitucionalismo, corriente que está caracterizada por la presencia y difusión en todos los ámbitos, de principios que resaltan y persiguen la aplicación directa de los derechos humanos -y especialmente de los derechos colectivos- en la interpretación de las normas, los hechos y los casos.

OBJETIVO DE LA TESIS

Determinar si el pluralismo jurídico puede ser un escenario jurídico suficientemente adecuado para la conjunción armónica entre diversidad/universalidad que plantea la teoría del discurso.

Lo anteriormente descrito está contenido en la tesis y se asume que debería servir para determinar:

1) Si realmente hay opción de pensar en una idea conjunta entre las nociones de diversidad/universalidad que sea viable y 2) Si, en efecto, el pluralismo jurídico puede ser un escenario jurídico suficientemente adecuado para la conjunción armónica entre diversidad/universalidad.

Por lo demás sirve para probar (o no) la hipótesis que a continuación se establece:

HIPÓTESIS

El pluralismo jurídico puede ser una descripción de la coexistencia de distintos sistemas jurídicos en un lugar y tiempo; pero también, para poder ser operativo, puede ser una construcción, una tarea permanente, de edificación argumentativa de consensos morales y consiguientemente jurídicos.

Si por la faceta descriptiva del pluralismo jurídico, se puede llegar al extremo de afirmar que el Derecho está en todas partes, el peligro es que el Derecho no esté en ninguna parte (de tanto ver Derecho por todo lado puede resultar invisibilizado); por ello, en la faceta constructiva, no todos los sistemas jurídicos han de ser considerados, sino únicamente los que sean capaces de conformar el discurso argumentativo construido en base a consensos. En ese sentido el pluralismo jurídico debe ser selectivo.

CONTENIDOS DE LA TESIS

La tesis está compuesta por cuatro capítulos. En el primero de ellos contiene una presentación del “estado del arte” del pluralismo jurídico, en la que se hace una relación de distintas ópticas con las que se ha abordado la temática. Termina ese capítulo con la exposición de las tendencias en el análisis del pluralismo jurídico. De ellas, se destaca una que muestra cómo el pluralismo jurídico puede entenderse como un proceso inacabado y en construcción; tendencia que se aprovecha para conectar el primer capítulo con el segundo.

El segundo capítulo está dedicado a la exposición de la Ética del Discurso. En él se exponen los elementos más importantes inherentes a la Teoría del Discurso (como también es conocida la teoría ética de J. Habermas). Se realiza una conexión de esa exposición con la noción de *consenso* que, desde el punto de vista del análisis efectuado, es una de las salidas útiles de la teoría del discurso, si se piensa en la conexión con el pluralismo jurídico. Se destaca que el capítulo se centra en el mundo moral (y por eso se utiliza la denominación de Ética del Discurso y no Teoría del Discurso), dejando para el tercer capítulo la transición del mundo moral al del Derecho.

El tercer capítulo, se concentra en el análisis que sirve de base para vincular, desde la mirada de la teoría del discurso (en concreto desde el pensamiento de J. Habermas), la moral con el Derecho y luego para relacionar dicha construcción con el Derecho plural. Desarrolla ese capítulo también la noción de *derechos colectivos* (como un tipo de derechos fundamentales) en su condición de fuente del Derecho plural y por lo tanto de la corriente del pluralismo jurídico. Concluye el análisis, con la exposición de dos problemas típicos de los derechos colectivos, uno inherente a la titularidad y otro al ejercicio de tal tipo de derechos subjetivos fundamentales.

Finalmente, el cuarto capítulo aborda la configuración constitucional actual del pluralismo jurídico en Bolivia, detallando sus antecedentes, su normativa, sus alcances y sus problemas, concluyendo con algunas reflexiones acerca de las tareas pendientes que se han podido detectar para la aplicación justa, correcta y viable del pluralismo jurídico boliviano. Es en ese punto en el que se abre la posibilidad de conectar todos los contenidos de la tesis, con la propuesta de utilización de los planteamientos la Teoría del Discurso para constituirse en una base teórica plausible del pluralismo jurídico.

Esa propuesta está incluida después del cuarto capítulo, en el Colofón de la tesis. Es necesario indicar que los casos hipotéticos y problemas descritos en el capítulo cuarto, tienen como fuente al Curso de Formación de Jueces la Escuela de Jueces del Estado boliviano, en el que el suscrito autor participó como profesor durante el año 2014, habiendo sido uno de los autores de ese curso.

CAPITULO I

EL PLURALISMO JURÍDICO

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO BÁSICO DEL PLURALISMO JURÍDICO

La formulación más ajustada del pluralismo jurídico, incluye dos perspectivas: 1) La situación de hecho por la cual acontece una coexistencia en un mismo tiempo y espacio social, de dos o más órdenes o sistemas jurídicos, que operan aislados sino que se influyen mutuamente. 2) Una corriente teórica que describe, analiza y propugna la situación mencionada en líneas arriba y la considera una conceptualización válida acerca del Derecho y de sociedad.

Como se ha señalado en la general de la tesis, los capítulos que siguen, empezando por el presente, serán un intento de combinar y coordinar uno y otro planteamiento del pluralismo jurídico, con la formulación básica de la Teoría del Discurso.

En ese cometido, el presente capítulo, el primero de esta tesis, tiene el objetivo de establecer el marco teórico básico y fundamental acerca del pluralismo jurídico. Recoge esencialmente las corrientes y los avances investigativos de la temática y los analiza aportando en todo cuanto ha sido permisible, el punto de vista del suscrito autor.

El capítulo está dividido en tres partes. En la primera parte, se contextualiza la discusión presentando los diferentes marcos disciplinarios en los que se ha escrito y debatido sobre el pluralismo. En la segunda parte, se intenta una conceptualización lo más amplia y detallada como ha sido posible, del pluralismo jurídico, especialmente desde la óptica de la antropología jurídica y la Teoría General del Derecho. La tercera parte, con base en las dos anteriores, propone las perspectivas que a criterio del suscrito investigador, son las más visibles actualmente acerca del pluralismo jurídico y en efecto, se obtienen las tendencias más probables y prolíficas de la discusión acerca de la temática.

PARTE I

CONTEXTUALIZACIÓN

1. INTEGRACIÓN Y DESCOMPOSICIÓN INTRODUCTORIA

Asumiendo deliberada e inicialmente la clásica división de la Filosofía en teórica y práctica¹ y contando con que la filosofía práctica trata de la reflexión prescriptiva acerca de la conducta de los humanos en la interacción con sus pares; existe sin duda, en dicho espacio reflexivo, un ámbito compartido entre las elucubraciones propias de la Filosofía Moral y las de la Filosofía Jurídica. Entonces, si hay algo en común, de partida, entre la Ética y la Filosofía Jurídica, es que ambas tratan, normativamente, de la conducta humana deseable y universalizable, desde, claro está, sus propias estructuras epistemológicas y metodológicas.

Apropiada esa idea de aproximación de intereses entre la Ética y la Filosofía, esta investigación propone, desde el inicio, que el tratamiento de la temática del Pluralismo Jurídico puede -y de hecho debe- encararse, siempre, teniendo en mente la estrecha relación, interactiva e interdependiente, entre lo moral y lo jurídico. Dicha convicción inicial es debida en parte a un alineamiento *ex profeso* del suscrito autor del trabajo, con una determinada manera de concebir el Derecho y en parte, al convencimiento de que –aun cuando no existiese tal alineamiento-, no es posible aproximarse a la compleja idea del Pluralismo Jurídico sin tomar contacto con el Pluralismo Ético y por consiguiente con el Pluralismo Moral.

Por esas razones, se anuncia desde aquí, que la presente investigación acerca del Pluralismo Jurídico, buscará que el establecimiento de las bases teóricas a las que el título de la tesis se refiere, siempre tenga acercamiento a la relación entre lo éticamente plural y lo jurídicamente plural. Es más, se busca en este trabajo, encontrar el fundamento del Pluralismo Jurídico, a la luz de una determinada concepción de la Ética, en el marco de, igualmente, un pluralismo ético. Se parte de esa suerte, de la integración disciplinaria inicial, para pasar en seguida, a la descomposición conceptual anunciada en el título del acápite.

“Pluralismo Jurídico” es un concepto integrado y complejo en el sentido de idea construida a partir de una composición verbal. Para su comprensión inicial hace falta una descomposición semántica que aisle el concepto desde un punto de vista formal y objetivo; siendo necesario, después, un

¹ Giorgio Del Vecchio, en su ya clásica “Filosofía del Derecho” clasifica a la Filosofía en Filosofía Teórica, que incluye a la Metafísica, la Gnoseología, la Lógica y la Ontología, por una parte; y en Filosofía Práctica, que incluye a la Ética o Filosofía Moral, a la Filosofía del Derecho y a la Estética.

análisis material complementario detallado.

En efecto, el abordaje del Pluralismo Jurídico, ha de estar necesariamente precedido por una conceptualización denotativa del sustantivo “pluralismo”, que deje nítido el sentido formal u objetivo del concepto abarcado por el término; para, en segundo lugar y con ello, efectuar un recorrido connotativo de dicho concepto; de la mano, especial y preferentemente, de conceptualizaciones de la filosofía moral moderna. Para posteriormente, emprender un análisis de lo que puede ser entendido por ese sustantivo ya acompañado del adjetivo calificativo: jurídico.

Objetiva y nítidamente, el sustantivo “plural” denota la idea de múltiple, de algo que posee más de un aspecto, más de un elemento; en fin, de algo que *denota* más de un *rasgo*. Luego, “pluralismo” viene a denotar aquel sistema de pensamiento que acepta y adopta como fundamento, la multiplicidad de aspectos, elementos, rasgos, atributos, dimensiones, de un determinado objeto, sea en el orden filosófico, ético, económico, político, jurídico, etc. (de todos esos posibles ámbitos, nos interesan evidentemente, el de la Ética, el de la Teoría General del Derecho y el de la Filosofía Jurídica).

Hecho el sencillo ejercicio analítico de descomposición semántica que antecede, puede ensayarse una nueva composición denotativa sintética que vaya aclarando la idea que nos ocupa.

Entonces, el Pluralismo Jurídico, denotativamente hablando, no debería ser más que un sistema de pensamiento que se caracteriza por asumir tanto la necesaria –es decir, prescriptiva- como la existencia y co-existencia (descriptiva) de manifestaciones jurídicas. No hay pues, obscuridad en la definición formal y objetiva del complejo verbal “Pluralismo Jurídico”, en tanto aquella tenga tales condiciones; es decir, siempre que no se ingrese en la tarea de hundirse en la conceptualización *connotativa* del segundo de los términos del complejo.

Lo que es decir que, una vez que se empieza a escarbar entre las distintas posturas sobre “lo jurídico” (ius-filosóficas, teórico-jurídicas, dogmático-jurídicas, sociológico-jurídicas, antropológico-jurídicas, ético-jurídicas, etc.); es cuando surgen la complejidad –esta vez en el sentido de trabajo arduo, muy difícil, espinoso- y la problematización del abordaje que esta investigación se propone efectuar.

En suma y dicho sencillamente, la parte difícil del tratamiento del concepto de Pluralismo Jurídico aparece cuando se da el segundo paso de los anunciados: el del análisis connotativo, el de orden

material, el de segundo grado, el que trata del *sentido* de “lo jurídicamente plural”. Esa tarea no es ya únicamente semántica, sino hermenéutica.

Dicho esto, es posible determinar, así sea de manera preliminar y formal, una comprensión de partida acerca del Pluralismo Jurídico: él refiere *lo jurídicamente múltiple y coexistente en un determinado espacio social –no físico solamente, que también- y además coexistente e interactivo con otras manifestaciones prescriptivas plurales, las éticas principalmente.*

Esta definición primaria, formal y preliminar servirá de punto de arranque para el ulterior tratamiento a lo largo de este primer capítulo de la tesis, de los *sentidos* en los que ha de conceptualizarse y sobre todo fundamentarse el Pluralismo Jurídico, siguiendo algunas de las connotaciones más relevantes, tanto de cada uno de los términos del complejo verbal “Pluralismo Jurídico” como del complejo mismo, (asumido como entidad conceptual). Iniciaremos ese tránsito de lo simplemente denotativo hacia lo connotativo, con una somera revisión del campo de la Filosofía Práctica.

2. EL PLURALISMO EN LA FILOSOFÍA PRÁCTICA

Se trata ahora de seguir algunos rastros del primero de los dos términos del complejo verbal “Pluralismo Jurídico”, vinculado a la Filosofía Práctica.

Una Filosofía Práctica que se apropie de la visión pluralista implica que la Filosofía Moral –o Ética- y la Teoría General del Derecho acepten, cada una dentro de sus objetos específicos y métodos, la idea de coexistencia e interacción de una multiplicidad y diversidad de visiones acerca de lo normativamente deseable (sea moral o sea jurídico) tanto en sus respectivas tareas de reflexión conducente a lo prescriptible, como en las labores de enjuiciamiento de lo normativamente existente (la moral dominante en el primer caso y el Derecho Positivo en el segundo)². Esa visión, de hecho, existe en ambas disciplinas. De ello dan razón, las siguientes apreciaciones:

- Han llegado ya (ambas, la Ética y la Teoría General del Derecho) a un estado del debate interno, en el que se ve con claridad la existencia de corrientes, de visiones, de doctrinas, de escuelas de pensamiento distintas, diversas e incluso opuestas; tanto en la forma de ver la conducta prescriptible, como en el contenido de lo que debiera considerarse como

² Lo éticamente plural y lo jurídicamente plural, aquí, se tratan en conjunto, empero, nótese, con la cautela de no incurrir en una confusión de campos. Esa confusión no siempre ha sido evitada, como se verá en la revisión que sigue.

conducta prescriptible.

- Dado lo anteriormente dicho, ambas (la Ética y la Teoría General del Derecho) cuentan con el auxilio de la Metaética y la Filosofía Jurídica respectivamente. Lo que habla de cómo en ambos casos, se ha intentado -y aún se intenta- pacificar y hacer proficua y provechosa la labor de regulación de la conducta humana, en un contexto de diversidad y pluralidad de visiones acerca de cuál ha de ser el modelo ideal de conducta.

2.1. EL PLURALISMO ÉTICO

Sería parte de una investigación más específica, la profundización del origen de la idea de pluralismo en ética, a lo largo de un recorrido por la historia de la ideas; esa tarea, evidentemente inabarcable por la presente tesis, daría pautas ciertas sobre la historia de las connotaciones del término en el pensamiento occidental. Aquí nos basta con algunas alusiones concretas a manera de antecedentes, para luego abundar en el entendimiento connotativo acerca del pluralismo en la modernidad, que es la etapa de la historia de las ideas que realmente interesa a este trabajo.

No es pues, claramente, la intención de esta investigación, detenerse y profundizar en la historia del Pluralismo en general. Lo que aquí se hace, deliberadamente, es elegir hitos convenientes y pertinentes al objetivo de la investigación.

Dicho lo cual, hay que notar que el pluralismo deriva de la modernidad, de la mano de la libertad de pensamiento conjugada con el hecho del multiculturalismo, que ya derivado en la actitud y acción de la interculturalidad, han configurado la pluralidad de visiones de la vida, de la filosofía y, de manera derivada, de pensamiento ético, político, jurídico, etc. Tal como sostiene J. M^a. García Gómez-Heras en su análisis introductorio al pluralismo moral: “El pluralismo responde a la existencia de múltiples puntos de vista en el enjuiciamiento y justificación de las conductas de los hombres. El hombre adquiere diferenciadas experiencias del mundo a partir de las cuales desarrolla concepciones diferentes de sí mismo y de su obrar. Aquellas experiencias no parecen deducibles de un principio unitario que las englobe”.³

El pluralismo es un hecho moderno, consecuente necesario de la libertad de pensamiento por un lado, y de la interacción cultural masiva (sea por migraciones, desplazamientos o por intercambio

³ J. Ma. García Gomez-Heras. “*Teorías de la Moralidad*”. Tomo I. Editorial Síntesis. Madrid. 2003. pág.21

global de información) de la actualidad. Libertad y multiculturalismo son los dos principales gestores de que el pluralismo es hoy un hecho incontrastable en la realidad de las sociedades. La ética no es ajena al pluralismo, pues, se dan diversas corrientes que manifiestan modelos morales distintos que pueden coexistir entre la armonía y el conflicto relativos. Empero, la marca distintiva para la sostenibilidad del pluralismo ético es el abandono de la pretensión de hegemonía de un determinado modelo moral y el acercamiento a la tolerancia de percepciones ajenas sobre lo moral, sin que ello signifique, para nada, la cesión o renuncia de parte de los sujetos morales, a sus propias visiones, convicciones y creencias acerca de lo moral.

García Gomez-Heras considera necesario, para identificar y diferenciar las distintas y más importantes posturas éticas, hacerlo a partir de un elemento que pueda darles distintivo: el de los *principios últimos* que guían a cada corriente, entendidos como aquellos elementos que en el intento de explicar los problemas morales, han de relacionarse con ellos para lograr tal explicación. En la Ética (como en la filosofía) el relacionamiento problema/principio se da de la forma más fundamental, esencial y general posible, es decir, hasta las últimas consecuencias; de lo contrario, no valdrían sus *explicaciones* como éticas o filosóficas. Se trata del método que consiste en la vinculación de problemas (morales) con uno o más principios últimos que desde cada corriente se consideran tales se trata, pues, de un método muy cercano al ejercicio de M. Weber por el que relacionó problemas de la legitimidad social, racional y de la acción con *tipos ideales*, encontrando a su través, respuestas que establecían casos de cercanía o lejanía –de las situaciones concretas– con un determinado *tipo ideal*. Pues bien, cada corriente ética –en un mundo moralmente plural– ha de relacionar los problemas morales concretos con un *tipo ideal* o con un *principio o conjunto de principios últimos* que puedan validar y legitimar una u otra salida a dichos problemas morales concretos. En términos de García Gómez-Heras, esos *tipos ideales* o *principios últimos* han de denominarse *a priori*. Pues bien, uno de esos *a priori* es de la libertad que se ha de tomarse como punto de partida en el tratamiento de una de sus consecuencias más típicas en las sociedades contemporáneas: el hecho del pluralismo.

Por su parte, Nicholas Rescher⁴ en su libro denominado precisamente “Pluralismo”, efectúa un minucioso análisis de la noción de *consenso* como contraparte de la idea de pluralismo. Ésta aproximación –la del consenso– resulta siendo una fuente valiosísima a partir de la que se puede

⁴ Una de cuyos más notables desarrollos es el de Nicholas Rescher; Cfr. N. Rescher, *Pluralism, Against the Demand for Consensus*, The Clarendon Library of Logic and Philosophy, Oxford, 1996.

abordar la temática del pluralismo jurídico, pues sienta las bases de una idea rectora de la que se puede derivar, más concretamente, la noción de pluralismo en el mundo jurídico. Tal como se tendrá oportunidad de apreciar en el capítulo segundo de la tesis en el que se desarrolla el pluralismo de la ética del discurso como patrón conducente hacia la construcción del consenso en condiciones de igualdad argumentativa de los participantes.

Por otro lado, hay que señalar, que el límite de la diversidad inherente al pluralismo, ha de ser la condición ontológica “ser humano”. Me explico: es admisible la “diversidad” como substanciación de la legítima diferenciación entre seres humanos en tanto no llegue al grado de separar o distinguir a los seres humanos en categorías de seres ontológicamente diferentes y consecuentemente establecer una suerte de pluralidades de condiciones humanas que no tengan una base ontológica común. El pluralismo debería llegar solamente al “techo” de describir la diversidad de experiencias particulares, sean individuales o colectivas -en sentido fenomenológico- como reflejo sustantivo de la evidente pluralidad de experiencias concretas cuyo conocimiento y aprehensión ocurre con los sentidos. Lo que es decir, en términos negativos que el pluralismo – como discurso- nunca debería llegar a negar el hecho –en sentido lógico y ahistórico- de que entre los seres humanos, entre todos ellos, más allá del tiempo y el espacio, se establece una conexión común: precisamente la de la condición humana en sí. Y tal condición, invoca inexorablemente la idea de *igualdad* a la que nos referimos al final del párrafo alusivo al consenso. Evidentemente, la falsa tensión igualdad/diferencia ha generado discusión acerca de su supuesta calidad de opuestos. Cuando en realidad igualdad se opone a desigualdad y diferencia se opone a identidad. Y ambas, igualdad y diferencia se modelan en la noción de libertad, tal y como será desarrollada, a su turno, en el capítulo tercero de la presente tesis.

La conexión entonces, entre la esfera ética y la esfera jurídica se va ya moldeando desde éstas páginas iniciales a partir de las nociones de pluralismo (como hecho humano irrefutable), consenso, igualdad, diferencia y libertad.

Debo, a tiempo de abordar el próximo acápite, señalar que algunas de las partes de lo que sigue de éste capítulo se han apoyado en trabajos de colegas bolivianos, es especial en el escrito⁵ de la profesora Yamile Hayes Michel.

⁵ Y. Hayes. “*Jurisdicción Indígena Originario Campesina. Coordinación con las demás Jurisdicciones*”. UMRPSFX. Sucre. 2009

3. EL MONISMO JURÍDICO – UNA CONCEPTUALIZACIÓN CRÍTICA

Una manera útil de aproximarse a una concepción teórica sobre el pluralismo jurídico, es partir de su antítesis, es decir, del monismo jurídico, que se caracteriza por subrayar la pretensión estatal exclusiva en la creación del Derecho y además de un único Derecho.

La concepción monista del Derecho, entre otras características, identifica al Derecho con el Estado. Según esta suerte de ecuación: Estado-igual-Derecho, únicamente se considera Derecho al sistema jurídico estatal y, por tanto, es imposible que existan diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio o espacio geopolítico⁶. Es decir que es el Estado, a través de sus órganos e instituciones, el único que puede crear normas jurídicas, reservándose este monopolio.

Fue Norberto Bobbio (1909-20014) quién explica coherentemente el origen de la idea del monismo jurídico manifestando que: “La teoría estatista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en si misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*. Si por *poder* entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza (el llamado *poder coactivo*), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el Derecho con el Derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del

⁶ V. Cabedo Mallol: “*De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena. Política y Cultura*”. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004.

Estado nacional moderno. La elaboración teórica más depurada de este proceso es la Filosofía del Derecho de Hegel, en la cual el Estado es considerado como el dios terrenal, es decir, como el sujeto último de la Historia, que no reconoce ningún otro sujeto ni por encima ni por debajo de él, y al cual los individuos y grupos deben obediencia incondicional”⁷.

Esta tendencia del monismo jurídico se manifiesta en el siglo XX con doctrinarios positivistas jurídicos. En efecto, para H. Kelsen, una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único Derecho válido es el Derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho que proviene necesariamente de un acto creado y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo⁸.

La visión monista del Derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado. Todas las demás normas, que están fuera del Derecho estatal no pueden ser consideradas como Derecho según la corriente iuspositivista. Como expresó Kelsen, el hombre no puede hallarse sometido jurídicamente sino a un solo orden: el orden estatal.

Sin embargo –puntualiza Bonilla Maldonado⁹- los autores que hacen parte del pluralismo jurídico coinciden en poner en tela de juicio el postulado monista que señala que el Derecho es aquel producido por el Estado, que existe un único Derecho, señalando que junto a éste existen otros centros de producción jurídica que no dependen necesariamente del Derecho sancionado oficialmente. Para los que se inscriben en el pluralismo jurídico, la afirmación que el Derecho es el Derecho estatal no sólo es un postulado analítico erróneo, sino, ante todo, una forma de distorsionar la realidad para producir efectos políticos y sociales determinados. La mayoría de los autores coinciden en señalar que la presencia de más de un orden jurídico es algo que *existe* en la realidad social y que, por el contrario, el monismo jurídico es una ideología que es necesario dismantelar.

⁷ Norberto Bobbio. “*Teoría General del Derecho*”. Temis. Bogotá. 2002. 2ª Edición. Pág. 9 y 10

⁸ Hans Kelsen. “*Teoría Pura del Derecho*”. Unión. Bogotá. 2000. Pág. 105

⁹ D. Bonilla Maldonado. “*El pluralismo jurídico. Contribuciones, Debilidades y Retos de un Concepto Polémico*”. En D. Bonilla Maldonado (Dir.) “*Pluralismo Jurídico*”. Siglo del Hombre. Bogotá. Pág. 13

Y lo que sucede es que las normas son o pueden ser una parte del sistema jurídico, pero el sistema jurídico no se acaba sólo en las normas. Además, no puede ignorarse una realidad latente, que es la existencia, aunque no sea reconocida por todos los autores ni por todos los Estados, de normas no estatales, pertenecientes a grupos humanos diferentes a los órganos que tiene capacidad de emitir disposiciones legales escritas. Entonces, la idea de reconocimiento del pluralismo jurídico surge como una respuesta a la aspiración monopolista y centralizadora del Estado. De acuerdo con lo anteriormente mencionado, podemos establecer que el pluralismo se opone o coloca en entredicho la concepción monista del Derecho, que establece el monopolio estatal de la existencia y producción jurídica de un solo Derecho –doctrina jurídica moderna- por lo tanto, no pueden existir otros derechos o sistemas jurídicos al interior de cada Estado-nación. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista de centralización del poder político en el Estado y su especialización en las formas de control social, formulada originalmente por Hans Kelsen en su obra “Teoría Pura del Derecho”, el cual afirma la existencia de un sólo Derecho para un solo Estado, a través de su pirámide normativa¹⁰.

Por otra parte, en palabras de Y. Hayes quien evoca a Hobbes en un intento de situar el origen del monismo jurídico: “El legislador no es el que decide una ley, sino quien la permite, decía Hobbes para sustentar que todas las leyes derivan de la voluntad del soberano”.¹¹

Esa afirmación debe ser situada en la historia: Efectivamente, quien lo decía estaba empeñado hace cuatro siglos en la construcción de un Estado absoluto que articulara todas las formas de poder y de producción jurídica local existentes entonces. Se trataba de un conjunto complejamente interrelacionado y fuertemente conflictivo que se expresaba como continuidad de los poderes medievales (derecho feudal, derecho señorial) o como nacientes formas de regulación de los nuevos poderes (derecho mercantil, derecho urbano) o de producción cosmopolita (derecho eclesial, derecho mercantil).

Esa afirmación, era esencialmente la síntesis de un proyecto político. Se trata de un proyecto que marca los últimos cuatro siglos de la historia de Occidente como una fuerte y prolongada dinámica de construcción del monismo a partir del pluralismo existente. La unicidad del derecho no es un

¹⁰ María del Rosario Salamanca, Ramón Maureira Huircamán y Verónica Núñez: “*Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado*”. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003, obtenido en www.biblioteca.serindigena.org en 1 de noviembre de 2008. Pág. 35

¹¹ Y. Hayes. Op Cit. Pág. 24

punto de partida sino la resultante de la interacción prolongada en el tiempo de una doble tendencia de inclusión y de exclusión. De inclusión porque implica selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo partes de los sistemas jurídicos socialmente producidos que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión, porque la selección implica el rechazo de construcciones normativas que se derivan externas al orden jurídico para perseguirlo, deslegitimarlo o dispersarlo. Una selección que comienza por demarcar las relaciones sociales que están dentro y las que están fuera del derecho. A las primeras se les llama relaciones jurídicas y entre ellas se pueden presentar conflictos jurídicos; las demás, al quedar fuera, no se consideran jurídicas y sus conflictos no tienen un status legal, entonces, se les niega toda relevancia ante el derecho. Allí los conflictos se consideran privados y, por tanto, el Estado permite que las fuerzas del complejo y contradictorio mundo que se ubica en el campo privado obren a sus anchas y de acuerdo con las relaciones de poder existentes en la sociedad¹².

Esa doble tendencia que señala E. Ardilla tiene una historia que se expresa en las formas de pluralismo jurídico que hoy son objeto de atención de los sociólogos, los antropólogos y los juristas. Y es una historia que puede contarse en tres momentos que empiezan con la emergencia de los Estados occidentales modernos:

El primer momento corresponde a lo que se puede denominar la época liberal clásica, que se prolonga hasta fines del siglo XIX. El Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba de un reducido grupo de servicios que parecían de su esencia: la guarda de fronteras (ejército), la garantía del orden público (policía) y la administración de justicia. A esta última se la veía como una función propia y exclusiva del Estado pero sus campos de acción eran aún muy restringidos, si se tiene en cuenta que regulaban áreas mucho más estrechas de las relaciones sociales que las que ha entrado a regular el derecho estatal en épocas posteriores.

El segundo momento –continúa Edgar Ardilla– corresponde a la época del Estado interventor y se prolonga hasta avanzada la segunda mitad del siglo veinte. En él, el concepto de lo público se fue ampliando, el derecho se expandió hacia otras áreas de la vida y, con ello, el campo de acción hipotética de la jurisdicción. Se empezaron a reproducir los catálogos de derechos humanos. El

¹² E. Ardilla Amaya: "Pluralismo Jurídico: Apuntes para el debate", en la revista "El otro Derecho", número 26-27. ILSA. Bogotá. 2002. Pág. 46

derecho de familia, el derecho laboral y el derecho ambiental se convirtieron en ramas extensas del derecho.

Sin embargo, la realidad no era necesariamente la que se pretendía desde el Estado. A pesar del imperio teórico del monopolio estatal de la administración de justicia, en los escenarios más inmediatos de la vida social, en mayor o menor medida, tenían actividad las instituciones comunitarias como la familia, la aldea, la vereda, los liderazgos carismáticos, las organizaciones de base. Ello llevó a que, en la práctica, muchos de los temas del conflicto difícilmente se abordaran a partir del derecho y menos por los tribunales. Pero en la medida en que las dinámicas de poblamiento (migración y urbanización) fueron avanzando, las resistencias de los espacios intermedios parecieron ceder y los conflictos se fueron ubicando cada vez más en lugares en los que el sistema jurídico estatal fue apareciendo de manera creciente como el espacio privilegiado de regulación, sin que llegara a construir capacidad suficiente para atender la creciente demanda. Entonces, durante esa época, en la misma medida que el derecho estatal ampliaba los campos de su pretendido monopolio, se fue abriendo y profundizando la brecha de los espacios y relaciones que no se sometían a esa estructura de regulación.

El tercer momento corresponde a la actualidad y puede empezar a contarse a partir de los años setenta del siglo XX. En esta etapa toman un enorme impulso los escenarios local y mundial de regulación. El Estado se retrae del ámbito jurídico en medio de dinámicas de desregulación y de *deslegalización*. Empieza a ceder el espacio a otros actores en la producción del derecho y la administración de justicia. Gradualmente pasa de desconocer la existencia de formas de justicia no estatales a definir políticas de reconocimiento y de promoción de las mismas, estableciéndolas como competencias y sin ceder en su pretensión monista. Teóricamente cambia su posición monopolista en la administración de justicia por una de cooperación y, a veces de sometimiento, frente al papel que pueden jugar otros actores en la resolución de los conflictos.

La idea que debe existir un solo sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación determina la manera cómo llenamos de contenido categorías clave para entender la comunidad política, tales como soberanía, ordenamiento jurídico, unidad política y norma jurídica. Debido a un compromiso implícito o explícito con el monismo, se establece la firme idea que dentro de un Estado debe existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo o grupo de individuos con poder creador de Derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión

y el carácter unitario de la nación. Se cree, además, que las normas jurídicas expedidas por este soberano deberán tener un carácter general y abstracto y deberán constituir un sistema claramente estratificado y coherente¹³.

4. APROXIMACIÓN AL PLURALISMO JURÍDICO - BREVE RELACIÓN HISTÓRICA DEL ORIGEN DE SU CONCEPTUALIZACIÓN

Siguiendo brevemente la relación que hace Sally Engle Merry, la odisea intelectual del concepto de pluralismo jurídico (por lo menos desde la perspectiva de la antropología jurídica) recorre un espacio que parte del descubrimiento de las formas indígenas de Derecho, entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, en Oceanía; al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del Derecho en el capitalismo avanzado.

En la década final del siglo XX, el concepto de pluralismo jurídico se ha aplicado al estudio del orden jurídico y social en las sociedades industriales urbanas, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Francia. De hecho, si se parte de una definición lo suficientemente amplia de sistema jurídico –dice Engle Merry-, prácticamente todas las sociedades cuentan con un sistema de Derecho plural, tengan o no un pasado colonial. El pluralismo jurídico es un asunto central en la tarea de re-conceptualización contemporánea de la relación entre el Derecho y la sociedad.

Los estudios de principios del siglo XX estudiaron las manifestaciones del Derecho indígena en los pueblos tribales y en las aldeas tradicionales de las sociedades colonizadas de África, Asia y del Pacífico. Los científicos sociales, -sobre todo los antropólogos- estaban interesados en ver cómo estos pueblos mantenían el orden social sin utilizar el Derecho europeo. Estos antropólogos, a medida que fueron documentando la rica variedad de formas de control social, presión social, costumbres, Derecho consuetudinario y procedimientos judiciales, se dieron cuenta poco a poco de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el Derecho indígena y el Derecho europeo. Aunque pudiera parecer remoto, el Derecho colonial estaba reconfigurando la vida social de estas villas y tribus en formas sutiles. En ese sentido, "El derecho era el instrumento avanzado del colonialismo"¹⁴. Las tribus y las aldeas habían desarrollado alguna forma de Derecho durante las generaciones que habían transcurrido padeciendo la imposición del Derecho racional formal de

¹³ D. Bonilla Maldonado. Op Cit. Pág. 1

¹⁴ S. Engle Merry. "Pluralismo Jurídico" en D. Bonilla Maldonado (Dir.) "Pluralismo Jurídico". Siglo del Hombre. Bogotá. Pág. 90

los poderes coloniales europeos. El Derecho impuesto, pensado más para el capitalismo industrial que para una forma pastoral o agrícola de vida, incorporaba principios y procedimientos muy diferentes a los de los Derechos locales. Los académicos denominaron a estas peculiares situaciones: *pluralismo jurídico*. Reconocían que la introducción del Derecho colonial europeo había creado una pluralidad de órdenes jurídicos, pero ignoraban, en gran medida, la complejidad de los órdenes jurídicos anteriores.

Para los partidarios de la colonización en el siglo XIX, esta imposición del Derecho europeo era un gran regalo que sustituía la anarquía y el temor que supuestamente invadía las vidas de los pueblos colonizados, por un Derecho civilizado que los liberaría de los horrores tales como de la guerra, la brujería y la tiranía.

Sin embargo, el pluralismo jurídico va mucho más allá de la adhesión a formas de Derecho europeas y tradicionales. Recientemente se ha comenzado a explorar en qué grado las sociedades que habían estado colonizadas en el pasado son jurídica y culturalmente plurales. Los europeos no fueron la primera influencia exterior que llevó un nuevo sistema jurídico a muchos pueblos del Tercer Mundo. Al respecto Engle Merry alude, por ejemplo, la descripción de la complejidad jurídica de Java como el producto de los encuentros entre un grupo original de colonizadores del sur de China y del norte de Vietnam con los estados indios, con comunidades comerciales chinas, misioneros islámicos, colonizadores británicos y holandeses, fuerzas de ocupación japonesas y actualmente, con el Estado indonesio.¹⁵

¹⁵ S. Engle Merry. Pág. 90 y ss.

PARTE II

CONCEPTUALIZACIÓN

1. VARIAS DEFINICIONES Y CONCEPTUALIZACIONES DE PLURALISMO JURÍDICO

Una vez aclarado el origen, definitivamente académico de la noción de pluralismo jurídico, se iniciará la tarea de aproximación al concepto del mismo, incluyendo en este acápite, sintéticamente, algunas de las conceptualizaciones y definiciones desarrolladas por algunos autores y autoras, que se encuentran en la literatura acerca de la temática, fruto de la revisión bibliográfica que se ha efectuado para la elaboración del presente trabajo. Partiremos pues, de la sencilla pregunta: ¿Qué es el pluralismo jurídico?, intentando respuestas cada vez más ajustadas a los propósitos del presente trabajo y lo haremos acudiendo a la descripción de las posiciones que distintos autores e investigadores han adoptado sobre la temática del pluralismo jurídico. Se organiza, además, la exposición empezando de las conceptualizaciones más simples o menos estructuradas y concluyendo con las más complejas y debatidas. Terminará ésta parte del capítulo con la descripción de una fuerte crítica (de parte de un investigador autorizado) a las conceptualizaciones y teorías que se irán exponiendo.

1.1. DEFINICIONES DE ALGUNOS AUTORES LATINOAMERICANOS

Para el jurista mexicano Alfredo Sánchez-Castañeda, el pluralismo jurídico: “...es la posibilidad de que en un mismo momento, coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema”¹⁶ pero enseguida aclara que no supone “...una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Puesto que, una concepción pluralista del Derecho admite coexistencia y pluralidad de sistemas de la misma naturaleza, particularmente de sistemas estatales (unitarios y federales) y por tanto de un pluralismo estatal o nacional. Asimismo, una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas de naturaleza diferente, tales como los sistemas jurídicos supranacionales (orden jurídico internacional), los sistemas jurídicos infra-estatales (órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (orden perteneciente a sociedades comerciales, orden eclesiástico, etc.)”¹⁷

¹⁶ A. Sánchez-Castañeda “*Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*”. Artículo componente de “*Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*”. Obra Editada por Oscar Alba S. y Sergio R. Castro. Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal de la Cooperación Técnica Alemana GTZ. Sucre. 2007. Pág. 19

¹⁷ A. Sánchez-Castañeda. Op. Cit. Pág. 23

“...La noción de pluralismo jurídico puede considerar la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez. Una concepción pluralista del derecho, disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial, que quisiera que a un territorio determinado correspondiera un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico corresponde un territorio. Una visión pluralista del derecho permite asumir la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente, tales como los sistemas jurídicos supraestatales (orden jurídico internacional), los sistemas jurídicos supranacionales (orden jurídico de la Unión Europea), ordenes jurídicos infraestatales (como los órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (como el orden jurídico propia a un grupo transnacional de sociedades comerciales o el orden jurídico eclesiástico)”.¹⁸

Tales sistemas jurídicos persiguen tener autoridad y legitimidad, en un contexto (el de la realidad social) en el que distintas instituciones generan sus propios sistemas jurídicos y se hallan en permanente interacción. En general, se puede decir que la visión pluralista de lo jurídico, tiende a reflejar mejor la realidad social que la postura del monismo jurídico.

Precisamente, según este autor, la marca distintiva del pluralismo jurídico, es considerar que el Derecho no solo se origina en el Estado (como sostiene la doctrina del monismo jurídico) sino que puede emerger de otras fuentes colectivas, como la familia, las corporaciones, las comunidades indígenas, etcétera.

A propósito de la dicotomía entre monismo y pluralismo jurídico, hay que aclarar que el primero se sustenta en la idea (típica en el tránsito a la modernidad, en el que se originaron los Estados-Nación, como unidades políticas estándar) de que a cada Estado le corresponde un solo ordenamiento jurídico y que, consiguientemente, solamente el Estado puede producir Derecho, como ente monopolizador de la producción jurídica.

Antonio Carlos Wolkmer, autor brasileño dedicado a la investigación del pluralismo jurídico, designa a tal como “...la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político,

¹⁸ Ibidem.

interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”.¹⁹

Por su parte, Oscar Correas, profesor argentino radicado en México, conceptúa al pluralismo jurídico como: “el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”. Evidentemente, conforme al citado autor, se está frente a un fenómeno de "pluralismo jurídico" en los casos en que, como por ejemplo en el Derecho Indígena, un sistema convive con las normas de otro sistema hegemónico; es decir, que se da que las normas pertenezcan a sistemas distintos y, por lo tanto, que sean reconocidas por distintas reglas de reconocimiento.

Por otro lado, según Connie Gálvez, el término pluralismo jurídico “...explica y describe la pluralidad de sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio social y que demandan cumplimiento”.²⁰

Para Vicente Cabedo, pluralismo jurídico es “...la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo espacio social”.²¹

Acerca del concepto de Pluralismo Jurídico, dice Edgar Ardilla “...como suele ocurrir con los conceptos referidos a la sociedad, hay desacuerdos entre las diferentes definiciones académicas pero en la base hay consenso en rechazar tanto la identificación del derecho con la ley, como el monopolio del derecho por parte del Estado y el mito monista. Con ese acuerdo como punto de partida, de manera muy simple puede decirse que se habla de pluralismo jurídico cuando existe la concurrencia competitiva y contradictoria de diferentes sistemas jurídicos que regulan un espacio geopolítico o una misma situación”.²²

El pluralismo jurídico, desde la concepción de Rocío Estremadoiro, se refiere al “...reconocimiento de la convivencia de distintas formas de hacer Derecho en igualdad jerárquica; es decir, que el

¹⁹ A. C. Wolkmer. “*Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*”. 3a. Ed., Alfa-Omega, Sao Paulo, 2001. Pág. 18

²⁰ C. Gálvez Revollar. “*El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX*”. Primer Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Lima, 2001

²¹ V. Cabedo Mallol. “*Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*”. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. 2004. Pág. 9

²² E. Ardilla. Op Cit. Pág. 47

Derecho consuetudinario tenga la misma validez y reconocimiento legal que el Derecho ordinario u oficial”.²³

Silvina Ramírez, manifiesta que el concepto de pluralismo jurídico está ligado al de multiculturalidad ya que “...no existe protección adecuada de las minorías étnicas sino a través de la existencia del pluralismo jurídico, pues uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea al Estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados, y las minorías étnicas reclaman el respeto del ejercicio de sus propios derechos”.²⁴

En una línea parecida, Magdalena Gómez sostiene que habría una confusión entre el pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena, pues para ella el pluralismo jurídico sería “...un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural, de modo que la jurisdicción indígena sería una expresión de este principio”.²⁵

Edwin Rojas Calvimonte, establece un concepto que, según él rompe con el mito y monopolio de superioridad del Derecho estatal, permitiendo que otros sistemas jurídicos se desarrollen. Alude al pluralismo jurídico, definiéndolo como “...una consecuencia lógica de la diversidad cultural, que plantea la existencia de diversos sistemas jurídicos que conviven en forma paralela al sistema jurídico moderno”.

1.2. JOHN GRIFFITHS – LA FORMULACIÓN MÁS ELABORADA Y DIFUNDIR DEL CONCEPTO DE PLURALISMO JURÍDICO

A John Griffiths, se le debe la formulación y conceptualización más conocida y respetada dentro de la corriente teórica que persigue el asentamiento en el mundo académico, normativo y cotidiano del pluralismo jurídico. Griffiths publicó en su artículo²⁶ acerca del tema, el cual es considerado como fundador de la corriente. Y es así, no porque hubiera sido el primero en formular el pluralismo jurídico -de hecho, Griffiths, formula su conceptualización basándose en una serie de trabajos previos, especialmente de destacados antropólogos del Derecho y también de juristas

²³ R. Estremadoiro. “*Los Retos de la Aplicación del Pluralismo Jurídico en Bolivia y la Construcción de un Estado Plurinacional*”. 2007

²⁴ S. Ramírez. “*Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*”. en “*Pueblos Indígenas y Derecho*”. 2008

²⁵ M. Gómez. “*Derecho Indígena y Constitucionalidad*” Ponencia presentada en el “*XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal*”. Marzo, Arica, Chile. 2000

²⁶ El artículo de J. Griffiths titulado: “*What Is Legal Pluralism?*” fue publicado el año 1986 en el *Journal of Legal Pluralism*, pero previamente había sido presentado en una versión original ante la “Asociación de Derecho y Sociedad” en Amherst, Massachusetts, en junio de 1981.

académicos- sino porque lo que hace es realmente formular un concepto integral y efectuar una clasificación con miras a que el pluralismo jurídico sea la vía de cambio en la concepción dominante aceda del Derecho como tal, de forma expresa y deliberada –y de manera más meditada que sus precursores.

En primer lugar, hay que considerar que el autor apunta a la programación de una teoría descriptiva del Derecho, a una teoría que dé cuenta del concepto del Derecho a partir de cómo el Derecho es, no cómo debería ser; lo que no configuraría una teoría normativa de lo jurídico. A partir de esa aclaración de objetivos y contextualización de su postura, el artículo académico de Griffiths es útil en tanto y en cuanto aporta una serie de conceptos válidos para una ulterior aproximación al problema y lo es además porque es un hito en la discusión que se ha venido dando en las décadas posteriores acerca del pluralismo jurídico, en el contexto de la antropología jurídica y la sociología jurídica.

Griffiths afirma²⁷ la existencia del pluralismo jurídico como un hecho irrefutable, frente a la postura unificadora y monista del Derecho, que en el fondo, para él, es ideológicamente funcional a la idea de poder y estado-nación. Según él, el monismo jurídico es un mito, el pluralismo es una realidad fáctica.

Según él, para la postura positivista del Derecho, (H. Kelsen y H.L.A. Hart) el pluralismo jurídico es una forma deficiente de Derecho, un estadio inevitable que los órdenes jurídicos han de superar, en pos de la unidad del sistema; una vez que, especialmente en contextos coloniales y ex – coloniales y como parte del proceso de construcción nacional, se vayan superando las formas (reconocidas) de derecho consuetudinario –que, por ahora a los sistemas jurídicos no les queda otra alternativa que tolerar y que una vez que sean superadas, se avengan a la línea maestra de la Teoría General del Derecho, que apunta la sistematización, la coherencia, plenitud y unidad del Derecho.

El Derecho “reconocido” es, pues, una fase tan incómoda como inevitable en la tarea de construcción del Derecho unificado, la que la ideología centralista propia de la modernidad europea, dice contundentemente Griffiths.

El concepto de “reconocimiento” da pauta, ya desde la perspectiva semántica, de que, en esta

²⁷ J. Griffiths. Op. Cit, Pág. 6

primera aproximación se trata de una versión “en sentido débil”²⁸ de pluralismo jurídico: aquella que se centra en la idea de variedad de manifestaciones jurídicas consuetudinarias, que en el seno de un Estado-nación moderno (especialmente de una herencia histórica colonial) son reconocidos y “adoptados” por el Derecho oficial, en tanto se circunscriban en su actuación a los límites que el propio sistema oficial establece –en términos de deslinde personal, material y personal, particularmente- (hecho, que ha ocurrido, ni más ni menos, en Bolivia, partir de 2010, con la CPE y la Ley de Deslinde Jurisdiccional de 2011, sobre la que volveremos en el capítulo final de la tesis).

Tal como lo manifiesta Griffiths, se trata allí de un sentido del concepto de pluralismo jurídico, - que él llama débil- que no sería otra cosa que una “política” de orden jurídico que es parte del discurso del Derecho estatal, destinada a armonizar las manifestaciones jurídicas consuetudinarias con el Derecho moderno y entre ellas, dentro de un único sistema de Derecho. En efecto, considera que la versión “débil” de pluralismo jurídico, es la que normalmente arranca de las investigaciones y trabajo de los teóricos del Derecho o como él lo llama: “pluralismo jurídico de los juristas”; versión que contrasta con el que –en su nominación- sería el pluralismo jurídico “fuerte” cuyo tratamiento teórico emerge de las investigaciones, reflexiones y trabajos de la antropología y la sociología, aplicadas al mundo jurídico. Esta segunda versión es la corriente que Griffiths adopta y analiza con el objetivo de formular su propia conceptualización, sin dejar de lado, claro está, el repaso (al inicio de su trabajo y con la finalidad de criticar su “debilidad” y falta de utilidad, conforme a su intención de formular una teoría descriptiva e integral del pluralismo jurídico) de las posturas del pluralismo jurídico “de los juristas”. Con dicha aclaración y negando *ex profeso* que él defiende este tipo de concepto, Griffiths, estructura y divulga su concepto. Desarrollaremos aquí dicho concepto, al final del acápite, luego de repasar brevemente lo que Griffiths dice acerca del pluralismo jurídico “de los juristas”. Asimismo se deja para más adelante el tratamiento detallado de los precursores de Griffiths (los del pluralismo jurídico “fuerte”) uno por uno, en detalle y como acápite independientes.

Entonces, veamos a tres autores que ven al pluralismo jurídico como un asunto (o problema o tema) del Derecho y cuyos planteamientos merecen reflexiones de Griffiths; a saber, Hooker, Gilisen y Vanderlinden:

²⁸ J. Griffiths, Op. Cit. Pág. 8

Hooker define el pluralismo jurídico como "...la existencia de múltiples sistemas de obligación legal (...) dentro de los confines de un Estado."²⁹ Observando que la idea de ley es concebida como un conjunto de sólidos preceptos, válidos para toda la población y que emanan de una sola fuente (el Estado y sus instituciones). Las características de ese pluralismo jurídico, serían las siguientes:

- El sistema legal estatal es políticamente superior, hasta el grado que puede, inclusive, abolir los sistemas subordinados.
- Allí donde se produzca un choque de obligaciones (provenientes de distintos sistemas) prevalece siempre el sistema estatal y cualquier concesión hecha en favor del Derecho subordinado, ocurre en los términos y límites que el Derecho del Estado determina,
- Cualquier descripción, análisis o interpretación que se haga del Derecho subordinado, se hará por agentes estatales (judiciales o no) y bajo los criterios deben ser los establecidos por el Derecho estatal.

Se trata claramente de una concepción que configura un pluralismo jurídico hegemónico (dominante)-subordinado.

Por su parte Gilissen confronta el monismo jurídico con los hechos de la historia legal, con el rol que juega la costumbre como fuente de Derecho, con el "Derecho disciplinario" interno de las asociaciones de profesionales, de empleo y las voluntarias, y finalmente con la presencia simultánea de "Derechos tradicionales y Derechos europeos" en el seno de muchos países, especialmente africanos y asiáticos.

Identificando la concepción monista del Derecho, con algunas posiciones doctrinales clásicas de Europa continental, que pueden reconocerse como la doctrina del Centralismo Jurídico (del que tratamos en ocasión de revisar el pensamiento de J. Griffiths), Gilissen intenta definir el pluralismo jurídico por negación de correspondencia de algunas situaciones o "estados de cosas" con el monismo jurídico. Así, Gilissen propone algunos ejemplos de tales "estados de cosas": como el sometimiento tripartito de los soldados y miembros de las fuerzas armadas tanto al Derecho Penal ordinario, como a leyes disciplinarias específicas y a la "costumbre Militar" del "comportamiento adecuado". O, verbigracia, la disciplina interna que rige en las asociaciones de profesionales, la que determina las relaciones de trabajo en contextos privados, la de las asociaciones religiosas,

²⁹ J. Griffiths. Op. Cit. Pág. 9

deportivas y culturales que demuestran que más allá de constituirse meros “reconocimientos” que hace el Derecho Estatal de esos contextos de regulación, se trata de verdaderas regulaciones jurídicas que acaban conformando una situación de pluralismo jurídico y no simplemente una de “diversidad legal” (en el sentido de previsiones normativas de regulación de situaciones variadas o destinadas a diferentes grupos poblacionales, que suele hacer, regularmente, cualquier sistema jurídico unitario; que claramente, no son situaciones de pluralismo jurídico).

Por otro lado está Vanderlinden, quién afirma que el pluralismo jurídico es “...la existencia, dentro de una sociedad determinada, de mecanismos jurídicos diferentes aplicadas a situaciones idénticas”.³⁰

Según comenta J. Griffiths, en primer lugar la definición de Vanderlinden se basa (inicial y aparentemente) en la convicción de que el pluralismo jurídico es un atributo de cualquier grupo social especificado; no es, por el contrario, el nombre de una doctrina, teoría o ideología, ni tampoco es una característica de la ley o de un sistema legal. En segundo lugar, para el pluralismo jurídico no es un requisito, la presencia de más de un sistema jurídico completo, sino, que basta la existencia de una multiplicidad de “mecanismos” jurídicos, como ramificaciones de normas o de instituciones jurídicas. El tercer elemento de la definición vanderlindeniana es el que determina que su pluralismo jurídico no pueda (como parecía hacerlo, según la primera característica) predicarse de la sociedad sino de la visión particular “del jurista”. Se trata del elemento que se refiere a la aplicación de los mentados “mecanismos” jurídicos a *situaciones idénticas*: hay una diferencia sustancial entre aplicabilidad de mecanismos legales diferentes a situaciones distintas (pluralidad de Derecho) y el pluralismo jurídico (de Vanderlinden), donde “...la diversidad de reglas tiene como objetivo resolver los conflictos de naturaleza idéntica”³¹; ya que, como apunta acertadamente Griffiths, hay situaciones esencialmente idénticas a las que son aplicables mecanismos jurídicos distintos, sin que ello implique un pluralismo jurídico propiamente. Tales situaciones las ejemplifica muy bien Griffiths: transacciones comerciales realizadas por comerciantes o por personas ordinarias; crímenes cometidos por miembros del clero o por laicos (en el derecho de la edad media); matrimonios celebrados entre patricios o entre plebeyos (en el Derecho Romano); delitos cometidos por un funcionario diplomático o por un residente ordinario;

³⁰ J. Vanderlinden. “A return to Legal Pluralism”. Artículo disponible en <http://commission-on-legal-pluralism.com> ; revisado en fecha 14/11/2013. Pág. 8.

³¹ J. Vanderlinden. Op Cit. Pág. 10

etcétera. Ejemplos que remiten a la configuración de una situación de “diversidad legal” más que a una de pluralismo jurídico propiamente.

Después de descartar las posturas y planteamientos que se han descrito, por “débiles” e inconvenientes para la formulación de una teoría descriptiva del pluralismo jurídico, Griffiths pasa a estudiar a los antropólogos y sociólogos jurídicos que componen el grupo de pluralistas jurídicos “fuertes” y en base a ellos, describe su conceptualización, que se puede sintetizar como sigue:

“...todo tipo de ‘pluralismo’ necesariamente implica que está presente más de una de la clase de cosas atañidas en el campo descrito. En el caso del pluralismo jurídico, más de un ‘Derecho’ debe estar presente”.³²

Según su análisis, Griffiths asevera que: “...ésta no puede ser concebida como una situación en la cual (o por la cual) más de una norma puede ser aplicable a la ‘misma’ situación, porque la susodicha aserción es normativa y no así empírica. Identifica (tal concepción) una situación en la cual el Derecho es no-uniforme, pero no una situación de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico es un atributo del campo social, no del Derecho ni de ‘un sistema jurídico’. Una teoría descriptiva del pluralismo jurídico tiene que ver con el hecho que en un campo o contexto dado, Derechos de varios orígenes pueden ser operativos. Es un hecho en el cual el campo social, más de una fuente de ‘Derecho’, más de un ‘orden legal’, es observable; un hecho que exhibe que el orden social de tal contexto, es jurídicamente plural.”³³

La idea de que únicamente el Derecho del Estado puede ser considerado como Derecho “propiamente dicho”, conforme piensa J. Griffiths, es una característica ideológica del “centralismo legal” –su etiqueta para una de las corrientes del positivismo jurídico-, de la que, por razones empíricas, nada puede decirse en su favor; o por lo menos en favor de la intención de tratar al Derecho tal como es, inevitable y vívidamente. Griffiths entonces, asume que: “...el Derecho es la auto-regulación de un ‘campo social semiautónomo’ ” y concurrentemente también acepta que se puedan hacer distinciones, cuando sea apropiado, entre formas más o menos diferenciadas de Derecho. Así: “...la auto-regulación de los campos sociales semiautónomos puede ser considerada como ‘más o menos jurídica’ de acuerdo al grado en el que se la diferencie del

³² J. Griffiths. Pág. 38

³³ Ibidem

resto de las actividades desplegadas dentro de tal campo social y en la medida que sea delegada a funcionarios especializados (...) pero, diferenciado o no, el Derecho siempre está presente en cada 'campo social semiautónomo' y como todas las sociedades contienen muchos de los susodichos campos, entonces el pluralismo jurídico es una característica universal de las organizaciones sociales."³⁴

Para Griffiths, el pluralismo jurídico es concomitante al pluralismo social: "... la organización jurídica de la sociedad es congruente con su organización social. El pluralismo jurídico se refiere a la heterogeneidad normativa atendiendo y sostenida por el hecho que la acción social siempre acontece en contexto de campos sociales múltiples, sobrepuestos y semiautónomos; tal situación es en la práctica, una condición dinámica (...) la situación de pluralismo jurídico –la situación omnipresente y normal en todas las sociedades humanas- es una en la cual, el Derecho y las instituciones jurídicas no son subsumibles en un único sistema sino que tienen sus fuentes en las actividades auto-reguladas de todos los diversos y variados campos sociales presentes y operativos; actividades que pueden respaldarse, complementarse, ignorarse o frustrarse mutuamente, de modo que el Derecho que realmente es efectivo en la base de la sociedad es el resultado de esquemas altamente complejos y usualmente, en la práctica, impredecibles; siendo estos patrones, de competencia, interacción, negociación, aislamiento, etcétera."³⁵

Pues, bien, una vez visto el concepto más respetado, elaborado, difundido y citado del ambiente académico que se ocupa del pluralismo jurídico, para mejor comprenderlo y completar la conceptualización que se busca en el presente capítulo de la tesis, veremos a continuación al resto de autores (algunos de los cuales, son precursores de Griffiths) que aportan con nociones, conceptos, definiciones (y hasta teorías) de *pluralismo jurídico*.

1.3. LEOPOLD POSPISIL – LA TEORÍA DE LOS “NIVELES LEGALES”

L. Pospisil construye su teoría descriptiva acerca del pluralismo jurídico, oponiéndose a las teorías que se presentan como 'legalmente centralistas' estableciendo lo que él denomina 'niveles legales' como modelo particular de la forma en la que el pluralismo jurídico se manifiesta en la sociedad. Con el cometido de responder a la pregunta acerca de qué es el Derecho, termina

³⁴ Ibidem

³⁵J. Griffiths, Pág. 39

contestándola en términos de agrupamiento social que en realidad es el trasfondo del que toda sociedad está hecha. Es así que piensa tanto en sociedades que cuentan con una estructura y una organización política que abarque a la sociedad entera como en sociedades que no cuenten tal estructura y sean, por así decirlo, menos complejas. Dice él: "...La sociedad, sea una tribu o una sociedad "moderna", no es una amalgama indiferenciada de gente. Es, por el contrario, un mosaico esquematizado de subgrupos que pertenecen a determinados y usualmente bien definidos (o definibles) tipos; con membresías, composiciones y grados de inclusión diferentes. Cada uno de estos grupos debe su existencia, en gran medida, a un sistema legal que le es propio y que regula la conducta de sus miembros (...) Esta multiplicidad de sistemas legales, cuyas provisiones legales varían de uno a otro, inclusive al grado de contradecirse, refleja precisamente el esquema de subgrupos de la sociedad – lo que he llamado 'estructura societal'. Ninguna sociedad tiene un 'único y consistente' sistema legal sino tantos sistemas como grupos se encuentren funcionando.

Dado que los sistemas legales forman una jerarquía que refleja el grado de inclusión de los correspondientes subgrupos, el total de los sistemas legales de los subgrupos del mismo tipo y el mismo grado de inclusión (por ejemplo, la familia, el linaje, la comunidad, la federación política, etcétera), propongo que se denomine 'nivel legal' (...) los sistemas legales pueden ser vistos como pertenecientes a distintos 'niveles legales' que se encuentran superpuestos unos sobre otros, entonces el sistema legal es el que corresponde al grupo que sea más inclusivo con los miembros de sus subgrupos constitutivos".³⁶

Está claro que la perspectiva que Pospisil utiliza es la del punto de vista de la sociedad entera. Salta a la vista la conclusión de sus 'niveles legales' dentro de cuales los subgrupos auto-regulados están organizados en la sociedad, son concebidos como un estructura ordenada de la sociedad entera, consecuentemente como –diría Griffiths- "...los subgrupos están concebidos más o menos como 'ladrillos' inclusivos dentro de dicha estructura".³⁷ Por consiguiente, la estructura legal es congruente con la disposición de la sociedad y su existencia empírica como Derecho de Grupo, no depende de su reconocimiento (o la falta de él) de parte del Estado.

³⁶ L. Pospisil. *"Antropology of Law: A Comparative Theory"*. Harper. New York. 1971. Pág. 107

³⁷ J. Griffiths. Op. Cit. Pág 17

1.4. MICHAEL GARFIELD SMITH – LA TEORÍA DE LAS “CORPORACIONES SOCIALES”

El investigador jamaicano M.G. Smith, para conceptualizar descriptivamente el pluralismo jurídico, parte de la noción de “corporación” como la unidad básica de la estructura social y el *locus* de la acción política; siendo además la pertenencia a alguna corporación dada la fuente y el origen de los derechos y las obligaciones de todo individuo. Para M.G. Smith entonces las corporaciones son el “marco sociológico” del Derecho en las sociedades y por inferencia, puesto que pueden haber muchas corporaciones (y de clases distintas) en la sociedad, pues entonces implícitamente se obtiene un concepto de pluralismo jurídico. Para bien entender la construcción de Smith, hay que además referir y explicar la noción (su noción) de “lo público”, a saber: “...lo público no es lo atingente a las multitudes, la gente-meta de la comunicación masiva, los extranjeros residentes, y otros; (...) por público me refiero al grupo duradero, presumiblemente perpetuo, con determinados límites de pertenencia y membresía, que tiene una organización interna y un juego unitario de relaciones externas, así como un exclusivo cuerpo de asuntos comunes, una autonomía y unos procedimientos adecuados para regularse. Cuando los grupos están constituidos de forma tal que su continuidad, identidad, autonomía, organización y asuntos exclusivos no son perturbados por la entrada y salida de sus miembros individuales, entonces tienen el carácter y la condición de un *público*. La ciudad de Santa Mónica comparte estas cualidades con los Estados Unidos, con la Iglesia Católica, con las comunidades campesinas australianas, con la casta dominante de una aldea de la India, (...) con las universidades, con los gremios medievales, con los regimientos y con otras asociaciones voluntarias. Todas estas unidades son todas “públicas” y todas son grupos corporativos; el proceso gubernativo inherente a “lo público” es la característica de todos los grupos corporativos.”³⁸

Dice el autor que las corporaciones pueden basar su membresía en una variedad de criterios, como ser la edad, el sexo, los rituales y las creencias, la ocupación, etcétera; pudiendo existir corporaciones (como la iglesia católica) que atraviesan la sociedad entera incorporando diferentes y mutuamente independientes “públicas” y los individuos pueden ser miembros de muchas y distintas corporaciones, de variable constitución, intereses y tipo (como las de identificación etaria,

³⁸ M. G. Smith “*Corporations and Society*”. Duckworth. London. 1974. Pág 94

de barrio o de linaje. De modo tal que la estructura constitucional de una sociedad es la estructura de las corporaciones; siendo que en las sociedades más simples todos los miembros comparten una serie de común de instituciones. Mientras que, en las sociedades más complejas, como la mayoría de las que existen, la población comparte un conjunto básico de instituciones en tanto que en el nivel secundario de organización institucional, predomina la alternativa en estructuras ocupacionales, políticas, religiosas y étnicas, por la que los individuos de dicha población pueden optar. En el marco de lo que se ha desglosado líneas arriba, el orden jurídico la susodicha diversidad queda inmersa dentro de la mencionada alternatividad política.

Más a detalle, Smith distingue tres tipos de estructura constitucional que corresponden, cada una, a las tres formas en las cuales, colectividades institucionalmente diferenciadas son incorporadas e integradas para establecer una sociedad común. Veamos cuáles son:

1) Allá donde los individuos son incorporados de forma directa al dominio público, en condiciones de estatus cívico y político que sean formalmente idénticas, asumiendo ellos su ciudadanía directamente y no a través de identificaciones segmentarias o seccionales e indiferentemente de que sus prácticas en otras esferas sean similares o distintas; entonces, según Smith, estamos frente a un modelo de *incorporación uniforme*.³⁹

2) Allí donde “...un número institucionalmente diverso de colectividades, están incorporadas en una sola sociedad como unidades corporativas asumiendo derechos y estatus en el dominio público común (...) y la ciudadanía presume identificación con una u otra de esas colectividades primarias (...) pero sin ninguna diferencia en el estatus civil en el dominio público común, incorporando a miembros de unidades corporativas diferentes; entonces se está frente al modelo de *incorporación con-sociativa*”.⁴⁰

3) Y allá donde “...la sociedad es constituida como un orden de secciones corporativas estructuralmente inequitativas y exclusivas, de forma tal que, una sección corporativa institucionalmente distinta domina a las demás y a la vez, la pertenencia derivada de la identificación corporativa conlleva diferencias sistemáticas de estatus en el dominio público; entonces estamos ante el modelo de *incorporación diferenciada*.”

³⁹ M.G. Smith, Op Cit. Pág. 434

⁴⁰ Ibidem

Junto a los tres modelos de incorporación que corresponden a las variadas formas de estructura social/constitucional, Smith tiene desarrollados, paralelamente, tres niveles o modos de pluralismo: el nivel del *pluralismo cultural*, que consiste únicamente en diferencias institucionales, a las cuales no se adhiere ninguna diferencia social corporativa. Es el caso en el que los límites corporativos determinados por una clase de institución no se corresponden sistemáticamente con aquellos de otras instituciones, de manera tal que pudieran dividir a la sociedad en segmentos más o menos cerrados herméticamente, cada uno con un conjunto completo de instituciones congruentes. En tanto que, el nivel del *pluralismo social* es la condición en la cual las diferencias institucionales coinciden con la división corporativa de una determinada sociedad en una serie de segmentos o sectores sociales agudamente delimitados y virtualmente cerrados. Hasta aquí, afirma Smith que "...el *pluralismo cultural* es compatible con el modelo de *incorporación uniforme* mientras que el *pluralismo social* comporta el modelo de *incorporación con-sociativa* aunque no necesariamente vaya acompañado del *pluralismo cultural*. Finalmente está el nivel de *pluralismo estructural* que instituye o presupone tanto el *pluralismo cultural* como el *pluralismo social* juntos y conlleva necesariamente al modelo de *incorporación diferenciada*.

Dicho lo cual, la relación entre lo expuesto acerca del pluralismo estructural/social y el pluralismo jurídico, siendo que el Derecho (en el esquema de Smith) es la auto-regulación interna de los asuntos públicos de los grupos corporativos; consiste en que "...como unidades que están definidas (cada una de ellas) por su condición exclusiva de *universitas iuris* en sí mismas, las corporaciones proveen el marco legal y la regulación autoritativa suficiente, para las sociedades que ellas constituyen. En tanto que los individuos derivan sus estatus jurídico y sus derechos de su membresía o pertenencia a alguna corporación".⁴¹ Consiguientemente el pluralismo jurídico es el concomitante necesario del pluralismo cultural, del pluralismo social y del pluralismo estructural; dado que al describir al pluralismo jurídico, lo que se está describiendo en el fondo es la diversidad de grupos corporativos, su actividad así como su actividad regulatoria interna y sus relaciones corporativas externas entre sí.

Tal como se ha descrito precedentemente, tanto L. Pospisil como la de M.G. Smith ven una congruencia entre la estructura jurídica y la estructura de la sociedad, pero el último de los dos concibe dicha estructura socio-jurídica inherente a la sociedad como construida a partir de muchas

⁴¹ M.G. Smith, Op Cit. Pág. 97

corporaciones con cada individuo/ciudadano siendo miembro de varias corporaciones que tienen una configuración altamente homologa entre sí. Y esa es precisamente la mayor crítica que se le puede hacer a dicha configuración teórica, pues Smith parece haber pasado por alto la posibilidad de que cada corporación sea a su vez diversa internamente y que ello disponga un esquema no tan homogéneo como Smith quisiera.

1.5. SANTI ROMANO – LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Una de las primeras reacciones contra el estatalismo del Derecho, procedió de la *teoría de la institución*, con el italiano Santi Romano. Las ideas del mencionado autor, a más que oponerse al estatalismo, se oponen a la concepción normativa del Derecho, pues sostiene que el elemento decisivo en el Derecho es la *organización*, en el sentido que lo jurídico nace en el momento en el cual un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica. S. Romano ha afirmado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica; pero la vida social, más imperiosa y fuerte que el Derecho estatal, ha edificado en forma paralela y en ocasiones en oposición al Estado, una serie de órdenes parciales en el seno de los cuales, sus relaciones pueden extenderse en condiciones más convenientes. Se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Así, este doctrinario sostiene que el Derecho no debe ser concebido únicamente desde la noción de norma jurídica, ya que pueden existir órdenes jurídicos sin normas, donde el juez, encargado de solucionar conflictos, propone él mismo las normas. Señala también que el Derecho no implica imprescindiblemente una sanción, y que la licitud así como la juridicidad de un sistema deben estudiarse de acuerdo al sistema jurídico mismo y no en relación con otro u otros sistemas. Cada sistema es independiente y posee autonomía propia, por ende, a cada uno se desarrolla libremente dentro de su propia esfera⁴². Algo importante en el pensamiento de Romano es que la falta de reconocimiento de un sistema por parte de otro, no lo hace menos relevante, dado que cada uno funciona en su propio espacio y su fortaleza la obtiene de sí mismo y de sus características intrínsecas.

⁴² Cfr. S. Romano. "El Ordenamiento Jurídico" de la colección "Clásicos del Derecho". Editorial Reus. Madrid. 2012

Para S. Romano existe Derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que Romano llama institución.

Entre las críticas al criterio de Santi Romano, está la de haber considerado que antes de ser norma, el Derecho es organización. N. Bobbio cuestiona esa afirmación por cuanto, partiendo que la organización significa distribución de funciones de manera tal que cada miembro del grupo participe según sus capacidades y competencias en el logro de un fin común, esta distribución de tareas no se puede cumplir sino a través de normas de conducta. Entonces, no es cierto que la organización se dé antes que las normas, sino que las normas son anteriores a la organización. Pese a ello, reconoce que la teoría de la institución ha tenido el mérito de poner de relieve el hecho que sólo se puede hablar de Derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que el Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas⁴³.

Desde S. Romano que se ha ampliado la idea de Derecho a la de ordenamiento jurídico, entendido como algo (mucho) más que únicamente un conjunto sistemático de normas jurídicas. La noción de ordenamiento jurídico alcanza a las normas, evidentemente, pero también al aparato que las crea por una parte, y al aparato que ellas configuran, por otra. Es decir, al conjunto de instituciones que componen el Estado-Nación: Poder, manifestaciones del poder, instituciones configuradas como efecto del ejercicio del poder. El Derecho es ante todo un conjunto de fenómenos sociales y de fenómenos políticos, que, siendo diversos y de origen distinto, configuran un orden plural.

1.6. EUGENE EHRLICH – EL DERECHO VIVO

Eugene Ehrlich⁴⁴, es un autor que piensa firmemente que el Derecho es más que sólo normas y que es considerado como uno de los precursores de la Sociología Jurídica. Para él el Derecho está más allá (o más acá) de las normas y prefiere referirse al “Derecho vivo” señalando, en primer lugar que el Derecho no está únicamente originado en el Estado sino que se gesta principal y

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Es oportuno apuntar aquí que Eugen Ehrlich es considerado dentro de la Teoría General del Derecho, uno de los últimos representantes más destacados de la corriente Historicista y uno de los académicos que consolidó la ahora denominada “Sociología del Derecho”. Conocemos estos datos y los presentamos con apoyatura en G. Robles quien, en su *“Pluralismo Jurídico y Relaciones Intrasistémicas. Ensayo de una Teoría Comunicacional del Derecho”* dijo: *“En la Edad Contemporánea ha sido la rama germanista de la Escuela histórica del derecho la que ha puesto sobre la mesa el asunto del pluralismo jurídico. Coherentes con la tesis de que el derecho es emanación del ‘espíritu del pueblo’ (Volksgeist), los representantes germanistas hicieron su objeto de investigación al derecho propio de los distintos pueblos germánicos. En esto se diferenciaron claramente de la otra rama de la Escuela histórica, la romanista, que vertió todos sus esfuerzos en el estudio del derecho romano, al que llegaron a considerar la auténtica encarnación del ‘espíritu del pueblo’ alemán. Frente al carácter uniformizador del romanismo se alza la reclamación de la existencia de los derechos particulares”*. Ob Cit. Pág. 10

primariamente, en la sociedad misma; que es donde se generan las relaciones sociales que dan lugar a ciertas instituciones de existencia previa al Estado, como la familia, las corporaciones, la propiedad, los contratos, las sucesiones, etcétera., que al tener origen previo al Estado, lo condicionan a evacuar normas y regularlas. De ahí que se puede afirmar que (al menos en los casos mencionados) el Derecho vivo antecede al estatal y que este únicamente regula al primero, no lo origina.

Al hablar de un “Derecho vivo” y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos, sostiene que la idea de unidad del orden jurídico es arbitraria y ficticia. Postula que el punto central del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino que se halla en la sociedad misma, por cuanto existe un Derecho viviente que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, especialmente la observación directa de la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos y no solamente de los reconocidos jurídicamente, sino también de aquellos ignorados o venidos a menos por el Derecho.⁴⁵

Para Ehrlich el Derecho es el ordenamiento del comportamiento humano en el ámbito de las interrelaciones de personas dentro de un grupo sin importar su tamaño. Las sociedades no están compuestas de individuos que actúan independientemente, sino por personas que actúan como miembros de un grupo o subgrupo dentro de una sociedad mayor por necesidad o dominio; por tanto, el comportamiento de la gente no está regido por las leyes del Estado sino principalmente, por los ordenamientos internos de los subgrupos que son la materialización de lo que denomina, precisamente, “Derecho vivo”.⁴⁶

La clave de su construcción teórica es la distinción entre *normas de conducta* y *normas de decisión*⁴⁷. Las segundas serían las normas que configuran un Derecho concebido desde el punto de vista del funcionario estatal que debe seguir la regla según la cual *debe decidir* las disputas y conflictos legales que llegan a su conocimiento. En tanto que las primeras serían las normas que prescriben conductas como tales, configurando un Derecho más cercano a la realidad misma. Dado que su cometido es criticar a la corriente del positivismo jurídico a través del planteamiento de una teoría descriptiva y científica del Derecho que se acerque más a la realidad social misma;

⁴⁵ A. Sánchez-Castañeda. Op. Cit. pág. 24

⁴⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: “*Justicia Comunitaria*”. Tomo 9. La Paz. 1999. pág. 28

⁴⁷ Distinción que recuerda, hasta cierto punto, la distinción posterior y muy conocida entre reglas primarias y normas secundarias, de H.L.A. Hart.

E. Ehrlich va describiendo cómo usualmente en la doctrina del derecho (y en la enseñanza del Derecho en las universidades) se utiliza más la noción de *norma de decisión* que la de *norma de conducta* cuando, en rigor, debería ocurrir lo contrario. Dice así: "...La ciencia jurídica no tiene un concepto de Derecho (...) el jurista no entiende el Derecho tal como se *vive* y opera en la sociedad humana, sino (...) exclusivamente el derecho que resulta importante en la administración de justicia (...) prácticamente toda la literatura y enseñanza moderna del Derecho pretende ser nada más que la exposición, tan clara, tan fiel, tan completa como es posible, de los contenidos del Derecho escrito en sus máxima expresión y en sus aplicaciones más remotas. Esa literatura y tal enseñanza no pueden ser denominadas científicas; de hecho, son meramente una forma más enfática de publicación del Derecho escrito."⁴⁸

A la ciencia jurídica deberían concernirle, por el contrario, más las *normas de conducta*. Ehrlich denuncia que los juristas se inclinan por identificar las *normas de decisión* con las *normas de conducta*, cosa que es sencillamente una falsedad: "...una norma de conducta no es únicamente una regla de acuerdo a la cual los hombres habitualmente rigen su comportamiento, sino que es también una regla de acuerdo a la que *deben* hacerlo. Y es del todo inadmisibles que la asunción de que ese '*deber*' esté determinado exclusivamente o siquiera preponderantemente por los tribunales"⁴⁹ La obligación de obediencia que el sistema judicial provee no es más que uno de los muchos motivos que ha de tenerse en cuenta en la conducta de los seres humanos conviviendo en una sociedad compleja. "...El orden de la sociedad humana está basado en el hecho que, en general, los deberes jurídicos se despliegan y ejecutan, no en razón a que el fracaso en la ejecución dé lugar a una acción judicial (...) la primera y más importante función de la ciencia sociológica del Derecho, por lo tanto, es separar las partes o porciones del Derecho que regulan, ordenan y determinan a la sociedad; de las meras normas de decisión y demostrar su poder organizativo."⁵⁰

Esas consideraciones hace que Ehrlich arribe a la conclusión de que: "...tres elementos deben ser excluidos del concepto de Derecho (...) No es un elemento esencial del concepto del Derecho que éste sea creado por el Estado, ni que se constituya la base para las decisiones de las Cortes y otros tribunales; ni que tampoco sea la base de un deber legal consecuente con ese tipo de decisiones. Un cuarto elemento permanece, y tal debe ser el punto de partida i.e. el Derecho es

⁴⁸ E. Ehrlich. "*Fundamental Principles of the Sociology of Law*". Harvard University Press. Cambridge. 1936. Pág. 9.

⁴⁹ E. Ehrlich. Op. Cit. Pág 11

⁵⁰ E. Ehrlich. Op. Cit. Pág 23 y 41

un ordenamiento. Ese es el inmortal mérito de Otto von Gierke⁵¹ quien descubrió tal característica del Derecho en los cuerpos que él denominaba *asociaciones* (Genossenschaften). (...) Y ahí está el germen de la verdadera y gran concepción de la naturaleza del Derecho. Precisamente cuando encontramos la comunidad ordenada dondequiera que seguimos sus rastros, mucho más allá de los límites establecidos por Gierke, así encontramos al Derecho en todas partes, ordenando y sosteniendo toda asociación humana (...) el ordenamiento interno de la asociación de ser humanos no es solamente la original, sino también, hasta el presente, la forma básica de Derecho”.⁵²

Ehrlich define a las *asociaciones sociales* como “...una pluralidad de seres humanos quienes en sus relaciones entre sí, reconocen un conjunto de reglas de conducta como vinculantes y quienes, por lo menos generalmente, verdaderamente regulan sus conductas de acuerdo a ellas. Dichas reglas son de varios tipos y reciben varios nombres: reglas jurídicas, reglas morales, reglas religiosas, reglas consuetudinarias éticas, reglas del honor, reglas del decoro, reglas del tacto, reglas de etiqueta, reglas de la moda, etcétera”.⁵³

Como puede apreciarse, se va construyendo en el pensamiento de Ehrlich el pluralismo normativo, cuya evidencia lleva al autor a preguntarse acerca de cómo es mantenido el Derecho en la sociedad; buscando él la respuesta nuevamente en la idea de asociación social: “...todos nosotros (...) estamos viviendo en una innumerable cantidad de asociaciones, más o menos compactas (aunque ocasionalmente de forma flexible) y nuestro destino en la vida está, en lo principal, condicionado por el tipo de posición que seamos capaces de alcanzar dentro de ellas. Está claro que en ésta materia debe haber una reciprocidad de servicios prestados. Es imposible para las asociaciones darle algo a cada uno de sus miembros a menos que cada individuo sea a la vez un proveedor. Y de hecho todas estas asociaciones, sean denominadas países, hogar, residencia, comunidad religiosa, familia, círculo de amigos, vida social, partido político, asociación industrial o buena fe en los negocios; hacen ciertas demandas a cambio de lo que dan. Y las normas sociales que prevalecen en estas comunidades, no son nada más ni nada menos que el concentrado (universalmente válido) de las exigencias que estas últimas hacen a los individuos (...) Las asociaciones son la fuente del poder coercitivo, de las sanciones, de todas las normas sociales,

⁵¹ Otto Von Gierke (1842-1921), fue una de las figuras centrales de la escuela historicista del Derecho, concretamente de la rama germanista y representó –según apunta el profesor español Gregorio Robles Morchón- un eslabón intermedio entre la generación anterior de germanistas y el epígono de la escuela que consuma el proceso en la fundación de la Sociología del Derecho como disciplina jurídica: Eugen Ehrlich (1862-1922).

⁵² E. Ehrlich. Op. Cit. Pág 23-25

⁵³ E. Ehrlich. Op. Cit. Pág 39

jurídicas al igual que morales, del honor, del decoro, de etiqueta; al menos, en lo que concierne a la observancia externa de los preceptos (...) cualquier persona, se conduce de acuerdo a Derecho, principalmente porque es un imperativo de sus relaciones sociales; en este aspecto, las normas jurídicas no se diferencian en nada del resto de normas; el Estado no es la única asociación que ejerce coerción, existe un gran número de asociaciones que la ejercen con más fuerza que el Estado.”⁵⁴

Ahora bien, la existencia empírica de las normas jurídicas ha de ser definida y determinada, únicamente en términos del orden interno de las asociaciones. De forma tal, que: “...las reglas de conducta son hechos sociales, resultado del juego de fuerzas que operativas en la sociedad, que no pueden ser consideradas separadas ni apartadas de la sociedad en la que operan, tanto como las olas no pueden ser comprobadas sin considerar el medio en el que se mueven (...) una norma debe ser reconocida en el sentido en el que los individuos objetivamente regulan sus conductas de acuerdo a ella. Un sistema de normas jurídicas o morales al que nadie obedece es como una moda que nadie sigue. Por lo demás se debe tener en mente que lo que se ha dicho acerca de las normas de conducta, no puede ser aplicado de la misma forma a las normas de decisión; porque los tribunales pueden en cualquier momento extraer a la luz una prescripción legal que puede haber estado adormecida por siglos y utilizarla como base de sus decisiones. No se debe concebir esta doctrina (...) como implicando que esa norma debe ser reconocida por cada uno de los individuos. Las normas operan a través de la fuerza social cuyo reconocimiento le viene dado por la asociación que la imparte, no a través del reconocimiento de los miembros individuales de la asociación.”⁵⁵

Es evidente que la teoría de Ehrlich es plausible en muchos aspectos y por varias razones, especialmente debido a que expone una visión del Derecho que domina la vida misma inclusive aunque no haya sido puesto en forma de prescripciones jurídicas formales y además porque es muy proficuo atender la perspectiva de las *normas de conducta* más que la óptica de las *normas de decisión* pero, sobre todo, es provechoso saber diferenciarlas y comprender que para el Derecho (como ciencia) es más objetivo y útil concentrarse en normas de uso real en la vida cotidiana –la función organizativa del Derecho- que en las normas concebidas para resolver

⁵⁴ E. Ehrlich. Op. Cit. Pág. 63-64

⁵⁵ E. Ehrlich . Op Cit. Pág 167

disputas y litigios (sin necesidad de desdeñarlas). Tales razones, hacen parte de una buena construcción de una teoría (no únicamente descriptiva ya sino incluso prescriptiva) del pluralismo jurídico. Siendo evidente que para Ehrlich los conceptos de *norma de conducta* y de *asociación* son inseparables uno del otro, la existencia de aquella en el seno de ésta es simultáneamente, un asunto de conducta como tal, pero también refiere a un *reconocimiento* de parte de la *asociación*, lo que implica que la norma opera también como un estándar de dentro del grupo. Por otro lado, El Estado es una asociación como cualquier otra, no tiene ninguna posición especial respecto a las otras, ni sus leyes tienen atributo especial alguno que requiera alguna distinción en términos descriptivos. Asimismo, la falta de medios coercitivos que tienen algunas asociaciones (que el Estado sí tiene) debe ser compensada por estas, mediante el recurso de la dependencia de los individuos de la asociación de que se trate, respecto al lugar que ocupan en ella en su condición de miembros. A pesar de las dos últimas afirmaciones, la sociedad según Ehrlich (que se refleja entre otras cosas en su pluralismo jurídico) no es ni la entidad homogénea que asumen el monismo y centralismo jurídico, ni una limpia estructura federativa de asociaciones fragmentarias en la que piensan la teoría institucionalista o Pospisil y Smith; siendo por el contrario, un desorden caótico de grupos competitivos, superpuestos, constantemente fluyentes, más o menos inclusivos, con criterios y principios de pertenencia o membresía completamente heterogéneos y una desconcertante variedad de relaciones entre ellos y de ellos con el Estado.

1.7. SALLY FALK MOORE – LOS CAMPOS SOCIALES SEMIAUTÓNOMOS

La perspectiva de análisis de S.F. Moore es la de la del “apropiado campo de observación” para el estudio del “Derecho y del cambio social” en sociedades complejas. Particularmente para examinar la inadecuación e insuficiencia del *instrumentalismo*, es decir la noción según la cual, el cambio social fundamental puede ser fácilmente llevado a cabo a través de la legislación. Su propósito es, como ella misma dice “... tomar el pequeño campo observable del antropólogo” y analizarlo “... en términos de su semi-autonomía, el hecho que puede generar reglas, costumbres y símbolos internamente, pero que también es vulnerable a las reglas y las decisiones y otras fuerzas que emanan del mundo más extenso por el que está rodeado. “...el campo social semiautónomo tiene capacidades de creación normativa así como los medios para para inducir o coaccionar su cumplimiento; pero está simultáneamente fijado en una matriz social más grande que puede, y de hecho lo hace, afectarlo e invadirlo y lo hace, a veces a invitación de alguna de las personas dentro de él y a veces a instancia del campo social mismo. El problema analítico en

relación a los campos autónomos se da en las sociedades tribales pero es una cuestión analítica aún más problemática en relación a la antropología de las sociedades complejas. Todos los Estados-Nación del mundo, los nuevos y los antiguos, son sociedades complejas en ese sentido. El campo social semiautónomo es definido y sus límites identificados no por su organización (pudiendo ser un grupo corporativo o no) sino por una característica procedimental: el hecho de ser capaz de generar reglas y poder inducir o coaccionar su cumplimiento. Por lo tanto, un escenario en el cual las corporaciones pueden tratar unas con otras puede ser el campo social semiautónomo. Igualmente los grupos corporativos mismos pueden constituirse en campos sociales semiautónomos. Asimismo muchos de esos campos pueden articularse con otros de tal modo que puedan establecer cadenas complejas; así que la articulación interdependiente de muchos campos sociales diferentes constituye una de las características básicas de las sociedades complejas.⁵⁶

Es notable como S.F. Moore se mueve rápidamente desde la mera opción y mención a un campo de observación hacia la afirmación de una concepción pluralista del Derecho en la sociedad y de su relevancia con relación a la función legislativa. Tal movimiento ha quedado registrado y explícito a través de la propia definición de campo social semiautónomo, que se ha desarrollado líneas arriba.

La autora ha establecido el concepto de *campo social semiautónomo* en substitución de los *niveles legales* de Pospisil o de las *corporaciones* de Smith o de las *asociaciones* de Ehrlich como el *locus* social fundamental o marco sociológico de Derecho. Y al hacerlo ha logrado explicar desde una perspectiva de la sociedad como conjunto, que esta consiste en una caótica maraña de "...arreglos sociales dinámicos en los cuales ocurren complejos de obligaciones vinculantes (...) en existencia."⁵⁷

Otra contribución interesante que hace S.F. Moore con miras a un teoría acerca del pluralismo jurídico, es su concepto de *vacío normativo*. Según propone la autora, que se enfrenta a este respecto a la postura instrumentalista del positivismo jurídico; esta última refleja una concepción muy ingenua acerca del Derecho, según la cual las normas son vistas como órdenes impartidas por un legislador y recibidas por los individuos. En dicha postura se identifica nitidamente que el

⁵⁶ S. F. Moore. "Law as a Process: An Anthropological Approach. Routledge and Kegan Paul. London. 1978. Págs. 57 y 58

⁵⁷ S.F. Moore. Op Cit. Pág. 58

funcionamiento social de la ley (en la que se constituyen las órdenes del legislador) no toma en cuenta el medio a través del cual la orden (la ley) debe viajar para alcanzar a los individuos destinatarios. El espacio social entre el legislador y el sujeto es implícitamente concebido como *vacío normativo*. El modelo resultante asume las siguientes implicaciones, que con Moore, hemos considerado equivocadas:

- Que el legislador puede ser concebido como autónoma respecto al contexto social al que la norma ha de ser aplicada, y por lo tanto puede ser una figura externa él.
- Que los sujetos destinatarios de la norma pueden ser concebidos como individuos atomizados.
- Que las órdenes del legislador son recibidas por los sujetos destinatarios de las normas sin haber sufrido influencia alguna de parte del medio social a través del cual la norma transita. De lo que se infiere que las causas de incumplimiento de la norma (si ese fuera el caso) solamente podrían encontrarse o en defectos de la orden (convertida en norma) o en características del individuo receptor.

S.F. Moore halla utilidad en el concepto de *campo social semiautónomo* para negar la presencia del “supuesto” *vacío normativo* que la corriente ius positivista asume que existe entre el legislador y los sujetos destinatarios de las normas; siendo que el medio social a través del cual se transmiten tales normas hasta ser operativas, está lleno de otras normas e instituciones de la más diversa proveniencia (aquella maraña muy heterogénea a la que nos referimos un par de páginas arriba). Por lo tanto la efectividad o ineffectividad de las normas del legislador y de las de los campos sociales semiautónomos (del Derecho en resumidas cuentas) debe ser analizada y explicada desde una perspectiva de la estructura social y en términos del pluralismo jurídico.

En síntesis, S.F. Moore, al igual que los otros autores que desde la perspectiva de la sociedad como “un todo” describen el pluralismo jurídico, ella rechaza que el Estado tenga el monopolio de la producción normativa jurídica puesto que cualquiera de los *campos sociales semiautónomos* está lleno de material normativo; algunas normas se originan en al interior mismo de un *campo social* determinado, otras en campos externos a él, y otras inclusive en más pequeños campos que están más o menos incluidos o absorbidos por aquel. Y las fuentes sociales de las normas jurídicas (los propios campos semiautónomos) varían ampliamente en sus características, como

ser su organización formal, su diversidad en cuanto a la función social de control y además en si sus límites están o no segmentados (en el sentido de permeables a normas de otras fuentes) o sobrepuestos en relación a otras fuentes sociales normativas.

La teoría descriptiva sobre el pluralismo jurídico de S.F. Moore, se constituye entonces en una teoría de la heterogeneidad normativa, implicada e inferida por el hecho que el espacio social está normativamente lleno en lugar de vacío y por la complejidad del funcionamiento de las normas que tal heterogeneidad conlleva.

1.8. GEORGES GURVITCH – LA TEORÍA DE LOS HECHOS NORMATIVOS

Otro precursor de la teoría del pluralismo jurídico es G. Gurvitch, eminente sociólogo francés de origen ruso, quién afirma que existen otras instituciones distintas al Estado y que forman parte de la sociedad, las que, dando lugar a las normas en la propia evacuación de las mismas, dan fundación al ente mismo que las genera; lo que resulta en que dichas entidades nacen por y para la generación del Derecho, de “su propio Derecho”. Con E. Ehrlich y con G. Gurvitch en el ámbito de la sociología jurídica, el pluralismo jurídico se convierte en una categoría importante. El mismo objeto de estudio de la disciplina, que se ocupa de la interrelación entre el Derecho y la sociedad, indujo al reconocimiento de otras esferas jurídicas frente al Estado.

Para Gurvitch, el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente, que es la creación de los grandes Estados modernos entre el siglo XV y el siglo XIX. Sostiene que el poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino en numerosas entidades independientes a él, por lo que la ley del Estado no es la única ni la principal fuente del Derecho. El principio del pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, según este autor, en la *teoría de los hechos normativos*, es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el Derecho y fundan su existencia sobre el Derecho, en las comunidades que, en otras palabras, crean su ser generando el Derecho que les sirve de fundamento. Sostiene que la diversidad ha invadido a un mundo jurídico, de manera tal que en las sociedades industrializadas se observan un sinnúmero de centros generadores de Derecho, centros autónomos de Derecho que vienen a rivalizar con el centro estatal, por lo que es necesario

admitir que en un territorio determinado conviven una pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infraestatales o supraestatales⁵⁸.

1.9. NORBERTO BOBBIO – LA INTERRELACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Norberto Bobbio, uno de los más grandes juristas de los últimos tiempos, plantea la interrelación de los ordenamientos jurídicos, manifestando que los procesos en virtud de los cuales la ideología universalista del Derecho ha perdido valor son principalmente dos y que se han sucedido en el tiempo.

Así, el “monismo jurídico” se refiere a la idea universal según en la cual existiría un solo ordenamiento jurídico universal, y, “pluralismo jurídico” es la idea opuesta. Este pluralismo, para Bobbio, ha recorrido dos procesos o fases: La primera, corresponde al nacimiento y desarrollo del denominado *historicismo jurídico*, principalmente mediante la Escuela Histórica del Derecho que sostiene la nacionalidad de los Derechos que emanan directa o indirectamente de la conciencia popular. Así, al único Derecho natural, común a todas las gentes, se contraponen tantos Derechos cuantos pueblos y naciones existen.

Esta primera forma de pluralismo tiene carácter estatalista. Existen no sólo uno, sino muchos ordenamientos jurídicos porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento unitario, su personalidad o su “genio jurídico”. Puntualiza que dondequiera que exista un poder soberano existe un Derecho, y todo poder soberano es, por definición, independiente de cualquier otro poder soberano, luego todo Derecho constituye un ordenamiento en sí mismo, por lo que hay tantos derechos, diferentes entre sí, cuantos poderes soberanos existan⁵⁹.

A la segunda fase del pluralismo jurídico, Bobbio la denomina institucional, y la distingue de la primera a la que llama estatal o nacional. En esta fase, el pluralismo tiene un contenido significativo en cuanto implica no que existan muchos ordenamientos jurídicos en contraposición a un único Derecho universal, sino que hay ordenamientos de muchos tipos diferentes. Esta fase la llama institucional –siguiendo el criterio de Santi Romano- porque su tesis principal es que hay

⁵⁸ A. Sánchez-Castañeda. Op Cit. Pág. 26 y 27

⁵⁹ Norberto Bobbio: “*Teoría General del Derecho*”. Temis. Bogotá, 2002. Pág. 244

ordenamiento jurídico dondequiera que haya una institución, o sea un grupo social organizado. La consecuencia de esta teoría es una fragmentación ulterior de la idea universal del Derecho, y un enriquecimiento del problema, cada vez más complejo u rico en perspectivas, de las relaciones entre los ordenamientos. En ese entendido, Bobbio señala que, partiendo de la teoría pluralista institucional, el problema de las relaciones entre ordenamientos no comprende ya solamente el problema de las relaciones entre los ordenamientos estatales, sino también el de las relaciones entre ordenamientos estatales y los ordenamientos diferentes a los estatales.

De lo precedentemente sintetizado, se infiere que cuando los modernos construían el discurso jurídico partían de la idea que el orden jurídico estatal debería ser el fin último del hombre, el dios terrenal. Esta concepción monista del Derecho es el producto histórico de la formación de los Estados nacionales que nacen de la disolución de las sociedades medievales, que fueron pluralistas en sus orígenes, como ya se señaló. El Estado moderno nació de la eliminación y absorción de esa pluralidad de sistemas jurídicos; se trató de un proceso de monopolización de la producción jurídica, siendo ésta la razón por la que se tiende a identificar el Derecho exclusivamente con el Derecho estatal o el Derecho "oficial"⁶⁰. Es, entonces, una consecuencia lógico-histórica del proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que caracterizó el nacimiento del Estado nacional moderno.

En cambio, la idea del pluralismo jurídico puede considerar la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo tiempo y en el mismo espacio, es decir, en un mismo ámbito temporal y espacial de validez, que disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un determinado territorio correspondiera un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico correspondiera un territorio, en forma exclusiva y excluyente.

A la inversa, la visión pluralista del Derecho permite la admisión de la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente. En general, pueden ser sistemas jurídicos supra estatales, como el orden jurídico internacional; órdenes jurídicos supranacionales, como el orden jurídico de la Unión Europea; órdenes jurídicos infraestatales, como los órdenes corporativos; órdenes transnacionales o desterritorializados, como el orden jurídico eclesiástico; u órdenes jurídicos pre estatales, es decir que existieron con anterioridad a la formación misma del

⁶⁰ A. Sánchez Castañeda. Op Cit. Pág.31

Estado y que hasta ahora perviven, no obstante los intentos de subsumirlos en el Derecho oficial, siendo éstos últimos los que interesan para el objeto de estudio de la presente investigación.

1.10. SALLY ENGLE MERRY

Según S. Engle Merry, se define generalmente al pluralismo jurídico como “...una situación con la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social”. Engle Merry remite también a Pospisil quién como vimos, en un trabajo concentrado en los niveles jurídicos en contextos plurales, afirma que: “... cada subgrupo que funciona (...) en una sociedad tiene sistemas jurídicos propios que son necesariamente diferentes en algunos aspectos de aquellos de otros subgrupos”.

Por subgrupos, dice S.Engle Merry, se entiende unidades como la familia, el linaje, la comunidad y la confederación política, que son parte integral de una sociedad homogénea, ordenada jerárquicamente y esencialmente pareja en sus normas y procedimientos.

Amplía la autora norteamericana su conceptualización diciendo que “los recientes trabajos académicos definen al "sistema jurídico" de manera amplia con el propósito de que incluya el sistema de jueces y tribunales amparado por el Estado junto con las formas *no jurídicas* de ordenación normativa”. Lo que significa –no duda ella-que también esos trabajos, tratan acerca del pluralismo jurídico.

Y continúa: “...algunas de estas últimas (se refiere a las citadas formas no jurídicas de ordenación normativa) son parte de instituciones como fábricas, sociedades mercantiles y universidades, e incluyen códigos escritos, tribunales y fuerzas de seguridad en los que en ocasiones se replican la estructura y la forma simbólica del derecho estatal”.

Así, dichos “otros órdenes normativos” son sistemas informales en los cuales los procesos de instauración de normas, de aseguramiento de su cumplimiento y de castigo de los infractores parecen naturales y se dan por sentado, como ocurre en las familias, los grupos de trabajo y las colectividades Por consiguiente, concluye, Engle Merry, “....se puede decir que todas las sociedades son jurídicamente plurales”.⁶¹

⁶¹ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 89

Pero a la vez, advierte que un enfoque de tan amplio alcance, corre el riesgo de definir el sistema jurídico tan extensamente que acabaría incluyendo en él todas las formas de control social. Lo que sin duda, anularía todo esfuerzo por conceptualizar y analizar al pluralismo jurídico. Trataremos nuevamente y con más detalle a esta autora, en la parte tercera del este capítulo, en el que se incluyen las variadas perspectivas del pluralismo jurídico en una propuesta de clasificación, posterior a la conceptualización.

1.11. JEAN CARBONIER

Por su parte, Jean Carbonnier, habla en lugar de pluralismo jurídico, de “fenómenos de pluralismo jurídico”, que pueden evidenciarse como formas distintas de aplicación del Derecho de parte de distintos actores. Dichos fenómenos de pluralismo jurídico, desde la perspectiva del Estado, son manifestaciones de *No-Derecho*, es decir de espacios (territoriales o temáticos) a los que el Derecho no llega, dada la imposibilidad de que el Estado cubra todas las manifestaciones de la actividad humana en las sociedades.

Los fenómenos de pluralismo jurídico pueden ser colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos. El pluralismo jurídico se podría encontrar más allá de los hechos si, en lugar de confrontar reglas, se encontraran diferentes maneras de aplicar una regla. De tal forma que la existencia de muchos jueces en el seno de un sistema jurídico puede engendrar fenómenos de pluralismo jurídico. Este autor puntualizó que el Derecho no cubre completamente el espacio humano, sino que ciertamente existen vacíos de Derecho en las sociedades. Al lado del Derecho existe un *No-Derecho*, que consiste en la ausencia de Derecho en cierto número de relaciones humanas donde el Derecho tendría vocación teórica de existir. El *no-Derecho* no es un vacío absoluto de Derecho, sino una baja más o menos considerable de la presión jurídica. Lo esencial de la hipótesis del “no-Derecho” es el movimiento del derecho al “no-Derecho”, el abandono, por el Derecho, de un espacio que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocuparlo. El “no-Derecho” es el retiro o el repliegue del Derecho. Los fenómenos del “no-Derecho” son los mecanismos por los cuales el Derecho se retira, de manera que se puede reconocer un “no-Derecho” por autolimitación del Derecho, un “no-derecho” por autoneutralización del Derecho,

y un “no-Derecho” por resistencia del hecho al Derecho.⁶² Fenómenos todos ellos, que dan lugar a distintas configuraciones de “fenómenos de pluralismo jurídico”.

J. Carbonnier no desconocía la importante influencia de los distintos sistemas normativos sobre el Derecho (y, recíprocamente, del Derecho sobre la moral o aun sobre la religión), pero ponía de manifiesto la independencia que posee cada uno de esos sistemas, relativizando así el lugar que ocupa el Derecho en la vida social y oponiéndose a que este invadiera espacios reservados a la moral o a las costumbres. Con elegante distancia, sostenía que “el Derecho es más reducido que el conjunto de las relaciones entre los hombres” y que su función es simplemente buscar “algunas soluciones más bien pacificadoras que justas que hagan tolerable la vida en sociedad”.⁶³

Igualmente, J. Carbonnier ha sostenido que, más allá de las manifestaciones de facto, traducidas luego en los citados “fenómenos de pluralismo jurídico”; hay fenómenos de pluralismo jurídico allá donde no haya oposición de reglas (o vacío de ellas) sino que haya oposición en la forma de aplicar una sola regla. Tesis esta, que coincide con la de André-Jean Arnaud, para quien el pluralismo jurídico no opera por la oposición entre reglas sino por la oposición entre las diversas formas de aplicar una regla. De modo que, según estos dos autores, el pluralismo jurídico estaría asentado especialmente en la jurisprudencia.

Por otro lado, Sánchez-Castañeda, se refiere a la idea de *pluralismo jurídico cultural*, por la que el discurso jurídico es el reflejo de una determinada cultura, siendo el Derecho un producto particular de esa cultura. Así por ejemplo, el Derecho occidental sería una producción discursiva propia de la cultura occidental, que aunque sea dominante y hegemónico, es solamente uno de los posibles discursos jurídicos imaginables.

En base a las posturas descritas, continúa Sánchez-Castañeda, puede clasificarse la noción de pluralismo jurídico en dos corrientes: una estatista y otra espontaneista. La orientación estatista considera que existen espacios extra-estatales de Derecho que se explican por la concesión tácita o expresa del Estado (debido a que el Estado o bien no se interesa por regular dichos espacios o

⁶² A. Sánchez-Castañeda. Op. Cit. Pág. 27

⁶³ Mauricio Tapia Rodríguez y José Miguel Valdivia: “Homenaje a Jean Carbonnier”. En “*Revista Chilena de Derecho Privado*”. Versión on-line: www.scielo.cl (24 de enero de 2012)

bien abandona su regulación, por considerarla innecesaria o irrelevante). Son espacios en los que se producen los denominados “fenómenos de pluralismo jurídico” por J. Carbonnier.

Por otra parte, la corriente espontaneísta, sostiene que el Derecho puede crearse fuera del Estado (o fuera del espacio creado y dominado por el Estado). Se trata de la creación de reglas que serían igual de efectivas que las de una sociedad dada dentro de determinado Estado, que podrían ser independientes del Derecho Estatal y que podrían además, en determinadas condiciones (de orden, organización e institucionalidad), llegar a constituir sistemas jurídicos dentro (o al margen de) el ordenamiento jurídico estatal. A ese rumbo se orientan, por ejemplo, las reflexiones de S. Romano, cuando desarrolla las relaciones de coordinación, de subordinación, de exclusión total o parcial, de inclusión total o parcial, de complementariedad, de relevancia o de irrelevancia jurídica, entre tales sistemas jurídicos.

1.12. GREGORIO ROBLES – LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Gregorio Robles, profesor español contemporáneo, plantea que el carácter inherentemente *comunicacional* del Derecho que, según sostiene, es plenamente con algunas versiones del pluralismo jurídico. No precisamente con la –que él denomina sociologista, como la de E. Ehrlich, la de S.F. Moore, la de S. Romano o la de Gunther Teubner, que él mismo describe brevemente– sino con una que resulta menos esencialista u ontológica. En su concepción, el problema que estas interpretaciones del pluralismo jurídico (al asimilar e identificar las nociones de *ordenamiento normativo o de regulación social* con la de *ordenamiento jurídico*, asimilación que les resulta inevitable puesto que es sus opiniones el todo social –de cada unidad o grupo– está identificado con el Derecho) no resuelven la cuestión crucial de determinar plausiblemente la noción de *ordenamiento jurídico*.

En ese cometido y una vez criticadas y descartadas las interpretaciones anteriormente mencionadas en los términos que siguen, Robles muestra las líneas generales de su propia postura:

“...Haciendo pie en el pensamiento de Ehrlich, en estos últimos tiempos ha desarrollado Gunter Teubner un planteamiento sociologista que pretende explicar los fenómenos característicos del llamado “Derecho Global” especialmente el concerniente a la *lex mercatoria*. Según Teubner si bien la teoría de Eugen Ehrlich demostró ser errónea para el derecho nacional de Austria, el cree

que se demostrará que es correcta tanto desde el punto de vista empírico como normativo, para el derecho Global de aparición reciente. Este derecho global es el característico de la sociedad mundial a la que Teubner llama "Bucovina global" y cuya nota principal es que se manifiesta en múltiples fenómenos de pluralismo jurídico. Todo desemboca, exactamente igual que en el esquema ehrlichiano, en la idea de que el Derecho del Estado se ve superado por nuevos fenómenos y que en lugar de un marco de jerarquía de normas emerge con fuerza en la sociedad mundializada un marco de "heterarquía", esto es, de plurales fuentes sociales del Derecho e incluso de "gobiernos privados".⁶⁴ Y la crítica viene en las palabras que siguen: "...El problema que plantea este pluralismo sociológico es del de sus límites. Si se parte del concepto de Grupo social, como parece que es el caso de Gierke y sobre todo de Ehrlich, y a todo grupo se le adscribe un ordenamiento, entonces habrá que aceptar que existen tantos ordenamientos jurídicos como grupos sociales. Tesis exagerada si se tiene en cuenta el hecho de la infinidad de grupos que existen en todas las sociedades. Si el orden interno de un grupo sea cual sea este, manifiesta ya la existencia de un ordenamiento jurídico, parece evidente que lo jurídico y lo social se identifican. Esta tesis, en definitiva, conduce al absurdo, pues con ella en la mano es prácticamente imposible delimitar los ordenamientos jurídicos de otros tipos de órdenes como pueden ser la costumbre o la moral social.

No menos desacertadas parecen las tesis de la llamada "Bucovina global" pues si se acepta que en efecto hay *un* derecho global ¿cómo es posible que la explicación adecuada del mismo, como sostiene Teubner, venga de la mano del pluralismo jurídico? Si hay, como afirma este autor, diversos procesos de globalización⁶⁵ en la sociedad civil, cada uno de los cuales da lugar, por su propia naturaleza, a un derecho global, habría que aceptar que, más que un derecho global, estamos ante una pluralidad de derechos globales en materias determinadas; habría que aceptar entonces la existencia de 'derechos globales' al margen de los ordenamientos jurídicos tradicionales, como son el derecho de los Estados y el derecho internacional".⁶⁶

Ya en la cuestión que nos ocupa, dice: "...Si hacemos caso a los sociólogos del tipo de Ehrlich o de Romano, nos encontramos con que la respuesta (se refiere Robles a la respuesta a la cuestión

⁶⁴ G. Robles. *"Pluralismo Jurídico y Relaciones Interstistémicas. Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho"*. Civitas. Navarra. 2007. Pág. 21

⁶⁵ Para G. Teubner se pueden identificar siete procesos distintos que conformarían el Derecho Global: 1) La Lex Mercatoria, 2) Los regímenes jurídicos internos de las empresas multinacionales, 3) El derecho laboral en que las empresas y los sindicatos actúan como creadores de derecho, 4) La estandarización técnica y la auto-regulación profesional, 5) Los derechos humanos, 6) La ecología y 7) Los deportes con entes reguladores mundiales como la FIA, FIFA, etc. Cfr. G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Ashgate, Burlington, 2004.

⁶⁶ G. Robles. Op. Cit. Pág. 25

de la noción de ordenamiento jurídico que dan los pluralismos jurídicos sociologistas) no puede ser otra que ésta: ordenamiento jurídico es el orden normativo de todo grupo social. Como hay una infinidad de grupos, resulta que también hay una infinidad de órdenes jurídicos. Una familia, un grupo de amigos, o en el pensamiento de Romano incluso, como las organizaciones delictivas como la mafia, forman grupos humanos, y por tanto son portadores de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Los sociologistas, en definitiva, tienden a identificar el concepto de *orden social* con el de ordenamiento jurídico, diluyen el concepto de derecho en el de sociedad. Los juristas, por lo general, no pensamos así. Por el contrario, delimitamos con bastante claridad la sociedad del derecho y sabemos que no todo lo social es equiparable a lo jurídico. Esta labor de distinción no es que provenga de la *naturaleza de las cosas*, sino que constituye una delimitación pragmática muy inteligente y que toma cuerpo en el lenguaje de los juristas.”⁶⁷

A propósito de “lenguaje de los juristas, Robles señala los cuatro pilares de su teoría:

La Teoría comunicacional del derecho se autodenomina y se define a sí misma de cuatro maneras, cada una de las cuales acentúa un aspecto relevante de su método:

- como análisis del lenguaje de los juristas.
- como teoría de los textos jurídicos.
- como teoría hermenéutico-analítica del derecho.
- como teoría comunicacional del derecho.

La primera autodefinition apunta a la idea de constituir la Teoría comunicacional una reflexión general sobre el derecho que adopta como punto de partida el lenguaje de una clase profesional: los juristas. Este término, "juristas", hay que entenderlo en su significado más amplio posible, que comprenda tanto a los productores de normas generales (poder constituyente, legislativo, ejecutivo, etc.) como de normas particulares (tribunales y jueces, creadores de la llamada jurisprudencia cautelar, órganos administrativos, etc.), así como a los partícipes en los procesos de decisión jurídica (abogados, fiscales, asesores, etc.), y también a los-juristas ‘teóricos’ (tratadistas o dogmáticos, teóricos e historiadores del derecho, etc.). Todos estos ‘agentes’ conforman una comunidad profesional en el sentido lato de esta palabra. Como toda comunidad de este género, también la de los juristas tiene su propio lenguaje, lo cual sirve en ocasiones para

° G. Robles. Op. Cit. Pág. 27

solucionar problemas que se muestran "insolubles" desde perspectivas aparentemente más solemnes (como pueden ser las que buscan definir la "esencia" de las cosas). Uno de estos problemas "insolubles" viene dado por la siguiente pregunta: ¿a qué llamamos ordenamiento jurídico?" (...) la teoría comunicacional del derecho a la hora de contestar a la pregunta, renuncia a las posiciones esencialistas y ontologistas y responde con humildad ontológica: Llamamos ordenamiento jurídico a aquellas realidades a las que así llaman los juristas. Se podrá objetar que entre éstos hay diferentes opiniones (...) pero a esta objeción se puede responder que, a pesar de las diferentes opiniones, el lenguaje de los juristas, el uso que éstos hacen en la generalidad de los casos la expresión "ordenamiento jurídico", es bastante más limitado que el que proponen los sociologistas. Incluso esto es aplicable al propio Romano el cual (...) a la hora del análisis concreto se remite siempre a ordenamientos jurídicos que son tenidos por tales por la generalidad de los juristas (...) Y algo similar sucede con Ehrlich, aunque en menor medida puesto que su intención es fundamentar la sociología del derecho. Todo ello nos lleva a pensar que la hipótesis de la infinidad de ordenamientos jurídicos se maneja por los sociologistas como algo meramente teórico pero no como una realidad. La Teoría comunicacional del derecho se propone ser una concepción 'realista' del derecho, y por esta razón adopta el punto de partida del análisis el lenguaje de los juristas, y no una idea preconcebida."⁶⁸

Hecha la declaración conceptual que se ha citado, G. Robles expone, muy breve y sencillamente, cuando trata acerca del primero de los cuatro pilares anotados (únicamente nos interesa éste pilar, pues los otros tres apuntan a otras cuestiones más generales) su postura frente al pluralismo jurídico:

“También se afirma, desde la perspectiva de la Teoría comunicacional, la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos en la realidad. Frente a las concepciones monistas, que subrayan que en el mundo sólo existe un solo ordenamiento jurídico que despliega sus efectos de diversas formas (...) el uso del lenguaje por parte de los juristas nos lleva a la conclusión contraria. Tanto la generalidad de los juristas teóricos como de los prácticos parten, consciente o inconscientemente, de la idea de que en el mundo humano no hay un solo ordenamiento, sino múltiples. En éste sentido, la teoría comunicacional es firme partidaria del pluralismo jurídico. (...) Conviene observar que la expresión 'pluralismo jurídico' se emplea con significados muy diversos, mientras que en

⁶⁸ G. Robles. Op Cit., Pág. 26

nuestro estudio tan sólo la empleamos en uno (...) Frente a estos usos del término "pluralismo jurídico" nosotros nos quedamos con el uso generalizado en el lenguaje de los juristas tanto teóricos como prácticos, lo cual no quiere decir en modo alguno que no aceptemos la posibilidad de una teoría que maneje aquel concepto con un campo semántico más amplio. Sucederá entonces que tendrán que justificar por qué razón una cuestión, que en el fondo es meramente convencional, se aparta del uso común del lenguaje jurídico. Un determinado autor puede llamar 'ordenamiento jurídico' a las normas de trato social que estén vigentes en los más diversos grupos sociales, pero entonces se encontrará que este modo de ver las cosas choca frontalmente con el propio del lenguaje de los juristas. Por el contrario, si se sigue lo que es habitual y dominante en dicho lenguaje, entonces se zanja la cuestión convencional por medio de una realidad objetiva, por mucho que se pueda objetar que se cae así en un nominalismo que, por otra parte, tampoco es eludible de la otra manera."⁶⁹

En síntesis, lo destacable de G. Robles, más que algún aporte a la conceptualización de pluralismo jurídico, es sobre todo la crítica que hace a los que denomina los pluralistas sociologistas (críticas que se consideran válidas), que sirve para los propósitos de esta investigación puesto que, por defecto, colabora en el delineamiento de la noción de pluralismo jurídico.

Pues bien, a propósito de conceptualizaciones por defecto y su utilidad, corresponde analizar ahora, para concluir esta segunda parte del capítulo, una crítica mucho más fuerte y profunda que la de G. Robles, la que efectúa el jurista norteamericano Brian Z. Tamanaha (también contemporáneo), como veremos en lo que sigue.

2. BRIAN TAMANAHA – LA CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL PLURALISMO JURÍDICO

Brian Tamanaha⁷⁰, un jurista norteamericano, en un artículo titulado "La Insensatez del Concepto *Científico Social* del Pluralismo Jurídico" muestra la cara opuesta a todos los demás autores antes citados y cuyas teorías se han descrito en páginas precedentes. Opuesta porque es el autor que critica ácidamente el cuerpo mismo que constituye la síntesis de los avances teóricos que hasta

⁶⁹ G. Robles. Op Cit. Pág. 2

⁷⁰ El Profesor Brian Z. Tamanaha es un académico de renombre en los Estados Unidos de Norteamérica, es considerado ahora un representante serio de la corriente Realista del Derecho y de la Sociología Jurídica. Actualmente ejerce como profesor de "Jurisprudencia" y de "Derecho y Sociedad" en la Universidad "Washington University Of St. Louis". Después de varias experiencias prácticas en el ejercicio como abogado, obtuvo el Doctorado en Ciencias Jurídicas, con enfoque en la Teoría del Derecho en la Escuela de Derecho de Harvard.

el presente se han logrado para consolidar el concepto del pluralismo jurídico. B. Tamanaha inicia su artículo en los términos contundentes que se describen ahora:

“No obstante el origen relativamente reciente del concepto de pluralismo jurídico (...) las características de esa doctrina parecerían indicar que está cerca de alcanzar una sólida y bien lograda madurez. (...) En concordancia con este indicio, el pluralismo jurídico es uno de los conceptos dominantes en el campo de la antropología del derecho. Aún más, se afirma que ‘el pluralismo jurídico puede verse como el concepto esencial en una visión posmoderna del derecho’ (...) Examinaré críticamente esta doctrina que ha tenido un éxito tan temprano. Hasta ahora, el análisis detallado del concepto de pluralismo jurídico ha sido escaso y se ha limitado a unos pocos artículos escritos por un pequeño círculo de académicos. Sin embargo, mediante la práctica académica de la repetición de citas recíproca, un copioso cuerpo de trabajos sobre pluralismo jurídico trata el concepto como si estuviera bien establecido, como si sus principales premisas estuvieran bien desarrolladas y la idea se pudiera dar ya por sentada. Argumentaré que no es así.”

71

La tesis de Tamanaha se sintetiza en dos afirmaciones: “...que el concepto de pluralismo jurídico se ha construido sobre fundamentos analíticos inestables que en última instancia lo llevan a su desmoronamiento.”⁷² Ello debido, según el autor, a la incapacidad de los pluralistas jurídicos para establecer una definición común de Derecho y debido además a que “...no puede tener éxito ningún intento por formular una definición científica única o transcultural del derecho”.⁷³

En efecto, Tamanaha se propone dilucidar cómo se originó el concepto y por qué a pesar de sus defectos ha tenido tanto éxito y ofrece una explicación del desarrollo histórico del pluralismo jurídico. En conclusión, el autor norteamericano defiende la idea de que los pluralistas jurídicos han introducido una ambigüedad esencial en su idea de Derecho y que el concepto de pluralismo jurídico, en muchos de sus aspectos, va en contravía de los intereses y preocupaciones expresadas

⁷¹ B. Tamanaha. “*La Insensatez del Concepto ‘Científico Social’ del Pluralismo Jurídico*”, en D. Bonilla Maldonado (Dir.) “*Pluralismo Jurídico*”. Siglo del Hombre. Bogotá. Pág. 222

⁷² B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 223

⁷³ Ibidem.

por los pluralistas jurídicos. En fin, en su opinión “El concepto debe reconstruirse por completo o abandonarse”.⁷⁴

En principio y según Tamanaha, hay un defecto originario en la conceptualización del pluralismo jurídico. Se trata de que las teorías hasta ahora desarrolladas, no han sido capaces de desligarse de la inclinación a la concepción de que lo jurídico no está necesariamente vinculado a lo estatal. Tendencia que de acuerdo a Tamanaha debilita la idea misma de pluralismo jurídico porque, al provocar que no se delimite con precisión lo jurídico de lo no-jurídico (en el sentido de jurídico-estatal) se corre el riesgo de identificar ambas nociones (lo jurídico y lo no-jurídico) con un concepto mucho más amplio: el de ordenamiento normativo: concepto que –como sabemos- puede llegar a incluir otras esferas de regulación (como la moral, la social, la de la etiqueta, la de la moda, etc.); con lo que, al hablar de pluralismo jurídico se estaría integrando todo aquello –normativo- que se considera sólidamente como no-jurídico.

El riesgo en el fondo, es incurrir en un grado de imprecisión tal, que el Derecho, al estar en todas partes (por así decirlo) no está en ninguna de ellas; se torna indistinguible de otros fenómenos sociales, lo que no nada aporta al análisis del fenómeno. Para Tamanaha esta es una crítica antigua, que los defensores del pluralismo jurídico no han sabido enfrentar y resolver y que sencillamente han pasado por alto. En sus términos, el autor que nos ocupa dice:

“En un estudio general muy completo, Sally Engle Merry⁷⁵ define que el pluralismo jurídico como ‘una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social’. Esta definición indiscutible es sólo un punto de partida en el artículo de Mery. La primera señal de que existe un problema analítico aparece apenas tres frases después, cuando Merry desarrolla más la idea: ‘Los recientes trabajos académicos describen "sistema jurídico" de manera amplia con el propósito de incluir el sistema de jueces y tribunales mantenido por el Estado junto con las formas no jurídicas de ordenación normativa’.

La aparente contradicción en la enunciación de Merry -lo legal incluye lo no legal- no es producto del descuido intelectual. Se veía obligada a introducirla como consecuencia del presupuesto fundamental del pluralismo jurídico. Este presupuesto (...) sostiene que ‘no todos los fenómenos

⁷⁴ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 224

⁷⁵ Se refiere B. Tamanaha al trabajo de Sally Engle Merry titulado "*Legal Pluralism*" publicado en "*Law and Society Review*". 1988. Pág. 869

relacionados con el derecho y no todo lo que funciona como si fuera derecho tiene su origen en la administración estatal` .

Los pluralistas jurídicos –continúa B. Tamanaha- insisten en que el Estado no tiene el monopolio del derecho. Este es el credo central del pluralismo jurídico: existen todo tipo de ordenamientos normativos no ligados al Estado y que, sin embargo, son derecho. Estos ordenamientos *jurídicos* no estatales incluirían, entre otras manifestaciones posibles, los círculos al interior del sistema jurídico estatal en los que todavía ejercen el control social las normas e instituciones nativas, el poder de creación y cumplimiento de las normas que tienen instituciones sociales como empresas y universidades, o el orden normativo que se establece en grupos sociales pequeños como las asociaciones comunitarias, las ligas menores de béisbol y otras organizaciones similares, e incluso la familia.

Y concluye Tamanaha su crítica afirmando: Como debería ser apenas obvio, una visión tan generosa de qué es derecho conduce, con cierto facilismo, a sacar la conclusión de que todas las expresiones de control social son derecho. Con ello, el término *derecho*, al hacerse sinónimo de orden normativo, no sólo pierde cualquier significado propio, sino que otras formas de orden normativo, como la moral o las reglas políticas, las costumbres, los hábitos, las normas de etiqueta e incluso los modales en la mesa se podrían considerar derecho. La seriedad de este problema es patente (...):

¿Por qué es tan difícil encontrar una palabra para el derecho no estatal? Sin duda, es difícil definir y circunscribir estas formas de ordenación. ¿Dónde se termina de hablar de derecho y se está simplemente describiendo la vida social? ¿Es útil llamar a todas estas formas de ordenación social derecho? Al escribir acerca del pluralismo, me parece que una vez que ha sido derrotado el centralismo jurídico, llamar derecho a todas las formas de ordenación que no son derecho estatal hace confuso el análisis.

Desde sus comienzos mismos, por consiguiente, los pluralistas jurídicos se ven atrapados en su propia insistencia de que lo jurídico incluye lo no jurídico (...) La única solución aparente para el problema es construir una definición de derecho que sea independiente del Estado y que, no obstante, sea capaz de diferenciar el derecho de otras formas de orden normativo. Ninguno de esos intentos (...) ha tenido éxito a la hora de crear consenso en la disciplina y convertirse en el concepto preferido por todos. Es por ello que al final los pluralistas jurídicos lo único que hacen es

afirmar que lo jurídico incluye lo no jurídico, sin ofrecer ni antes ni después un criterio seguro a partir del cual sea posible identificar aquello distintivamente jurídico –ahora en el sentido más amplio del pluralismo jurídico- de lo que verdaderamente es no jurídico -de aquellos órdenes normativos que incluso los pluralistas jurídicos no desearían llamar derecho-.

Los seguidores del pluralismo jurídico no se resisten a reconocer la existencia de este problema, pero siguen hacia adelante impertérritos, confiados en la idea intuitivamente atractiva de que, aun sin criterio para distinguir lo jurídico de lo no jurídico, el derecho se reconoce cuando se ve. (...) Nada de lo que he dicho hasta ahora es nuevo para los pluralistas jurídicos: mi exposición es poco más que un recordatorio irritante de un defecto con el que han aprendido a vivir. La fe de los pluralistas está puesta en que el concepto de pluralismo jurídico funciona a pesar de este defecto”.⁷⁶

En base a la identificación de esa crítica inicial, Tamanaha presenta los que serían los objetivos de quienes, él denomina, los “pluralistas jurídicos”, siendo tales objetivos, los tres que se enuncian: 1) El combate al centralismo jurídico (objetivo instrumental del combate, de fondo, contra el positivismo jurídico), 2) El combate al etnocentrismo occidental y 3) La construcción del pluralismo jurídico como ciencia.

Sostiene críticamente B. Tamanaha, en relación al primer objetivo, que existe demasiado énfasis deliberado en las exposiciones de los pluralistas jurídicos en su cometido de denostar la concepción convencional y común de Derecho (porque está ligada al Estado). Un afán –para él- vacío pues, tal como va desarrollando en su artículo ninguno de los autores pluralistas jurídicos que cita, ha podido demostrar que el derecho no está vinculado, al menos intuitivamente al Estado (pues con conceptos estrechamente ligados y concomitantes a la separación del Estado y la sociedad, que a su vez es producto de la división entre esfera privada y esfera pública).

En lo que concierne a la lucha contra el etnocentrismo occidental, Tamanaha dice que es un objetivo que libremente puede emprenderse, no siendo una discusión desdeñable, pero sostiene que el arma correcta no es usar el pluralismo jurídico, que no hace falta éste para enfrentar ni descalificar al etnocentrismo.

⁷⁶ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 226

En el fondo, la verdad sea dicha, la impresión que da Tamanaha es que su crítica realmente está más dirigida a los pluralistas jurídicos y a su forma de proceder tan agresiva contra el positivismo, el centralismo y asumir que ellos son los que tienen la verdad de su lado; que contra la construcción de una teoría plausible acerca del pluralismo jurídico.

Al desmontar la acometida contra el binomio Derecho/Estado, continúa diciendo:

“...Sin embargo, si uno cierra los oídos a la alharaca, puede seguir escuchando su idea básica: la concepción dominante -en el orden de las definiciones- del derecho que lo considera un producto del Estado. Desde el punto de vista de la antropología, este vínculo del derecho con el Estado es problemático. Implica que las sociedades sin Estado no tienen derecho. Puesto que en los últimos siglos Occidente ha visto el derecho como la característica propia de las sociedades civilizadas, la consecuencia etnocéntrica que se sigue de este vínculo es que las sociedades pre-estatales eran incivilizadas. Por lo tanto, el segundo objetivo del pluralismo jurídico (...) que era una preocupación más trascendental en la generación anterior de antropólogos del derecho, es combatir este etnocentrismo.”⁷⁷

Y sigue, proponiendo por mor de la argumentación, su propia versión de lo que deberían sostener los pluralistas jurídicos, estableciendo una suerte de agenda de trabajo sin componentes ideológicos, y construida a partir de las investigaciones y autores a los que se refiere. Así: “...A pesar de, la impresión arrolladora que suscitan sus palabras, tal vez los pluralistas jurídicos tengan una pretensión bastante menos grandilocuente. Su argumento podría tener la siguiente estructura: (i) hay un fenómeno concreto, una forma de orden normativo o control social que se puede identificar transculturalmente y a través de todo tipo de grupos; (ii) este fenómeno es "derecho"; (iii) hay una pluralidad de grupos sociales en todo lugar, y cada uno alberga y reivindica sus propias expectativas normativas (que ahora son denominadas jurídicas); (iv) por consiguiente, el pluralismo jurídico es un hecho.

Si éste es el argumento de los pluralistas jurídicos, su discurso sobre la ciencia no añade nada de impulso legitimador que acompaña al recurso de obtener el sello de la ciencia. La ciencia no suma peso en ninguno de los platillos de la balanza donde se sopesa la cuestión crítica que está en discusión, porque la ciencia no tiene la autoridad última acerca de qué es o qué no es "derecho".

⁷⁷ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 236

Aun concediendo que el ordenamiento normativo o el control social sean características universales de los grupos sociales, la pregunta que persiste es: ¿por qué debemos dar el paso adicional (ii), que ya hemos descrito, y etiquetar estos fenómenos como "derecho"? ¿Por qué pluralismo "jurídico", en vez de pluralismo "normativo" o pluralismo del "sistema de reglas"? A pesar de ello, los pluralistas jurídicos terminan haciendo referencia al pluralismo jurídico como un estado de pluralidad de ordenamientos normativos equivalente a alguna variante de control social. Pero -y qué otra cosa podrían decir- un ordenamiento normativo es un ordenamiento normativo; el control social es control social. Ambos términos han sido ampliamente usados como conceptos sociológicos, y lo normal es que ninguno se vea como una prolongación del derecho. Sin embargo, al menos unos cuantos pluralistas jurídicos insisten en que "todo control social es más o menos 'jurídico' " (Griffiths 1986:39).

Esta posición interfiere con el uso habitual que se hace de estos términos tan familiares. El derecho, según el entendimiento ordinario, es algo muy distinto de las nociones de ordenamiento normativo o control social. Qué sea ese algo depende de la manera como se defina el derecho.⁷⁸

A continuación, Tamanaha pone a consideración un listado de definiciones acerca del Derecho, para concluir que ninguna de ellas llega a ser transcultural o universalmente científica, porque ello es imposible (dice él) o por lo menos indeseable para los propósitos que nos ocupan; lo que hace es intentar demostrar que, por detrás o implícitamente, todos esos intentos de definición lo que hacen es intentar definir el Derecho desde la perspectiva intuitiva de que está ligado indisolublemente al Estado, pero sin mencionar al Estado. Cosa que, afirma Tamanaha, hacen los propios pluralistas jurídicos respaldado en una cita directa a S.F. Moore quien en su momento dijo: "...La categoría convencional 'derecho' que significa el conjunto de normas por cuyo cumplimiento obligatorio vela el Estado, es una categoría de nuestra propia cultura. Cuando los antropólogos la aplican a sociedades con estructuras diferentes, lo que se busca son fenómenos análogos".⁷⁹

Cierra el argumento Tamanaha señalando que: "Muchos pluralistas jurídicos insisten en que el derecho estatal es irrelevante a la hora de conceptualizar el derecho -al menos uno libre de "toda ideología jurídica"-. Las concepciones científicas y transculturales del derecho desautorizan

⁷⁸ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 240

⁷⁹ S.F. Moore. Op. Cit. Pág. 17

cualquier relación con el Estado: éste no es un hecho social universal, sino un acontecimiento geográfico, temporal y contingente (...) De ahí la afirmación de Woodman: "El derecho [no estatal] puede conceptualizarse con independencia del derecho estatal, y en teoría puede existir sin ninguna relación con el derecho estatal."⁸⁰ Pero, al final, la relación conceptual del derecho con el Estado no puede romperse. El derecho estatal, la noción reinante de derecho, se originó en la separación del Estado de la sociedad, que es concomitante a la división entre las esferas pública y privada. En las definiciones anteriores, la búsqueda del aspecto institucional en la elaboración o el cumplimiento de las normas no es otra cosa que una referencia de contrabando a la estructura jurídico-burocrática del Estado. Por lo tanto, el modelo del derecho estatal proporciona, inevitablemente, la columna vertebral del derecho no estatal. La fuente principal de la infranqueable barrera que dificulta todos nuestros intentos por formular una definición transcultural o científica universal de derecho reside en el propio fin del derecho. Este fin se basa en la fe que proviene de la actitud científica o teórica de que hay algo detrás de la idea culturalmente generada y ligada al Estado de que el derecho es una categoría fundamental que puede identificarse y describirse, o una idea esencialista que puede elaborarse internamente hasta conseguir una versión pura -o descontextualizada-. Por muy incómodo que pueda ser aceptarlo, no hay nada detrás de esa idea generada culturalmente.

Toda disciplina científica es libre de imaginar una definición de derecho adecuada para sus propios objetivos particulares, aunque haya muchas ramas del discurso científico y cada una tenga derecho a hacer lo mismo. Más allá de estos límites, como cuando los seguidores del pluralismo afirman que la definición comúnmente aceptada de derecho es falsa, o que sólo ellos poseen la versión correcta y real del derecho, los pluralistas se exceden en el alcance de su autoridad.

Los pluralistas jurídicos pueden replegarse hacia una posición más modesta y mantener que su versión es una entre tantas, útil para ciertos propósitos, pero no para otros. Con estas correcciones, quedaría muy poco de sus extravagantes pretensiones. Si se adopta el pluralismo jurídico, debe ser por el valor instrumental que tenga. El pluralismo jurídico debe contribuir más a educar que a enturbiar el pensamiento.⁸¹

⁸⁰ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 246

⁸¹ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 246-248

En el fondo y tal como se puede apreciar en las últimas líneas de su exposición crítica, Tamanaha aboga por una utilización menos pretenciosa y menos excesiva del pluralismo jurídico.

En el contexto anotado, Tamanaha plantea lo substancial de su crítica (en cuyo entendimiento hay que considerar también que este autor es partidario de la línea “realista” del derecho, desde la perspectiva de la filosofía jurídica y que por lo tanto, sus opiniones han de tomarse en consideración a que su crítica se hace en dicho marco) desde la perspectiva interna –la de los pluralistas sociologistas del Derecho-; es decir que se efectúa utilizando y reprochando los propios conceptos de ellos. Así, traza su detracción señalando que su crítica interna contra el concepto de pluralismo jurídico, se hace en los propios términos de esa teoría, mostrando que ella confunde más de lo que aclara; la sintetiza en dos objeciones básicas, la primera analítica y la segunda instrumental. En lo analítico afirma que los pluralistas jurídicos han construido su idea de “derecho” introduciendo una ambigüedad fundamental y constitutiva en el concepto mismo. En tanto que, con respecto a las consideraciones instrumentales, cree que las consecuencias del concepto de pluralismo jurídico van en contravía del propio programa y de los intereses declarados de los pluralistas jurídicos. Para establecer ambas objeciones B. Tamanaha vuelve sobre el trabajo de Eugen Ehrlich y Sally Falk Moore.

En efecto, según B. Tamanaha, la mayoría de los pluralistas jurídicos -de manera consistente con Griffiths- identifican el “derecho vivo” de Ehrlich y la autorregulación del “campo social semiautónomo” de Moore como aquello que entienden por “derecho”.

Dice Tamanaha: “Ambas ideas hacen similar énfasis en el ‘ordenamiento interno’ de asociaciones o grupos. (...) Aunque esta identificación del derecho parece razonablemente clara, para los pluralistas jurídicos la búsqueda de “qué es derecho” no podía terminar: el problema que había encontrado Malinowski asoma su fea cara con persistencia y de manera inmediata: La vida social está llena de regulaciones. De hecho, existe una gigantesca red de regulaciones que se superponen y refuerzan recíprocamente. ¿Cómo podemos distinguir el ‘derecho vivo’ de la vida social en general? Consideremos, por ejemplo, las clases de órdenes reguladores que se encuentran involucrados en las citas amorosas, los intercambios de regalos de Navidad, el comportamiento en los ascensores y en las clases. En cada uno de ellos se ven involucradas normas compartidas y expectativas acerca del comportamiento adecuado; las violaciones reciben sanciones que pueden ir de alzar las cejas a evitar a la persona, pasando por agresiones, físicas

o a la reputación del sujeto. Es claro que existe algún tipo de regulación en esas situaciones. A pesar de las continuidades, podría ser útil tener un punto de corte más 'alto' dentro de la graduación para demarcar lo que queremos describir como 'derecho', sea del tipo que sea (...) La graduación que yo visualizo es una donde existe una diferenciación y organización de las normas y las sanciones”⁸²

La diferenciación a la que alude Tamanaha es la introducción de un segundo nivel de control en torno a las normas, sobre la propia aplicación de las normas -en la línea de la identificación de H.L.A. Hart del derecho con la combinación de normas primarias y secundarias-, de modo que, queda claro de acuerdo a éste análisis, que la mayoría de los pluralistas jurídicos que han intentado ocuparse del problema, han llegado a una conclusión similar entre ellos: teniendo en cuenta el grado de diferenciación, la caracterización institucional y el cumplimiento obligatorio de las normas, sitúan lo que es el “Derecho” en un punto de *continuum* y este modelo puede retrotraerse al modelo del derecho estatal. Parecería pues que para los pluralistas jurídicos, el Derecho no es otra cosa que modelos concretos de ordenación social, delimitados mediante el criterio de la institucionalización.

Sin embargo, y aquí ésta es la contribución crítica de Tamanaha; lo que se les escapa a los pluralistas jurídicos es que esta evolución del “derecho vivo” introduce un error paralizante en el núcleo de su concepción del derecho, puesto que, al dar el segundo paso hacia la institucionalización, los pluralistas jurídicos atraviesan la división ontológica que separa la naturaleza de las normas implicadas y las identifican.

Para poder intuir esa difusión, B. Tamanaha plantea una pregunta obvia, la siguiente: ¿cómo se relacionan los modelos concretos de ordenación social -definición- con la identificación y el cumplimiento obligatorio de las normas -criterio delimitador-? Siendo que el primero se refiere a lo que las personas de un grupo social hacen en la realidad, a las prácticas y costumbres que se sienten obligados a seguir en su acción social, en tanto que el segundo se refiere a las estructuras coercitivas de ese grupo social, a las instituciones jurídicas del grupo -en los términos del pluralismo jurídico-. Y nos deja con la interrogante crítica muy interesante que sigue: Puesto que

⁸² B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 248

ambos aspectos son muy diferentes y proceden de formas alternativas de ver el derecho, entonces ¿cuál de los dos es verdaderamente “derecho”?

Si los pluralistas jurídicos responden algo así como que “ambas cosas son derecho, vistas en conjunto”, entonces terminan en una trampa que invierte el empuje esencial de los análisis de Ehrlich y Moore, en una declaración que es el producto del deseo de los pluralistas jurídicos de establecer su “derecho” no estatal como equivalente al derecho estatal o en paralelo o en un continuo con respecto a él. En el que las normas vividas son cualitativamente diferentes de las normas reconocidas y aplicadas por las instituciones jurídicas. No ha de descuidarse que estas últimas requieren “positivizar” las normas, es decir, que las normas se conviertan en normas “jurídicas” cuando sean reconocidas así por los actores jurídicos.

H.L.A. Hart explicó este proceso a través de la combinación de normas primarias y secundarias: Respetando las normas secundarias, los actores jurídicos instituyen ciertas normas como primarias, y en ese proceso le conceden a éstas un estatus "jurídico". Dicho de otra manera, este proceso corta cualquier conexión que las normas puedan tener con aquellas que realmente prevalecen en la vida social. Lo que la institución jurídica - la jurídica estatal o la institución jurídica no estatal- hace con estas normas -cómo se interpretan y son aplicadas- será totalmente independiente de su naturaleza y de su existencia en la vida social; y muchas de estas normas jurídicas positivas nunca habrán tenido relación alguna con las normas vividas. He ahí el problema.

Por eso, B. Tamanaha insiste: “Por la vida que tiene en la organización jurídica del Estado, una norma jurídica estatal es derecho independientemente de si en la práctica sus normas se relacionan con modelos concretos de ordenación social. Pero una norma de ‘derecho’ no estatal, en el sentido de los modelos concretos de ordenación social, deja de ser ‘derecho’ cuando ya no constituye parte de la vida social del grupo. Las normas del ‘derecho’ no estatal pueden tener el mismo contenido de aquellas del derecho estatal, pero sus criterios de existencia son diferentes (...) si una norma de derecho estatal cesa de ser observada por la sociedad, puede continuar siendo una norma válida del derecho estatal, pero ése no es el caso con las normas de derecho no estatal (...) Dicho de un modo más rotundo, son ontológicamente distintas”.⁸³

⁸³ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 251

Entonces y conforme a la crítica que analizamos, los pluralistas jurídicos, además de construir su noción de derecho de una manera internamente conflictiva y desarticulada (al asimilar dos clases muy diferentes de normas –normas vividas y normas de derecho estatal-), vacían el punto esencial que Ehrlich desarrolló tan trabajosamente, es decir la diferencia fundamental entre reglas de conducta y normas para la decisión: Las normas funcionan gracias a la fuerza social que les otorga el reconocimiento por parte de una asociación social, no en virtud de su reconocimiento por los miembros individuales de la asociación. El argumento de Ehrlich no es el típico que afirma que existe una separación entre el derecho en los libros y las reglas de la vida social: lo que dice es que ambos son categóricamente distintos en su naturaleza.

“En su apropiación del derecho vivo de Ehrlich, los pluralistas jurídicos lo vistieron con un traje nuevo que oculta lo que aquel autor había expuesto (...) Cuando Ehrlich formula un concepto de derecho vivo, basado en modelos efectivos de conducta social, su objetivo es contrastarlo con el derecho estatal. Ese contraste representa un golpe crítico e inclemente a la afirmación que muchas veces se hace por cuenta del derecho estatal de que éste hace cumplir o refleja las normas de la comunidad. Los primeros pluralistas jurídicos se habían educado en la tradición antropológica de Malinowski, en la que el “derecho” que se podía observar en las conductas sociales ordenadas se tomaba como equivalente o paralelo al derecho estatal.”⁸⁴

En esa línea era lógico que los pluralistas jurídicos se aproximaran al derecho desde una dirección que subrayaba su equivalencia con el derecho estatal -aplicando un concepto originado en un contexto de derecho no estatal-, e hicieran suya una idea que Ehrlich había construido para enfatizar el contraste y que había desarrollado en un contexto en el que estaba muy presente el derecho estatal.

Allí, la distinción entre reglas de conducta y normas para la decisión era de particular relevancia en los territorios que habían sido antiguas colonias, muchos de los cuales incorporaron normas e instituciones jurídicas pertenecientes a su metrópoli. Aunque cada situación es diferente, las normas de derecho estatal trasplantadas, diferentes siempre de las normas locales vividas, son con frecuencia un tipo de norma virtual cuya existencia ocurre únicamente en el papel hasta que son invocadas para justificar las decisiones y las acciones de la organización jurídica estatal. O, en

⁸⁴ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 253

su caso, cuando esta organización estatal jurídica -que es trasplantada- a menudo ejerce su poder sólo en áreas geográficamente seleccionadas – por ejemplo: ciudades-, en determinados temas – por ejemplo: comercio o delitos- y para propósitos definidos –por ejemplo: desarrollo económico, represión política, la permanencia en el poder, el beneficio económico de ciertas personas o grupos, los gestos simbólicos, la legitimación, etc.-.

“En cuanto a la ordenación social en su conjunto, el sistema jurídico estatal en general es indiferente: o bien porque reconoce su impotencia de un modo tácito, o bien porque las personas que controlan o utilizan la organización jurídica del Estado tienen otras prioridades. En estas situaciones, el sistema jurídico estatal se percibe no tanto como un mecanismo para mantener el orden normativo social, sino más bien como un instrumento de poder dentro de la sociedad, disponible en primer término para las elites, que lo instrumentalizan mediante todo tipo de mecanismos en beneficio de sus propios intereses -y a veces, del interés público-.

Cuando los pluralistas jurídicos se empeñan en ver el derecho estatal como un orden normativo, tienden a ignorar el panorama más amplio. En las regiones postcoloniales, tradicionalmente el terreno de sus intereses especiales, el derecho estatal se comprende mejor si se contrasta con las normas vividas del orden social, y no en su equivalencia”.⁸⁵

Con base en su análisis, B. Tamanaha arriba a algunas conclusiones interesantes, por constructivas y porque pueden favorecer un estudio del pluralismo jurídico que sea algo más racional, y digo racional, pensando en la racionalidad discursiva, que es la que trataremos en los siguientes capítulos de la tesis. Para Tamanaha, es una inevitable tendencia (un impulso intuitivo poderoso, dice él exactamente) dirigida a describir las normas y las instituciones para la resolución de conflictos que se encuentran en las sociedades pre-estatales y en las sociedades postcoloniales, en las cuales el poder del Estado es débil y las instituciones nativas son dominantes, como Derecho o como algo parecido al Derecho; pero también le parece altamente exagerado y contra-intuitivo sostener que las costumbres de la industria del vestido o las relaciones normativas dentro de la familia sean también Derecho. Evidentemente se trata de que si el Derecho está en todas partes, entonces no está en ninguna.

⁸⁵ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 257

No habiendo buenas razones para resistirse a ambas intuiciones, las mismas operan en dos ejes diferentes: como había lo señalado Tamanaha, cuando los pluralistas jurídicos se refieren al "derecho" identifican y oponen dos fenómenos muy diferentes: la identificación y los mecanismos de cumplimiento obligatorio de las normas, y los modelos concretos de ordenación social. Las intuiciones anteriores encajan respectivamente en estos dos fenómenos.

Refiriéndose al primer fenómeno dice: “En las situaciones como las de los ejemplos anteriores, sobre todo cuando el propósito particular de la búsqueda es mostrar paralelos con el derecho estatal, con sus mecanismos de cumplimiento obligatorio de las normas, esas normas e instituciones se pueden y se deben denominar derecho, o algo parecido al derecho. Para estos propósitos, el pluralismo jurídico recuerda que hay una perspectiva comparativa útil entre derecho estatal y no estatal o, en otros términos, una perspectiva comparativa sobre el cumplimiento institucionalizado de las normas en la que el derecho estatal es tan sólo una de sus manifestaciones. En ejemplos escogidos, y con la debida precaución, podría ser revelador extender la comparación a las instituciones de las sociedades occidentales cuya función es el cumplimiento obligatorio de las normas. Esta perspectiva comparativa es una herramienta analítica para orientar el campo de estudio, no unos cimientos inamovibles para la construcción de una ciencia jurídica universal -o posmoderna-, como pretenden los pluralistas jurídicos más radicales”.⁸⁶

Para el segundo de los fenómenos, el de la omnipresencia de órdenes jurídicos, manifiesta: “Sin embargo, en relación con la segunda de las situaciones, no se debería usar el término derecho, porque el orden normativo que describe, los modelos concretos de ordenación social, es más disímil que parecido al derecho estatal. Aunque los pluralistas jurídicos continúan llamando derecho a ese fenómeno, los beneficios de hacerlo no son obvios (...) S.F. Moore no les asignó la etiqueta de derecho a los órdenes normativos vividos que identificó, y ello no significó una pérdida de información o de influencia. Por otra parte, las ideas que los pluralistas jurídicos exponen en sus obras no dependen sólo del uso de la palabra derecho (...) Propongo una sugerencia pragmática. Puesto que darle el nombre de derecho al mundo de los sistemas vividos no sólo no aporta información, sino que genera resistencia y confusión, los pluralistas jurídicos deberían pensar en sustituir la palabra derecho por el concepto ‘sistema de reglas’. Ese cambio descarga de inmediato el peso que lleva consigo la palabra ‘derecho’ en el pluralismo y libera a los

⁸⁶ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 290

pluralistas `de los sistemas de reglas` para definir su concepto de modo que se corresponda con el fenómeno que desean abarcar.”⁸⁷

⁸⁷ B. Tamanaha. Op Cit. Pág. 291

PARTE III

PERSPECTIVAS

1. LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DEL PLURALISMO JURÍDICO. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LAS TENDENCIAS

1.1. PRIMERA PERSPECTIVA

El pluralismo jurídico como *problema del Derecho* y el pluralismo jurídico como *atributo de las sociedades*.

Desde una primera perspectiva y dependiendo del enfoque disciplinar con el que se lo analice, el pluralismo jurídico puede verse en dos perspectivas: 1) como un *hecho* estándar de las sociedades por el que se expresa la diversidad de las mismas y en concreto la variedad de formas u órdenes de Derecho que no forman parte integrante de un sistema jurídico único, en el interior de dichas sociedades (enfoque sociológico). Aquí es una manifestación experimental cuya naturaleza no debería ser fuente de conflicto. De haber conflictos concretos, éstos no deberían afectar a la noción de Derecho que se tenga, pues caben en el *hecho* todas las nociones posibles del mismo. El análisis debería ser meramente descriptivo y no detenerse (al menos en principio) en consideraciones normativas. 2) Como un *problema* estrictamente jurídico que se manifiesta por la superposición de uno o más órdenes jurídicos en determinado espacio y tiempo (enfoque teórico jurídico). El pluralismo jurídico en este caso, es teóricamente problemático, pues está en tensión con la tradicional y dominante concepción del Derecho mismo, lo que da lugar a que en éste enfoque se identifiquen y describan conflictos y se busque la manera de resolverlos asumiendo, eso sí, que el concepto tradicional y dominante de Derecho (el del positivismo jurídico), debe mutar hacia una concepción mucho interdisciplinaria, más flexible y dúctil.

Ésta clasificación, por así llamarla, corresponde a J. Griffiths, quien, distinguió entre la visión del pluralismo que tienen las "ciencias sociales" que lo considera una situación empírica concreta dentro la sociedad (la coexistencia en un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un "sistema" único), y la que denomina la visión "del jurista" del pluralismo jurídico, que lo ve como un problema particular de los sistemas jurídicos duales creados por la superposición de los sistemas jurídicos. Esta situación, emerge, según el citado autor, especialmente en los territorios en los que países europeos impusieron su Derecho sobre los sistemas preexistentes cuando aquéllos establecieron las colonias.

En ese contexto y sentido, un sistema jurídico es pluralista cuando el soberano controla distintas manifestaciones de Derecho que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades o geografías distintas, y cuando todos esos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal.

Esta situación origina una gama de complejos problemas jurídicos, como la necesidad de decidir cuándo el Derecho de un grupo se aplica a una situación particular o un conflicto, a qué grupo específico de individuos pertenece un derecho determinado, cómo puede cambiar una persona el Derecho que se le aplica (en su investigación, por ejemplo, los africanos educados de la época colonial se resentían si se les aplicaba el Derecho africano en vez el Derecho europeo), determinar cuáles serían las reglas de conflicto de leyes aplicables a los problemas que puedan surgir entre personas de grupos diferentes, la determinación de sobre cuáles temas y en qué áreas geográficas debería aceptarse el Derecho de un grupo, etcétera.

Ejemplos del primer caso, son los planteamientos de los antropólogos: Pospisil, Smith y Sally Falk Moore, y los de los juristas: Griffiths, Romano, Sally Engle Merry y Teubner. A pesar de su crítica, también es posible incluir a Tamanaha en este grupo.

Mientras que, son ejemplos del segundo caso, las posturas de Hooker, Gilissen y Vanderlinden. Tal como revisamos en la segunda parte de este capítulo, los tres autores describen el pluralismo jurídico como un problema del Derecho; problema que debe ser solucionado: En algún sentido Bobbio y Robles igualmente entran esta misma categoría pues, circunscriben la cuestión del pluralismo jurídico a su condición de característica únicamente a la esfera del Derecho y no le ven como un atributo de la sociedad.

1.2. SEGUNDA PERSPECTIVA

El pluralismo jurídico clásico y el “nuevo” pluralismo jurídico.

Hay consenso contemporáneamente entre los autores que tratan del pluralismo jurídico en que han existido en la investigación y el tratamiento de la materia, dos diferentes versiones de aquel:

El Pluralismo Jurídico Clásico, que nace de las investigaciones de la antropología jurídica, que tiene como perspectiva (siempre o casi siempre) la de los investigadores científicos occidentales, que abordan las formas de manifestación del Derecho en sociedades coloniales y post-coloniales.

Es un pluralismo jurídico en el que conviven Derechos “nativos” con un Derechos oficial insertado (o impuesto, si se quiere) por el colonizador y abarca todas las interrelaciones conflictivas y de complementariedad en el seno de esa convivencia entre órdenes jurídicos; por una parte.

Por otro lado, el Nuevo Pluralismo Jurídico, que en base a los frutos de las experiencias del pluralismo jurídico clásico, se gesta en las últimas décadas, que ya no tiene como objeto principal de estudio a las sociedades post-coloniales, sino a las propias sociedades occidentales y de primer mundo. Es una especie de vaciamiento teórico (de todo el bagaje teórico del pluralismo clásico) al estudio de las sociedades de primer mundo; con sus aciertos y desaciertos, pues se trata nomas de una adecuación de unas herramientas pensadas originalmente para unas situaciones concretas (las de las sociedades post-coloniales) a unas situaciones distintas (las de las sociedades occidentales, antes colonizadoras). De ahí que surgen críticas internas fuertes (de parte de importantes investigadores como B, Tamanaha) que sostiene como ya vimos, que la propia corriente de investigación del pluralismo jurídico socava las bases mismas del pensamiento de la teoría y plantea la necesidad de una reformulación que sea más sólida o un directo abandono de ella.

El pluralismo jurídico denominado “clásico”, que tiene la característica de que incluye en exclusiva investigaciones cuyo objeto son las sociedades ex-coloniales y el –así llamado- “nuevo” pluralismo jurídico, que emerge de los estudios y descripciones del fenómeno del pluralismo jurídico en todas las sociedades contemporáneas y especialmente en aquellas sin pasado colonial. El primero data de principios del siglo XX y poco antes, en tanto que el segundo es más joven, pues las investigaciones de ese tipo se iniciaron en la década de los setenta del siglo pasado. Entonces, el “pluralismo jurídico clásico”, es el fruto de los análisis de las intersecciones entre los Derechos europeos (o mejor, occidentales) y los Derechos nativos de las colonias; en tanto que el giro hacia la aplicación de los conceptos del pluralismo jurídico clásico en “casa” (dado que los estudios normalmente eran encarados por investigadores occidentales), es decir, en las propias sociedades occidentales, trata de las relaciones entre el Derecho Estatal y otras formas de regulación no estatales, presentes en esas (y en, realidad, en todas) sociedades.

La autora de la terminología de la diferenciación (clásico y nuevo) entre estas dos versiones de pluralismo jurídico, Sally Engle Merry, señala en relación al “nuevo” pluralismo jurídico que: “...Según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encuentran

prácticamente en todas las sociedades. Esto supone un cambio extraordinariamente poderoso, pues sitúa en el centro de la investigación la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo. El nuevo pluralismo jurídico obvia los efectos del derecho en la sociedad, e incluso los efectos de la sociedad en el derecho, e intenta conceptualizar una relación más compleja e interactiva entre las formas oficiales y no oficiales de ordenación. En lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social”.⁸⁸

La versión “nueva” ha surgido alimentándose de los avances, métodos y hallazgos de la “clásica” como lógicamente ha de suponerse, en todo caso, el pluralismo jurídico clásico ha hecho tres aportes importantes a la discusión de la temática, que conforme piensa Engle Merry son los siguientes:

- Ha dado lugar a que se analice la interacción entre órdenes normativos fundamentalmente distintos en su estructura conceptual subyacente.
- Ha contribuido a la elaboración del Derecho consuetudinario como producto histórico.
- Y ha descrito (en cuanto le ha sido posible) los esquemas de la dialéctica ente órdenes normativos. Dialéctica que puede verse claramente en la resistencia de los órdenes subordinados al orden colonial y en su consecuente reestructuración y hasta reformulación.

Evidentemente e incluso teniendo a la mano los aportes apuntados, en cambio, las condiciones en las que trabaja la investigación en el “nuevo” pluralismo jurídico, son más complejas pues, la identificación de los órdenes no-estatales no es tan fácil. En cualquier caso, para poder avanzar sus trabajos, los “nuevos” pluralistas jurídicos han visto la necesidad de identificar al enemigo y lo han establecido en el centralismo jurídico⁸⁹ que, como una de las manifestaciones de alguna versión del positivismo jurídico, propugna como una de sus bases al monismo jurídico (en todo caso el mismo enemigo que habían identificado, subrepticamente, los pluralistas jurídicos

⁸⁸ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 96

⁸⁹ De la mano de S. Engle Merry ha sido posible (cosa que no había hecho Griffiths, por considerarla obvia, seguramente) definir el centralismo jurídico, desde una perspectiva adecuada al “nuevo” pluralismo jurídico, como la idea de que el Estado y sus instituciones jurídicas, son la única forma de ordenación y que el Derecho y la regulación ocurren en los juzgados y oficinas de abogados y no está en los rumores acerca de los negocios, las regulaciones y los tribunales universitarios o en los bares del vecindario.

“clásicos”).

Ahora bien, siendo necesario puntualizar la diferenciación, por mor de la anunciada propuesta de clasificación, hay que decir que la inquietud entre una versión y la otra, son diametralmente distintas. Así, la preocupación del pluralismo “clásico” era en el fondo estudiar y mostrar la relación de poder desigual del Derecho del colonizador (centralista y occidental) y los Derechos o sistemas jurídicos del lugar colonizado, que por lo general eran muy diferentes, no escritos y sin estructura para las funciones de juzgar y sancionar. Mientras que la preocupación del “nuevo” pluralismo jurídico, es documentar y analizar otras formas de regulación social, que se inspiran en el Derecho estatal y o emulan sus símbolos en algún grado, pero que operan a la sombra de aquel.

Habiendo aclarado las diferencias entre estas dos versiones, apuntemos una conclusión que al respecto ha establecido Engle Merry, que compartimos plenamente: “...Estos dos contextos son extraños compañeros. Sus adversarios principales, las posiciones contra las que debaten, son muy diferentes. Proceden de tradiciones jurídicas muy disímiles. La naturaleza de la relación entre los sistemas parece ser incomparable. En el primero de los contextos existe una imposición manifiesta o la dominación de un sistema sobre el otro; en el segundo, la naturaleza del vínculo es más fluida y opaca. Sin embargo, observados más de cerca, incluso los órdenes jurídicos coloniales dominantes fracasan cuando intentan penetrar plenamente una sociedad: encuentran una férrea resistencia y además son absorbidos y cooptados (...) Es más, en las sociedades industriales, a pesar de la autonomía aparente de las esferas no judiciales, el sistema jurídico posee una relación de poder superior frente a los otros sistemas de regulación, pues aparece como la fuente última de poder coercitivo. Por lo tanto, existen maneras en las que la unión de estos dos contextos de pluralismo jurídico, en vez de dificultar la comprensión de la interacción de órdenes plurales, la facilita”.⁹⁰

Por lo demás, también es cierto que la pretendida exclusividad del Derecho estatal, es poro menos que una evidente ficción en contextos de ex-colonialismo o de descolonización –como se verá en el capítulo destinado al análisis del pluralismo jurídico en Latinoamérica-, como también se resquebraja si se estudian las relaciones entre el Derecho y la sociedad en sociedades industrializadas y post-industriales. Como resultado de esos resultados, hoy en día el pluralismo

⁹⁰ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 99

jurídico, más precisamente, el nuevo pluralismo jurídico, va mucho más allá del análisis de la coexistencia del Derecho europeo con los sistemas jurídicos tradicionales para ocuparse de la presencia de órdenes normativos dentro de los confines de un mismo Estado. Desde los campos sociales semiautónomos, las asociaciones, hasta llegar a las comunidades marginales de los grandes centros urbanos o los grupos guerrilleros (en algunas sociedades latinoamericanas y en las tan conflictivas sociedades del medio oriente), se presentan formas jurídicas o ejercicios de justicia que socialmente funcionan con independencia respecto del Derecho oficial, que va desde la negación misma de éste a la relativo sometimiento.

De este modo, el pluralismo jurídico se encuentra virtualmente en todas las sociedades, sin importar si tienen o no un pasado colonial, tan sólo hace falta examinar detenidamente algunos lugares específicos para observar cómo ciertos grupos producen y generan su propio Derecho.

1.3. TERCERA PERSPECTIVA

El pluralismo jurídico *con hegemonía del Estado* y el pluralismo jurídico *sin hegemonía del Estado* (o sin presencia de él).

En el entendido que las investigaciones y los estudios sobre el pluralismo jurídico, no se concentran únicamente en describir la coexistencia de diferentes órdenes jurídicos, sino que ha desarrollado variadas hipótesis acerca de las relaciones (y los tipos de relaciones) que ocurren y se establecen entre tales órdenes; una de las maneras de analizar esas relaciones, puede ser la que se centraliza en la cuestión del mayor o del menor grado de presencia e intervención del Estado en el resto de órdenes sociales (que como hemos revisado, en la posición del pluralismo jurídico, han de ser asumidos simultáneamente con órdenes jurídicos).

Pues bien, en ese contexto, la intervención (sus grados y maneras) pueden servir para definir una clase de pluralismo jurídico: el que asume y afirma la presencia e intervención del Estado; u otra: la del pluralismo jurídico que se gesta y opera sin intervención estatal. Señala S. Engle Merry, cómo la investigación sobre el pluralismo jurídico, ha ido evolucionando en el tiempo; partiendo de que en los estudios iniciales se creía que existía un paralelismo entre los distintos órdenes (incluido el estatal) en lugar de una interacción:

“La existencia del pluralismo jurídico en sí mismo es de menos interés que la dinámica de cambio y transformación. Históricamente, ha existido un cambio en la forma como se describe la

interacción entre órdenes jurídicos, en especial entre el derecho estatal y el no estatal, ha cambiado. Las primeras investigaciones sobre pluralismo jurídico clásico veían los órdenes normativos como paralelos, pero no autónomos”.⁹¹

Luego, siguiendo el relato de Engle Merry: “...durante la década de los años sesenta y comienzos de la del setenta, varios estudios demostraron el poder que tenía el derecho estatal para reconfigurar el orden social, y sugirieron la dominación de esta forma de derecho sobre otros órdenes normativos (...) en este periodo el derecho (el Derecho Estatal, por cierto) aparece como una poderosa herramienta de modernización en los países del Tercer Mundo y de creación de justicia social en el Primer Mundo”.⁹²

Fue en esa época que los estudiosos del pluralismo jurídico produjeron trabajos descriptivos y estudios decampo que demostraban que el ejercicio de influencia del Derecho del Estado no era todo lo que se requería pues, se verificó que los órdenes jurídicos nativos, a su vez, ejercitaban cierta resistencia y en algunos casos adaptación a dicha influencia, pero a través de un proceso lento y prolongado. Así, relata nuestra autora:

“Pero los académicos (...) descubrieron que no siempre había funcionado de esa manera. En 1970 surgió una visión más cauta y limitada sobre el potencial del derecho de reconfigurar otros órdenes sociales. El examen comparado de los derechos impuestos demostró que a veces tenían poderosas consecuencias en términos de cambio social, pero que en otras ocasiones las consecuencias eran inesperadas o mínimas (...) en lugar de una transformación revolucionaria, como se pretendía, documentan un cambio progresivo (...) La creación del derecho consuetudinario, por ejemplo, era un proceso incesante de colaboración en el que era evidente que el poder se distribuía de forma desigual, pero en el que los grupos subordinados no eran pasivos o no carecían totalmente de poder (...) El modelo de campo social semiautónomo de Moore fue en parte un esfuerzo por explicar por qué las nuevas leyes u otros intentos de dirigir el cambio no siempre producían los resultados previstos o tenían consecuencias inesperadas o no planeadas (según la propia Moore, ello se debía, parcialmente, al hecho de que las nuevas leyes se superponen a acuerdos sociales en los que existen construcciones complejas de obligaciones vinculantes previas. La legislación se aprueba frecuentemente con la intención de alterar en formas específicas los acuerdos sociales

⁹¹ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 108

⁹² S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 109

vigentes. Los acuerdos sociales son muchas veces más fuertes en la práctica que las nuevas leyes (...) se define (por los estudios empíricos) el derecho consuetudinario como una construcción cultural con consecuencias políticas, como un conjunto de ideas incorporadas en relaciones que son históricamente cambiantes (...) las áreas concretas de resistencia o conformidad con el derecho colonial impuesto son complejas, que se sitúan históricamente, y que dependen hasta cierto punto de los propios procesos de imposición, que varían mucho entre sí”.⁹³

Ya en la década siguiente, la de los ochenta del siglo pasado, la investigación acerca del pluralismo jurídico, enfatizó crecientemente la relación mutuamente constitutiva y dialéctica entre el derecho estatal y otros órdenes normativos. Dice Engle Merry que: “Con ello se reflejaba una nueva conciencia de la interconexión de los órdenes sociales, de nuestra vulnerabilidad a las estructuras de dominación que se encuentran por fuera de nuestros mundos inmediatos, y de las formas en que los sistemas implícitos y no reconocidos de control se encuentran incorporados en nuestras vidas cotidianas”.⁹⁴

La investigación en los años ochenta del siglo XX, destaca la manera como el derecho del Estado penetra y re-estructura otros órdenes normativos mediante símbolos y a través de la coerción directa y, al mismo tiempo, la manera como los órdenes normativos no estatales se resisten y evitan la penetración, o incluso capturan y usan el capital simbólico del derecho estatal. De ese periodo, Engle Merry destaca los siguientes hitos:

“Comienzo describiendo la investigación que se concentra en las formas en las que el derecho estatal conforma otros órdenes normativos. El estudio de Auerbach de la historia de las formas no judiciales de resolución de disputas en los Estados Unidos demuestra que el derecho estatal se infiltra gradualmente y re-estructura las alternativas de manera tal que éstas terminan pareciéndose al derecho estatal (...) Éste y otros estudios (...) aclaran la expansión del derecho estatal a otros órdenes normativos a lo largo del tiempo. Pero los grupos subordinados pueden también optar por inspirarse en los símbolos y significados del sistema jurídico estatal (como...) El bien conocido estudio de Boaventura Sousa Santos sobre el derecho de las favelas en Brasil, que describe cómo los residentes de un asentamiento ilegal crean su propia legalidad, usando formas y símbolos del derecho estatal (...) aquí, los órdenes jurídicos están ligados a las clases. El

⁹³ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 110

⁹⁴ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 112

pluralismo legal describe las relaciones entre la clase dominante y una clase urbana oprimida; unas relaciones que reflejan la jerarquía de clase de la sociedad brasileña, su estructura de dominación e intercambio desigual. Los ocupantes ilegales buscan una estrategia de enfrentamiento implícito, y simultáneamente se adaptan para poder sobrevivir.

En otro contexto, Westermarck (...) da testimonio de las prácticas de los nuevos tribunales de las aldeas de Papua Nueva Guinea, creadas como alternativas conciliatorias informales frente a los tribunales estatales. Pero los tribunales objeto de su estudio replicaban los tribunales estatales en su arquitectura y mobiliario (...) Provistos de manuales e insignias distintivas, los magistrados presionaban por conseguir uniformes y grilletes. Esos tribunales de aldea adjudicaban lo que ellos mismos llamaban derecho del gobierno (...) por otro lado, los trabajos de apropiación simbólica funcionan también de la manera opuesta, es decir el derecho estatal puede tomar prestados los símbolos de otros órdenes normativos. Los reformadores del gobierno a veces promueven nuevas instituciones judiciales estatales revistiéndolas engañosamente con ropajes simbólicos tradicionales, y afirmando estar restaurando el derecho tradicional”.⁹⁵

Después de los trabajos señalados por Engle Merry, es destacable verificar que los estudios sobre el pluralismo jurídico, en la línea de la relación entre el Derecho estatal y los demás Derechos no estatales, también se concentraron en análisis concretos; entre ellos es de interés subrayar aquellos que se detuvieron en el modelo de pluralismo jurídico como estudio de los procesos en el micro-nivel de la acción jurídica, como la resolución de conflictos y la dinámica de los tribunales en el transcurrir de los casos judiciales.

Apunta Engle Merry que:

“Las investigaciones sobre los procesos en el micronivel de la acción jurídica (...) describen las dinámicas de la irradiación simbólica y de la imposición del derecho estatal, su apropiación por otros órdenes normativos y las formas de resistencia a su penetración (...) ricos estudios etnográficos de los procesos en torno a disputas locales reportados (...) proporcionan numerosos ejemplos de individuos que persiguen estrategias de disputa en espacios jurídicamente plurales. Incluso cuando no se usa el derecho estatal, sigue siendo un recurso natural en la negociación y regulación (...) En estas situaciones, los contornos de las disputas locales están inextricablemente

* S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 115

conectados con las luchas políticas locales entre aquéllos cuyas pretensiones de autoridad se apoyan en el clan o la religión, y aquéllos cuya autoridad reside en el conocimiento del Estado, la educación o las conexiones con el gobierno.

Una llamativa investigación (pensando en sus posibles semejanzas que intuitivamente se detectan por el suscrito autor, con la situación de algunas de las manifestaciones del pluralismo jurídico en Bolivia) es la que, según describe Engle Merry, presentó Keebet von Benda-Beckmann el año 1981, a partir del análisis de los conflictos en el espacio jurídicamente plural en Indonesia. Tal estudio, narra Merry, propone un modelo de *forum shopping* y de cambio social que ofrece una manera de comprender cómo los procesos locales de disputa reconfiguran las situaciones legalmente plurales.

“Las personas enfrentadas buscan el foro más favorable a sus problemas y esos foros compiten entre sí por atraer las disputas, que usan para sus propios fines políticos locales (...) las personas enfrentadas tienen restricciones, sin embargo. Por ejemplo, los tribunales estatales se niegan a escuchar quejas provenientes de mujeres en asuntos de lotes de tierra para el cultivo de arroz, pues sólo el representante oficial del linaje tiene legitimidad para demandar. (Éstos estudios...) desarrollan también modelos de disputa y de cambio legal a partir de los cuales concluyen que el efecto acumulativo que tienen las elecciones realizadas por los litigantes con respecto al foro en que se busca resolver las disputas, afecta a las instituciones que se supone que las solucionan, al mismo tiempo que esas mismas instituciones van cambiando según los acontecimientos de la economía política.”⁹⁶

Es interesante el resultado del estudio descrito brevemente porque demuestra, sin que por ello sea generalizable la situación, cómo en ocasiones el pluralismo jurídico va dando a los interesados (individuos o grupos) opciones normativas o incluso de conjuntos normativos a los que someterse, y definir dentro de un abanico de alternativas, alguna que le resulte más fiable o hasta conveniente a sus intereses. De forma tal que el escenario normativo puede ser variable y elegible. Veremos luego, en el segundo capítulo cómo en los discursos comunicativos esa búsqueda instrumental de satisfacción de los propios intereses (individuales o grupales) no sería posible que ello acontezca;

* S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 115

no obstante desarrollaremos, en el último capítulo, que el tipo de pluralismo jurídico que se ha configurado constitucionalmente en Bolivia y debido a cómo se lo ha hecho, se corre ese riesgo.

Lo interesante, más allá del caso recién analizado, es que nos queda claro que la evolución de los estudios del pluralismo jurídico han ido determinando, conforme se hicieron más trabajos de investigación y siempre en investigaciones empíricas, que el pluralismo jurídico tiende a inclinarse hacia el modelo de interacción del Derecho estatal con los demás órdenes jurídicos de la sociedad abandonando la idea inicial de un modelo de pluralismo jurídico con órdenes jurídicos en paralelo y sin interacción de tales ordenamientos con el sistema jurídico estatal.

La tendencia mencionada, nos conduce a abordar la cuarta perspectiva, la que apunta a la idea del pluralismo jurídico como construcción en curso y siempre inacabada.

1.4. CUARTA PERSPECTIVA

El pluralismo jurídico como *hecho consumado* y sin orden determinado y el pluralismo jurídico como *construcción en proceso* y visión organizativa.

Se le debe a Peter Fitzpatrick⁹⁷ un planteamiento considerablemente interesante a los efectos propuestos en esta parte del capítulo; el autor mencionado, profundizando la tendencia que se ha referido en el acápite anterior, propone un modelo conocido como “pluralismo integrado” o de “pluralidad integral”. Dicho modelo se caracteriza por proponer que la interacción y mutua influencia entre el Derecho estatal y los demás órdenes jurídicos (que a simple vista resultan subordinados a aquel) es mucho mayor en la realidad que en las concepciones teóricas, pues, al tiempo que el Derecho estatal influye y hasta coopta los demás órdenes, estos (al resistir o adaptarse) le afectan de tal manera que lo reconfiguran a su vez. Dinámica dialéctica que resulta en que el Derecho –plural- es siempre un objeto en construcción, remodelación y re-estructuración. Engle Merry, al tocar el tema del modelo de pluralismo integrado, apunta:

“Otra nueva área de investigación examina cómo el derecho del Estado constituye órdenes normativos y se constituye a su vez mediante ellos. El concepto de Fitzpatrick de ‘pluralidad integral’ se concentra en la interacción entre órdenes normativos, y plantea que el derecho del Estado está conformado integralmente por una pluralidad de formas sociales (...) Fitzpatrick

⁹⁷ Peter Fitzpatrick, a quien mencionan y aluden varios pluralistas jurídicos, como Sally E. Merry, es profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de Londres.

sostiene que el derecho debe ser visto no sólo como un elemento de dominación, sino también como un elemento constitutivo de la vida social. Tanto el derecho del Estado como los campos sociales semiautónomos se constituyen en una parte importante de la vida social en virtud de su interrelación. Por ejemplo, la familia y su orden jurídico son conformados por el Estado, pero el Estado es configurado a su vez por la familia y su orden jurídico: cada cual es parte del otro. (...) Fitzpatrick cambia la perspectiva que ve el campo social semiautónomo como algo constituido por el derecho estatal, y propone que el derecho estatal se configura a su vez por sus ordenamientos normativos constituyentes y viceversa. (...) el derecho estatal adquiere su identidad de otras formas sociales, en las que también se apoya. No obstante, esas formas sociales apoyan y al mismo tiempo se oponen al derecho estatal”.⁹⁸

Está sosteniendo el modelo que las relaciones integrales de apoyo mutuo entre el Derecho y otras formas sociales tienden a converger, puesto que los elementos del derecho lo son de otras formas sociales y viceversa; los dos absorben parcialmente la identidad del otro de un modo en el que se sostienen y refuerzan mutua y positivamente. Las costumbres, también, cuando son penetradas por el derecho estatal, transforman su naturaleza y se convierten en parte del derecho estatal.

En palabras de Fitzpatrick:

“La costumbre apoya el derecho, pero el derecho transforma los elementos de la costumbre de la que se apropia a su propia imagen y semejanza. El derecho, a su vez, apoya otras formas sociales, pero se convierte, en el proceso, en parte de esas otras formas.”⁹⁹

El Derecho, consecuentemente, puede ser reformulado ya que no siendo un fenómeno unitario, se constituye por una pluralidad de formas sociales; dado que lo hace a partir de las relaciones de oposición y apoyo a otras formas sociales, hay sin embargo, una especie de *vacío* entre el Derecho y esas otras formas sociales, que no puede ser llenado; en ese sentido el derecho depende de las formas sociales que se oponen a él. El pluralismo integral es parte de una dialéctica de poder y contrapoder, eso está claro. Con lo que, Fitzpatrick concluye que: “... el derecho es el resultado

⁹⁸ S. Engle Merry. Op. Cit. Pág. 118. Engle Merry añade un ejemplo de dicho modelo: “La legalidad burguesa, por ejemplo, depende de formas sociales como la prisión y las relaciones de trabajo capitalistas, que le sirven de sostén al tiempo que la socavan. La prisión es una condición de la existencia de la legalidad burguesa, pues funciona como el guardián último de la ley al obligar a cumplirla, y también como ejemplo de un poder disciplinario persistente que tipifica la sociedad moderna. Y sin embargo, no puede incorporar la propia legalidad burguesa a su funcionamiento. Coacciona al interior de su estructura, al mismo tiempo que deja que la burguesía permanezca invariable y sea universal.

⁹⁹ P. Fitzpatrick. “*Law, Plurality and Underdevelopment*”. En D. Sugarman (Ed.) “*Legality, Ideology and the State*”. Academic Press. London. 1984. Pág. 9

inestable de las relaciones al interior de una pluralidad de formas sociales y, siendo así, la identidad del derecho está sujeta constante e inherentemente a ser desafiada y al cambio".¹⁰⁰

En el mismo trazo que Fitzpatrick, Emgle Merry sitúa el trabajo de Stuart Henry y de David Sugarman quienes investigaron sobre los colectivos y cooperativas en el Reino Unido desarrollando con mayor detalle este modelo de pluralidad integrada. Según el primero de los citados, hoy las relaciones entre el Derecho estatal y otros órdenes normativos son muy complicadas, y exigen que se le ponga atención a cuatro elementos para comprenderlas: 1) A la historia de tales relaciones y de la propia práctica jurídica, 2) A la conducta humana típica en esos contextos; 3) A los propios contextos locales y 4) A la cultura.

Así, los órdenes normativos en conflicto, como los de las cooperativas y el Estado capitalista (debido a sus improntas antagonistas), se pueden desafiar y oponerse mutuamente, bien mediante rechazo directo, como cuando el Estado prohíbe los órdenes normativos en conflicto, por ejemplo, o bien aceptando y reconociendo la autonomía de un orden normativo independiente dentro de su esfera (pero manteniendo su condición dominante), consecuentemente, el Derecho se niega a intervenir en las cooperativas, porque percibe algunos de sus asuntos como puramente privados y en esa calidad los asume. Sus miembros, por otro lado, pueden rechazar y hasta cierto punto debilitar la legalidad capitalista. Como parte de esa dinámica, S. Henry propone un modelo dialéctico en el que: "... las instituciones alternativas y sus ordenamientos normativos asociados no producen transformaciones en las estructuras y sistemas de gobierno capitalistas, sino que interactúan con ellos de una manera dialéctica, mediante la cual tanto el sistema alternativo como el orden capitalista son susceptibles de reformulaciones incrementales".¹⁰¹

Apoiado en el análisis acerca de la estructura y de la acción, según el cual la acción configura las estructuras y las estructuras restringen y habilitan las acciones, Henry añade una dimensión de acción individual al modelo de Fitzpatrick de pluralidad integral, afirma Emgle Merry. Y lo hace, a partir de una lógica integrista que proporciona un espacio para que las acciones individuales "signifiquen una diferencia", incluso para los excluidos del poder. En opinión de Henry, es muy probable que los individuos dentro de las organizaciones comunitarias, siempre y cuando no estén

¹⁰⁰ P. Fitzpatrick. Op Cit. Pág. 138

¹⁰¹ S. Henry. "Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialects of Collective Law in the Cooperative". En "Law and Society Review, N°30". 1985. Pág. 324

totalmente marginados de la sociedad capitalista, le aporten a ésta elementos comunitarios. “...Por lo tanto, el impacto de las organizaciones comunitarias en las sociedades capitalistas puede ser mayor que el de los colectivos marginados”.¹⁰²

Esta manera en la que los órdenes normativos constitutivos (o dialécticos) configuran el Estado describe cómo los grupos en el poder intentan controlar el derecho estatal y configurarlo para sus fines, mientras que simultáneamente se encuentran limitados por los órdenes normativos plurales.

Por su parte, D. Sugarman desarrolla esa concepción dialéctica y mutuamente constitutiva entre el Derecho estatal y los órdenes normativos no estatales aseverando que el Derecho estatal, en sí mismo, es plural y contiene los procedimientos para establecer los hechos, las normas generales sustantivas que guían las acciones de los ciudadanos, las acciones para el cumplimiento obligatorio de las sentencias, las disposiciones para el castigo físico, los sistemas de apelación, los seguros contra pérdidas, las dimensiones simbólicas e ideológicas y la capacidad de proporcionar un cierto grado de ordenación privada mediante leyes facilitadoras. En este contexto tan diverso, el Derecho y las instituciones jurídicas significan cosas muy diferentes para las diferentes personas, desarrollándose tensiones entre la legislación central y local, las concepciones estatales y nativas de la legalidad, las prácticas discrecionales y el cumplimiento forzoso, y el arbitraje y otros mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos.

La particularidad de Sugarman, sobre la que nos advierte Engle Merry, es que éste explora la pluralidad del Derecho a través de su reflexión sobre el “Derecho facilitador” que sería aquel que funciona no sólo imponiendo obligaciones, sino también proporcionando a los individuos *facilidades* para que cumplan sus deseos, confiriéndoles poderes legales –poderes para celebrar matrimonios, hacer testamentos, contratos, empresas, fideicomisos y otros actos jurídicos parecidos-. Este tipo de Derecho posibilita pues, la creación jurídica “privada” que a su vez concede la oportunidad de apartarse de las obligaciones jurídicas del Estado. Así, las leyes facilitadoras definen y restringen simultáneamente la conducta permisible y permiten a los individuos expandir o contraer su autonomía; por consiguiente, tiene la posibilidad de promover, calificar o hasta subvertir la política estatal. Caso en el cual, si se hace bajo la condición de colectivo

¹⁰² S. Engle Merry. Op Cit. Pág. 115

reconocido como persona jurídica por el propio Derecho estatal, entonces las acciones señaladas (promoción, calificación o subversión de las leyes del Estado) serían Derecho alternativo.

Estas posiciones insinúan que el giro que da el trabajo jurídico crítico en Gran Bretaña apunta hacia una visión pluralista del Derecho, como si éste tuviera muchas caras y determinaciones, y que (al decir de Engle Merry) resulta más propositivo comparado con el giro análogo de los estudios críticos legales estadounidenses, que se inscriben en la idea de deconstrucción. Anota Engle Merry sobre el particular, siguiendo a otro autor, Alan Freeman, que en un esfuerzo por evitar las visiones reduccionistas y simples del derecho, que lo ven como si fuera el producto de la clase gobernante, los académicos británicos, críticos del Derecho, sostienen que éste es pluralista así como los estadounidenses argumentan que es indeterminado e incoherente. En ambos casos, por naturaleza del propio Derecho. Sin embargo, Freeman concluye que el pluralismo, como la deconstrucción, termina en última instancia en la parálisis, sugiriendo que si todo es tan complejo y variable, así como si todo es una cuestión de interpretación, preguntándose entonces ¿cómo se puede decir algo acerca de cualquier cosa? En una impronta muy similar a la que (como se ha dicho ya antes en ésta investigación) se acomoda, con su crucial, valioso y muy subrayado aporte, Sousa Santos que dice que “si el Derecho está en todas partes, es que no está en ninguna”; contribución al pluralismo jurídico en el desarrollo de su “cartografía del derecho”¹⁰³, de condiciones muy originales e interesantes.

El giro que en éste acápite se ha descrito, hacia el análisis dialéctico de las relaciones entre órdenes jurídicos plurales, entre el Derecho estatal y otros órdenes normativos, como se habrá podido advertir, proviene primariamente de las obras del “nuevo” pluralismo jurídico, es decir, de aquellas que se han valido del modelo del pluralismo jurídico para comprender los sistemas jurídicos del Primer Mundo.

Sin embargo, en la óptica de Engle Merry, esta suerte de dialéctica (o de diálogo entre órdenes normativos) es igual de fructífera si de lo que se trata es de volver a analizar los materiales clásicos del pluralismo jurídico, como lo puede demostrar, por ejemplo, la re-evaluación del estudio del derecho consuetudinario.

¹⁰³ Cfr. B. Sousa Santos. *“Crítica de la Razón Indolente. Contra el Desperdicio de la Experiencia. Volumen I”*. Desclee. Bilbao. 2003

Lo que ha de quedar claro, no obstante, es que ninguno de los análisis que se han considerado aquí, deduce que las relaciones de poder entre órdenes jurídicos plurales sean iguales, lo que sería lo ideal; siempre hay una asimetría en tales relaciones.

Por lo visto entonces, el pluralismo vendría a ser un hecho incuestionable, que se presenta en todas las esferas de la vida social, por una parte; pero por otra, cuando se trata del pluralismo jurídico, también está claro que ya no se está solamente frente a un hecho sino frente a una tarea, un encargo que, siendo a la vez un proceso pendiente y en curso, debería derivar en un producto, un constructo, una elaboración consensuada y argumentativa emergente de la interacción de los diversos sistemas jurídicos coexistentes en las sociedades (en algunas determinadas sociedades con más notoriedad que en otras).

El pluralismo jurídico, visto así, es en fin, un discurso -simultáneamente el proceso de armonización de las distintas manifestaciones jurídicas y el resultado siempre progresivo de tal producto consensuado momento a momento- que persigue un cierto grado de consenso dentro de un contexto de heterogeneidad, en pos de la armonización de la pluralidad de discursos jurídicos particulares.

Finalmente, también se deriva de lo desarrollado en éste capítulo, que en cuanto a simetría de las relaciones entre órdenes jurídicos, el asunto es más bien la penetración y la dominación del Derecho estatal y la subversión de los demás órdenes en los márgenes de la sociedad; es una relación tensa en vez de una relación de equilibrio de fuerzas.

Esta última observación podría sonar como una inútil obviedad si no fuera porque creo, que puede ser una buena forma de pasar la discusión al análisis de algún método, forma, vía o camino que pueda hacer concebir la posibilidad de que tales relaciones sean más equilibradas. Esas vías podrían ser las que plantea la Teoría del Discurso, que se presenta en el capítulo siguiente.

CAPITULO II

EL CONSENSO RACIONAL, ELEMENTO ESENCIAL DE LA ÉTICA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS Y MODELO BASE DEL PLURALISMO JURÍDICO

LA ETICA DEL DISCURSO

Sintéticamente, la Teoría del Discurso analiza y formula dos planteamientos simultáneamente: 1) La coexistencia de formas de vida –y de concebir la vida- diversas y 2) La posibilidad de consensuar entre esas formas de vida variadas, acerca de intereses generalizables. En otras palabras, trata de conciliar la autonomía con universalidad. Propone que dicha conciliación surge a partir de la noción de imparcialidad como idea regulativa fundamental de la moral; siendo la moral, un mecanismo de encuentro o convergencia de los intereses generalizables. El punto de vista moral consiste, por lo tanto, en adoptar como criterio último el punto de vista de la imparcialidad; y en efecto, el actuar moralmente sería sinónimo de actuar según principios que se generan en último término desde un punto de vista imparcial.

Hay que dejar claro, que una de las asunciones preliminares de ésta investigación, consiste en adjudicar a la esfera jurídica, similares rasgos que los propios del mundo de la moral, con lo que, la actuación conforme al punto de vista moral, no resultaría privativo de las normas morales siendo también sería aplicable a las normas jurídicas, dado que su pretensión de justicia comporta similares exigencias.

Con esa aclaración, entonces la Teoría del Discurso, podría ser un buen marco de armonización entre la diversidad moral, social, cultural y jurídica generalmente presente en las sociedades contemporáneas y –ante la posibilidad de que tal realidad sea fuente de conflicto, caos, escepticismo y relativismo- la necesidad de certeza, configurada por la identificación de intereses que sean comunes a todos los colectivos y a todos los individuos, como mínimos generalizables – en el sentido de universales-.

Está muy claro que en el fondo, lo que busca la Teoría del Discurso es lograr *entendimiento* entre los individuos y los grupos participantes en un discurso racional y permanente (del que surge la racionalidad misma) dentro de un modelo de sociedad (como la mayoría de las contemporáneas)

donde reina y abunda la diversidad y por ende el riesgo de falta de consensos mínimos.

Por su parte el Derecho, en algún sentido, sobre todo cuando se trata de un de ordenamiento jurídico particular, históricamente existente, forma parte de la Eticidad concreta de ese momento y lugar histórico, tal como lo hace la moral social de ese mismo contexto y ambos son (o pueden llegar a ser) *vehículos de entendimiento*. De ahí que la meta de la Teoría del Discurso pueda ser alcanzada a través de la moral y del Derecho, configurando la noción de racionalidad práctica, que no es otra cosa que ese entendimiento en cuanto a la más racional forma de concebir y justificar normas de acción – de conducta- y de prescribir acciones y conductas como tales.

Ahora bien, es insoslayable la cuestión de cómo lograr que todos los afectados sigan efectivamente las normas; para resolverla se precisa no sólo aportar buenas razones, sino también la posibilidad de exigir las – y para eso está el Derecho y su coercibilidad-; ya que no se puede requerir a todos los miembros de una comunidad el seguimiento de normas válidas si no tienen garantía de que lo será de modo universal. A este respecto constituye un hecho irrefutable que la moral tiene una eficacia limitada y que el Derecho se constituye en un complemento ideal para salvar esa limitación.

Una sociedad emancipada, o sea, una sociedad con *entendimiento*, es una en la que se construyen y fundamentan las normas de acción de manera discursiva comunicativa y si se tiene en cuenta que además esa sociedad es plural por esencia, entonces el discurso moral y el discurso jurídico, son cruciales. En efecto, se puede llegar a afirmar que la moral y el Derecho son ellos mismos, discursos.

Pues bien, sin en ánimo de extender demasiado ésta sección y dejar el desarrollo para el cuerpo de la tesis, vale la pena aquí enunciar algo del mecanismo básico de logro de ese tan querido *entendimiento* cuando se trata de normas de acción y de acciones.

Derecho y razón discursiva se enlazan entre otras cosas porque el Derecho puede en definitiva, ser visto como una forma de lenguaje. El Derecho, es pues una de las formas a través de la cuales los humanos, como sujetos sociales, interactúan persiguiendo el entendimiento, comunicándose a través del lenguaje, llegando a consensos producto del juego argumentativo. La diferencia entre lenguaje y lengua específica, tiene parangón con a la diferencia entre Derecho y Ordenamiento Jurídico (o sistema jurídico) específico.

Así como el lenguaje es el medio (en abstracto) por el cual los hablantes se comunican, logran entendimiento y por tanto coordinan sus diferentes cursos de acción; el Derecho, a su vez, es el medio, por el cual los sujetos (individuales y colectivos) logran un tipo peculiar de entendimiento (el de la corrección de las normas que rigen su convivencia) por el que coordinan igualmente, sus cursos de acción. Así el Derecho, también es una forma de lenguaje, o mejor dicho, es una “lengua” específica, dirigida al entendimiento social.

En la concepción de la Teoría del Discurso, cada hablante, mediante los así denominados *pragmáticos universales del lenguaje* o *reglas comunicativas generales* o *compromisos normativos* que son las cuatro clases de pretensiones de validez (de inteligibilidad, de verdad, de veracidad y de validez); lo que hace es una oferta de entendimiento a sus oyentes (dado que tiene intención de entenderse con los demás, que orienta su actuación al entendimiento), según la cual realiza (performa, desempeña) una acción comunicativa acerca de *algo* en el mundo, *algo* en la sociedad o *algo* en sí mismo.

Por otra parte, esos tipos de pretensión de validez, se conjugan con las tres funciones básicas del lenguaje: la descriptiva, la expresiva y la apelativa o directiva; dando como resultado los tres tipos de actos de habla: el constatativo, el expresivo y el regulativo; tal como se muestra en la tabla que sigue:

| FUNCIÓN DEL LENGUAJE | PRETENSIÓN DE VALIDEZ | REFERENCIA EXTRALINGÜÍSTICA |
|-----------------------------------|------------------------------|------------------------------------|
| Cognitiva o representativa | Verdad proposicional | Mundo objetivo |
| Emotiva o expresiva | Veracidad | Mundo subjetivo |
| Apelativa o directiva | Corrección normativa | Mundo intersubjetivo |

La dinámica discursiva emerge cuando, luego de la manifestación de pretensiones de validez, surge inmediatamente la idea de susceptibilidad de crítica de ellas (como naturalmente resulta aceptable, en un contexto plural); luego y consecuentemente irrumpe la *necesidad de argumentar* dando razones para sustentar la pretensión dada, en caso de que aparezca dudosa la validez de la pretensión, entonces se da la figura del “discurso” entendido como debate. El discurso es una modalidad de acción comunicativa en la que han surgido críticas y se han logrado –idealmente

hablando- entendimientos y consensos, dando lugar a –de nuevo, idealmente hablando- una comunidad de comunicación. El Derecho puede ser considerado, una de esas comunidades de comunicación, en las que las normas sociales de acción (que son las normas jurídicas) conforman una entidad emergente del discurso mismo, de peculiaridades jurídicas. Pues bien, en la dinámica descrita, al dar razones mediante la argumentación, lo que se está haciendo en realidad es *fundamentar*, en el sentido de justificar la validez (justicia) de ese cuerpo normativo, llamado -entre otras denominaciones- *sistema jurídico*.

INTRODUCCIÓN GENERAL DEL CAPÍTULO

La Ética del Discurso –tal como ha sido formulada Jürgen Habermas-, es una teoría Ética que, en un marco deontológico, cognitivista, universalista y formalista; plantea principalmente que a partir del hecho básico de la argumentación, como situación y actividad esencialmente comunicativa, exclusiva y eminentemente humana, es posible el alcance de un consenso racional que en el escenario de la razón práctica –discursiva en la dimensión de las cuestiones morales- que pueda servir para definir la corrección o incorrección de normas y acciones humanas; consenso racional además ideal, que, aun siendo distinto de todo acuerdo fáctico, pueda de todas maneras dar luces, como idea regulativa, a sistemas morales concretos (y sistemas jurídicos determinados, dado el estrecho entrelazamiento en del Derecho y la Moral según la teoría del discurso), en los que ocurren los aludidos acuerdos reales.

Con la hipótesis de que la ética discursiva tiende por su estructura teórica misma, al logro del consenso, está claro que este es para aquella un objetivo que es *moralmente debido perseguir*. El logro del consenso –como expresión del *acuerdo racional* ocurrido en las condiciones ideales y contando como presupuestos inevitables de la argumentación y ciertos principios en los que la ética discursiva tiene apoyatura y que ella misma desarrolla-, en materia de corrección normativa y de corrección de actos humanos asumidos en el marco de dichas normas es una suerte de meta (a la vez que condición de posibilidad) a la que apunta la susodicha teoría del discurso.

En la medida que el logro de tal objetivo sea cierto y evidente, pues, es que la teoría en cuestión, confía en la posibilidad de enjuiciamiento crítico de normas y actos (fácticos) como mecanismo inherente a la convivencia humana regulada en el orden moral y jurídico.

Ahora bien, la cuestión aquí consiste precisamente en discutir si es que, -y en qué medida- es el susodicho consenso racional:

En primera instancia, esencial a ética del discurso y como tal plausible en el contexto de los planteamientos de dicha teoría; y en caso de serlo, si es además coherente, útil y deseable, en vista de la consideración además de otra situación indiscutible y también exclusiva y eminentemente humana: la diversidad y pluralidad de creencias, opiniones, posturas, estructuras, normas, sistemas morales y jurídicos, en las sociedades humanas actuales; en términos simples; el hecho del pluralismo que parece conducir al disenso más que al consenso.

A objeto de intentar dilucidar las dos cuestiones planteadas en el párrafo anterior, el objetivo de esta parte la presente investigación será entonces, presentar, definir y caracterizar el *consenso* tal como se presenta en la teoría ética denominada “Ética del Discurso” de Jürgen Habermas.

No obstante, antes habrá de hacerse una presentación preliminar de los elementos centrales de la ética del discurso. Es evidente que la ética discursiva ha sido ya objeto de abundante tratamiento (al igual que el propio consenso habermasiano, presente en toda la obra del mencionado filósofo) y que existe amplia bibliografía referida a esa teoría, por lo que parecería ocioso dedicar parte del trabajo a la presentación que se indica; empero, también es cierto que una presentación ya “dirigida” de inicio a servir al objetivo que se ha descrito, puede resultar útil y cuando menos, adecuada y pertinente para la inquietud investigativa inherente a este trabajo.

Así justificada preliminarmente la empresa investigativa del presente capítulo, éste estudio se circunscribirá a describir los planteamientos centrales de la teoría ética denominada Ética del Discurso en general. Luego abordará en los términos del autor en tratamiento, los detalles interesantes de la ética del discurso al objetivo apuntado. Más adelante se desarrollará someramente la conexión entre el Derecho y la Moral con el enfoque discursivo como muestra de que el consenso imbuye también a la concepción habermasiana de lo jurídico; para luego, ingresar en una parte final del trabajo en la que se analice y caracterice la figura del consenso a la luz de algunas críticas que ha sufrido la teoría del discurso y, en el marco de la citada teoría, ir estableciendo y consolidando la hipótesis de que el consenso es esencial en su estructura.

Tomando en cuenta que la Ética Discursiva, tal como está estructurada, no puede (ni quiere) renunciar a su enlace con el consenso, sino todo lo contrario; esta parte de la investigación intentará servir para responder las siguientes preguntas:

- ¿Será el pluralismo un apoyo o un óbice para el consenso?
- ¿Es el consenso compatible con el pluralismo?
- ¿Queda la teoría en cuestión desestructurada o puede mantenerse como tal, con la mencionada compatibilización?
- ¿Es el consenso, necesariamente el resultado de toda argumentación racional?
- ¿Es el consenso asimilable a la racionalidad misma?

Discutir la necesidad, posibilidad, utilidad y deseabilidad del consenso racional, o sea, partir de la tematización de ese concepto para el análisis de la teoría ética denominada Ética del Discurso, se justifica y puede resultar de utilidad en una futura y más amplia investigación dirigida a determinar si la teoría en cuestión, mantiene su firmeza y operatividad como teoría ética con proyección crítica a sistemas morales y jurídicos plurales, en cuyo seno existan manifestaciones cosmopolitas (que incluyan sistemas morales y jurídicos singulares y propios) que no sean necesariamente parte de la tradición liberal-democrática europea-occidental y sean, por el contrario, inclusive contradictorias con ella.

PARTE I

PRESENTACIÓN GENERAL DE LA ÉTICA DEL DISCURSO.

La ética del discurso es una de las teorías de la ética que en el seno de la discusión filosófica moral, ha cobrado desarrollo en las últimas cuatro décadas y se constituye hoy en una de las respuestas a las insuficiencias tanto de las teorías deontológicas de la ética (ética de la intención de la acción moral) como de las teorías éticas teleológicas (ética de los fines o efectos de la acción moral), que puede evidentemente superar ambos extremos teórico-éticos a partir de la conjugación de los logros de cada uno y de la mutua absolución de los dilemas y aporías que se dan en cada uno de ellos.

Los gestores de esta corriente teórica, Karl Otto Apel y Jürgen Habermas, con diferencias, mutuas críticas y mutuos aportes, han ido construyendo esta teoría, que puede verse reflejada como línea principal de trabajo en las principales obras de ambos autores. Han coincidido ellos, indudablemente, en el tratamiento de un hecho básico y esencial a su teoría, el hecho de la argumentación.

1.1. LA ARGUMENTACIÓN, SEDE PRIMARIA DE LA RACIONALIDAD.

Argumentar es exponer opiniones y defenderlas con razones, enfrentarse a las opiniones de otros, distintas de las propias y respetar las razones de los otros como unas razones tan válidas como las nuestras (simetría), hasta que se quiebre la virtual confrontación con la aceptación de unas u otras opiniones en mérito únicamente a la fuerza del mejor argumento, es decir a las mejores condiciones o mayor peso de unas razones sobre otras.

En el escenario argumentativo (del discurso habermasiano) el principio de lo moralmente correcto, que en la modernidad y gracias a Kant se entendió siempre en sede de lo individual-interno, se desliza desde ese individual e interno punto de vista del “yo pienso”¹⁰⁴ al colectivo, externo y público punto de vista del “nosotros argumentamos”. Desde este segundo punto de vista, se construye la rectitud, corrección, o justicia moral –en tratándose de cuestiones de razón práctica- o de la exactitud de la verdad –en relación a cuestiones de razón teórica-.

¹⁰⁴ El imperativo categórico, propio de la filosofía moral de la conciencia de Immanuel Kant, que en su primera formulación, manda algo así como: “Actúa de acuerdo a una máxima a través de la que, al mismo tiempo, puedas querer que se convierta en una Ley Universal”.

Es así como, la racionalidad humana se muda de escenario, desde lo interno de la conciencia de la persona humana a lo exterior, al mundo de la convivencia de personas humanas interactuando mutuamente¹⁰⁵ y construyendo a partir de la argumentación la propia racionalidad humana, antes citada. De tal manera que el punto de partida irrefragable¹⁰⁶ del principio moral, que en Kant era la conciencia individual, es ahora la argumentación.

Ahora bien, dicha argumentación irrefragable, la que es a la vez racional y fuente misma de la racionalidad, no es una argumentación cualquiera; es una que cumple y reúne ciertas condiciones, de contenido claramente ético, que desarrolladas más adelante, se constituyen en los presupuestos pragmáticos de la argumentación racional y que además sirven de fundamento al propio principio moral, en sus distintas versiones o explicaciones (principio de universalidad o principio del discurso) dentro del esquema de la teoría ética denominada ética del discurso.

Por el momento baste adelantar que toda vez que el individuo humano que se embarca idealmente en un proceso de argumentación orientado al entendimiento, es decir una vez que ha adquirido conciencia e interiorizado los presupuestos pragmáticos que el filósofo moral –particularmente el que sostiene y se adhiere a los postulados de la ética discursiva- descubre y tematiza; entonces se da cuenta de que el proceso de argumentación al que ha ingresado es la sede misma de la racionalidad, de la que no le queda alternativa de salida alguna siempre que mantenga la actitud –ya de por sí moral- de continuar la búsqueda cooperativa de la de la rectitud moral y la consecuente búsqueda del consenso racional; ese que persigue por medios no violentos la resolución de disputas sobre pretensiones de validez en un mundo de la vida siempre plural. Ese individuo participante en la argumentación en condiciones ideales pues, debe suponer siempre las

¹⁰⁵ El mundo de la vida de J. Habermas, que está compuesto por tres elementos: la *cultura*, la *sociedad* y la *personalidad*. Pueden definirse en los siguientes términos:

- *Cultura*: El conjunto de saber en que los participantes en la comunicación se abastecen de interpretaciones para entenderse sobre algo en el mundo.
- *Sociedad*: El conjunto de órdenes legítimos a través de los cuales los individuos regulan sus pertenencias a grupos sociales, aseguran con ello la solidaridad.
- *Personalidad*: El conjunto de competencias que hacen del sujeto, uno capaz de lenguaje y de acción, es decir, capaz de tomar parte en procesos de entendimiento.

Cada uno de ellos se refiere, respectivamente, a suposiciones básicas sobre la cultura y sobre su influencia sobre la acción (cultura); a pautas apropiadas de relaciones sociales (la sociedad); y a la forma de ser de las personas (la personalidad) y de comportarse. Comprometerse en la acción comunicativa y lograr el entendimiento en cada uno de estos elementos, conduce a la reproducción del mundo de la vida mediante el *refuerzo* de la cultura, la *integración* de la sociedad y la *formación* de la personalidad.

¹⁰⁶ A. Cortina, *Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria, Epílogo de K.O. Apel*, Editorial Sígueme, Salamanca, 1995, pág. 68. Igualmente, J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en D. Blanco Fernández, J. A. Pérez Tapias y L. Sáez Rueda Editores, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 92.

condiciones o requisitos pragmáticos de la argumentación lo que significa que habrá de atenerse a los resultados y dictámenes de ese “nosotros argumentamos” en lugar de las consecuciones y efectos de aquel “yo pienso” kantiano de su solitaria conciencia.

1.2. ESTRUCTURA DE LA ÉTICA DEL DISCURSO.

En el propósito filosófico inicial de descubrir y tematizar los presupuestos de toda argumentación racional, la Ética del Discurso es una teoría ética que emprende las tareas de fundamentar la moral mediante principios y de verificar la corrección de normas de acción, a partir de una peculiar reflexión acerca de un hecho incuestionablemente humano: el hecho de la argumentación al que nos referimos en líneas anteriores.

Los seres humanos, de hecho, argumentamos¹⁰⁷ cotidianamente como parte de nuestra natural necesidad de interacción y comunicación mutua. Ese hecho, el de la argumentación, puede ser a la vez, manifestación evidente de nuestra tendencia al acuerdo recíproco y condición de racionalidad de nuestras acciones; ello ocurre en un contexto en el que no queda libre la posibilidad –evidente y verificable también en el día a día humano- de que la comunicación humana también se presenta como discusión sin sentido, sin orden ni tendencia al entendimiento recíproco y a la solución de conflictos, es decir, irracional. La argumentación puede ser considerada entonces, una porción –la más racional- de nuestras acciones de habla, pero no la única.

La argumentación, cuando racional¹⁰⁸, persigue precisamente el susodicho entendimiento recíproco, vía consideración y cumplimiento de ciertos presupuestos racionales que pueden reconstruirse mediante reflexión filosófica.¹⁰⁹

Esa reflexión es la que la teoría denominada Ética del Discurso aporta a la discusión ética con miras a la fundamentación de principios morales que imbuyen la justificación de una (al menos de una) de las tres formas de argumentación que mediante el uso del lenguaje conducen al entendimiento, al discutir acerca de la validez de pretensiones racionales¹¹⁰ (la de la validez en

¹⁰⁷ “Los argumentos son los medios con cuya ayuda puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente plantea por de pronto de forma hipotética, y con los que, por tanto, una opinión puede transformarse en saber”. J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalización de la Acción y Racionalización Social*, Taurus. Madrid, 1999, pág. 47.

¹⁰⁸ En términos de Jürgen Habermas: Acto o acción de habla orientada al entendimiento.

¹⁰⁹ A. Cortina y E. Martínez, *Ética*, Ediciones Akal. Madrid, 1996, pág. 96

¹¹⁰ J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Trad. Esp. R. Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008 pág. 69. Igualmente en J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa Vol. I.*, Taurus, Madrid, 1999, Capítulo 3. págs. 351-432.

cuanto corrección de normas, juicios y acciones morales). En efecto, si se asume que la argumentación puede consistir en un juego de pretensiones de validez que verse sobre la verdad¹¹¹, la veracidad¹¹² o la corrección normativa¹¹³; la discusión acerca de la corrección normativa es uno entre varios contenidos argumentativos orientados al entendimiento; lo que deja claro que los seres humanos evidentemente solemos entablar argumentaciones –entre otras, como se dijo- en las que se discute la corrección de normas de acción que afectan nuestra conducta. A ese peculiar tipo de argumentación orientada al entendimiento, se le ha denominado: *discurso*.

Con dicha convicción en mente, J. Habermas y K.O. Apel, los filósofos que han planteado, construido, estructurado y defendido la Ética del Discurso, sitúan en el hecho de la argumentación sobre la validez de normas, el punto de partida del edificio teórico discursivo. Así, en el caso del ingreso a la arena discursiva, de pretensiones de validez –corrección- normativa, la función que desempeña la crítica que acontece en el discurso –y en la que el discurso mismo consiste- es la de reconstruir la percepción (corrigiendo o reafirmando) que se tuvo en un primer momento acerca de una norma, una acción o un juicio devenido en problemático, con miras a su justificación o crítica; tal y como ocurre *analógicamente* en el caso del sometimiento de pretensiones de (validez) verdad acerca de percepciones o descripciones problemáticas de hechos en el mundo, la función del discurso es la de resolver tal condición problemática y establecer una verdad firme (así sea provisional o falsable). Está claro cómo el discurso sirve a cualquiera de las dos dimensiones de validez (o incluso al otro par: pretensiones de validez de sentido y de veracidad) cumpliendo una función idéntica, tanto en el ámbito práctico –en el primer caso- como en el teórico –en el segundo caso-.¹¹⁴

Ya adelantamos que la argumentación, para ser racional y con sentido, no es cualquier argumentación sino una que se presuponga la presencia de ciertas condiciones mínimas, que en

¹¹¹ En la acción lingüística orientada al entendimiento humano y particularmente con los actos de habla que J. Habermas denomina *constatativos*, el hablante se refiere a algo en el mundo objetivo, en el sentido de mostrar un *estado de cosas en el mundo*. El cuestionamiento de una emisión de ese tipo, por parte del oyente, significa que este niega la pretensión de *verdad* que el hablante plantea con su afirmación.

¹¹² Asimismo, con los actos de habla nominados como *expresivos* por J. Habermas, el hablante se refiere a algo perteneciente a su mundo interno, subjetivo; en el sentido de develar ante un público determinado o no, una vivencia a la que él solo tiene un acceso privilegiado. La negación de tal clase de emisiones significa que el oyente *pone en duda* la pretensión de *veracidad* con que el hablante acompaña la presentación que hace de sí mismo.

¹¹³ En el mismo contexto de las dos citas anteriores, con los actos lingüísticos de J. Habermas llama *regulativos*, el hablante se refiere a algo en un mundo social común, en el sentido de establecer una relación interpersonal que sea reconocida como legítima. El cuestionamiento de parte de otro participante en el discurso, de tal tipo de emisiones significa que el oyente niega la *rectitud normativa* que el hablante pretende para su acción. Este es el tipo de pretensión de validez que nos ocupa en este trabajo.

¹¹⁴ J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 61 y 62.

la argumentación *en serio* no tienen alternativa, a saber, resultan *inevitables*, tal como señala J. Habermas.¹¹⁵ Es en virtud a la observancia de tales presupuestos, es decir, una vez sean estos respetados idealmente, la argumentación, en palabras de A. Cortina, se convierte en *discurso*; dichos presupuestos racionalizadores son los siguientes¹¹⁶:

1. Todo sujeto capaz de comunicarse lingüísticamente y actuar, es un interlocutor válido en el proceso del discurso y debe poder participar en él.¹¹⁷
2. Cualquiera puede cuestionar cualquier afirmación de otro.
3. Cualquiera puede introducir como parte de la discusión, cualquier afirmación.
4. Cualquiera puede expresar sus posiciones, deseos y necesidades.
5. No puede impedirse a ningún hablante el ejercicio de los derechos antes descritos, por coacción originada externa o internamente al discurso.

A estos requisitos, José García Leal¹¹⁸ califica de presupuestos del orden de *condiciones de simetría* y del de *determinaciones de una situación ideal de habla*, tomando en cuenta que casi en ninguna situación real (o en ninguna, sin matices) los presupuestos descritos concurren todos juntos; por lo que ha de tenerse en cuenta desde aquí y en adelante, que los presupuestos de que tratamos configuran anticipaciones de una situación *ideal*, lo que deja en evidencia a su vez que el *discurso* del que trata la Ética Discursiva ha de ser tenido también y siempre como uno *ideal*. Habermas y Apel nunca han negado que su constructo configura *una situación ideal de habla* y no así situaciones reales de argumentación, discurso o comunicación que, indudablemente han de presentarse siempre incumpliendo alguno, varios o todos los presupuestos de que tratamos.

Además de los requisitos expuestos existen otros presupuestos (de un segundo tipo), de orden lógico o semántico, como el requisito de *no contradicción* de las propias afirmaciones que debe cumplir todo hablante que participa en argumentaciones orientadas al entendimiento; que en rigor son funcionales pues no tienen contenido ético alguno. En cambio, los que sí tienen contenido

¹¹⁵ J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 97 y siguientes.

¹¹⁶ J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 99 y A. Cortina, *Ética*, pág. 97

¹¹⁷ Lo que implica que cuando la norma objeto del discurso afecta a determinado sujeto, sus intereses deben ser tomados en serio. A. Cortina, *Ética*, pág. 97

¹¹⁸ J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 96

ético son los presupuestos de un tercer orden, denominados por J. García Leal como *presupuestos pragmáticos*¹¹⁹ que se constituyen en verdaderas exigencias de la *búsqueda cooperativa de la verdad*, que no es otra cosa que la argumentación con orientación al entendimiento y reconocimiento mutuo; dichos presupuestos son -coincidentes con algunos de los tipos de pretensiones de validez del discurso-, las exigencias de:

1. Que los participantes sean inteligibles en sus afirmaciones (pretensión de validez de sentido);
2. Que los participantes afirmen lo que realmente piensan (pretensión de validez de veracidad).

Quedan de lado aquí deliberadamente (como presupuestos pragmáticos), las pretensiones de validez de verdad y de corrección normativa pues hacen a tipos de discurso, propiamente dichos.

La lista de presupuestos pragmáticos, de incuestionable contenido ético, se completa con la actitud o ánimo permanente de los participantes de *búsqueda del acuerdo* y la *anticipación contrafáctica de la comunidad ideal*.

Es pertinente afirmar aquí preliminarmente en relación al primer elemento, que tanto en la versión Habermasiana como en la Apeliana de la ética discursiva, la persecución del consenso es *esencial*; en relación al segundo elemento ha de recalcarse la necesaria apelación de la ética discursiva a la situación ideal de habla dada la imposibilidad fáctica e histórica del cumplimiento efectivo de todos los presupuestos de la argumentación racional y, en referencia a la relación de ambos elementos, es preciso decir aquí, en consideración a la susodicha imposibilidad fáctica que el propio consenso racional, objeto del presente trabajo y nuclear en la ética del discurso, es consecuentemente de carácter *ideal*.

Descubiertos así, idealmente, los requisitos mencionados, mediante el método de la reflexión pragmático- trascendental¹²⁰ de K. O. Apel o por la comprensión de su inevitabilidad¹²¹ que concibe

¹¹⁹ J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 95

¹²⁰ J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 90.

¹²¹ J. Habermas afirma en relación al carácter inevitable, sin necesidad de una fundamentación última, de los presupuestos de la argumentación racional, que la Ética del Discurso: "*Trata de mostrar que el sentido del principio moral sólo se puede explicar desde el contenido de las presuposiciones inevitables de una praxis argumentativa que únicamente se puede llevar a cabo en común con otros. El punto de vista moral desde el que podemos enjuiciar las cuestiones prácticas imparcialmente se interpreta -qué duda cabe- de modos distintos. Pero no podemos disponer de él a nuestro antojo, ya que surge de la forma comunicativa del discurso racional mismo. Se le viene a la cabeza intuitivamente de modo inevitable*

J. Habermas, el discurso puede ser la sede de determinación de la validez de normas de acción siempre que la argumentación se someta a la aplicación de dos principios –que constituyen las dos explicaciones del principio moral en la ética discursiva- que surgen de la sistematización de los presupuestos de la argumentación en virtud a la aceptación ideal de parte de los individuos participantes en el discurso de que, lo contrario (a dicha aceptación), resultaría en la incursión en una *autocontradicción performativa*¹²²; y que forman la base de la Ética discursiva en tanto mecanismo argumentativo de enjuiciamiento de la validez de normas; a saber:

A) El principio del discurso, que establece:

*Sólo pueden pretender validez aquellas normas que pudiesen contar con el asentimiento de todos los afectados como participantes en un discurso práctico.*¹²³

Se puede apreciar cómo una vez internalizados los presupuestos de la argumentación por los participantes que no quieran incurrir en auto-contradicción performativa y atribuidos así ellos como inherentes a la condición humana misma, es decir constituidos ellos en requisitos de la razón humana operando como mecanismo post-metafísico de la fundamentación moral; derivan en un principio en el que se refleja claramente el hecho que la fundamentación moral ocurre a través del consenso; las razones de ser de las normas morales residen en el propio principio moral –en esta formulación denominada principio del discurso- bajo el que late firmemente la idea de consenso racional. Las normas morales, cuya finalidad es dirimir conflictos de intereses en la praxis humana, nacen así del consenso racional que resulta del mérito del principio del discurso de haber reflejado por ejercicio de la fundamentación, un mecanismo de resolución pacífico de conflictos de acción bajo el juego de confrontación de posturas diversas (y hasta opuestas) acerca de la corrección o incorrección de unas u otras acciones humanas. Las susodichas normas son el resultado de tal juego racional consensual contenido en el principio¹²⁴ de que tratamos.

a todo el que entra de alguna manera en esta forma de reflexión del actuar orientado por el entendimiento mutuo." En J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Trad. Esp. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pág. 109

¹²² J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 90.

¹²³ J. Habermas, *¿En qué consiste la "racionalidad" de una forma de vida? y ¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?*, ambos artículos contenidos en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 67 y 97. También en J. Habermas, *Ética del Discurso. Notas sobre un Programa de Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 177.

¹²⁴ La versión del principio del discurso, ofrecida por K. O. Apel, siendo menos ajustada que la de J. Habermas: " *El argumentante ya ha testimoniado in actu, y con ello reconocido, que la razón es práctica, o sea es responsable del actuar humano; es decir, que las pretensiones de validez ética de la razón, al igual que su pretensión de verdad, pueden y deben ser satisfechas a través de argumentos; o sea que las reglas ideales de la argumentación en una, en principio ilimitada, comunidad de comunicación, de personas que se reconocen recíprocamente como iguales, representan condiciones normativas de la posibilidad de la decisión sobre pretensiones de validez ética a través de la formación del consenso y*

B) El principio de universalización que señala:

*Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos laterales que del seguimiento general de la norma previsiblemente se sigan para la satisfacción de los intereses de cada uno, puedan ser aceptados sin coacción por todos los afectados.*¹²⁵

Esta versión del principio moral, derivado igual que la anterior explicación –principio del discurso– de los presupuestos de la argumentación, particularmente de aquellos que establecen las condiciones de simetría en el discurso; importa la ineludible y necesaria complementación al *procedimiento* en el que ocurre la consolidación de una norma como moralmente válida mediante la asunción del consenso racional acerca de ella en el seno del discurso. La ética discursiva exige seguir simultáneamente a la ocurrencia (siempre idealmente) de esa consolidación de la calidad de una norma como válida, la consideración de que los intereses ahí reconocidos (y sus consecuencias y efectos) sean consiguientemente universalizables, es decir, puedan ser asumidos como intereses que cualquier interlocutor o participante ideal en el discurso aceptaría sin coacción de ninguna naturaleza, salvo la de la fuerza de haber sido respaldados por las mejores razones posibles.

No es suficiente entonces contar con que la fundamentación moral, para ser racional, ocurra en el terreno de la argumentación orientada al entendimiento y cumpliendo con los presupuestos argumentativos; es necesaria además la complementaria prueba de universalidad que consiste en que las normas emergentes del discurso, una vez consensuadas discursivamente, sean sometidas a un segundo test, el de la aceptabilidad universal. Si en una primera fase del discurso, cumplidos idealmente los presupuestos de la argumentación, se dialoga acerca de qué intereses (de los expuestos en el ideal orden del día) tienen mejores razones de respaldo, es decir, qué pretensiones pueden adquirir validez moral; en la segunda fase del discurso, debe cuestionarse *complementariamente* si evidentemente esa validez podría ser confirmada por un auditorio universal. Las pretensiones (que no son otra cosa que expresión de unos u otros intereses de los participantes) que primariamente resultan moralmente válidas han de ser capaces,

que por ello, con respecto a todas las cuestiones éticamente relevantes de la vida práctica, es posible, en un discurso que respete las reglas de la argumentación de la comunidad ideal de comunicación, llegar, en principio, a un consenso y que, en la praxis habría que aspirar a este consenso". En J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 98.

¹²⁵ En J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 101. En J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Pág. 76.

secundariamente, de ser pretensiones que cualquier persona con capacidad lingüística aceptaría sin conflicto; o por decirlo en sentido negativo, tales pretensiones ya hipotéticamente válidas, no deberán ser nocivas en sus consecuencias y efectos para ningún virtual participante en el discurso ideal. Solamente así, con la mediación del principio de universalización, la validez queda idealmente consolidada dando como output del discurso la validación de unos intereses ya no únicamente universalizables sino universales; solamente así, con la mediación del principio del que tratamos ahora, el escenario expresivo del “yo pienso” de la conciencia individual racional puede convertirse en el ámbito del “nosotros argumentamos” plenamente racional. Claro está que, el establecimiento del procedimiento que la comunidad ideal de habla sigue, no llega al detalle de determinar si el primer y el segundo momento que aquí narramos ocurrirían tal como se ha descrito, o si uno después de otro o si simultáneamente; siendo el discurso racional uno ideal, el filósofo puede imaginarse todas las posibilidades procedimentales. Los dos principios pueden ser vistos como dos momentos distintos del discurso –como ocurre con J. Habermas- o pueden ser vistos en simultáneo, como *explicaciones* de un solo principio moral (por ende de una sola operación) como acontece en el pensamiento de K. O. Apel. Lo relevante en todo caso es que, el principio de universalización, complementa al principio del discurso y que solo así, en esa relación de complementación mutua, queda formulado el principio moral con el que la ética discursiva trabaja. Ahora bien, de la reflexión recién delineada, surge un cuestionamiento que afecta a la ética del discurso en la versión de J. Habermas en lo que concierne a la idealidad o facticidad del discurso, a saber:

Si las pretensiones declaradas preventivamente válidas según el procedimiento del principio del discurso, deben y requieren ser consolidadas través del procedimiento del principio de universalización, para obtener validez definitiva; ¿Cómo se garantiza que se trata de realmente de pretensiones universales, sino con la manifestación *real* de esas pretensiones en algún discurso fáctico con el que pueda contrastarse la validación *ideal*? o en términos más simples: ¿Cómo se asegura la universalización de unas pretensiones concretas? Será solamente, considero, a través del contraste entre unos intereses *realmente* válidos –debatidos en un discurso histórico- y esos mismos intereses puestos en el escenario de un discurso *ideal*. Juega aquí pues entonces inevitablemente la necesidad de acudir –por mor de la universalización- a la intervención del discurso real así sea momentáneamente con la finalidad de confirmar *históricamente* el carácter *universalizable* de unas pretensiones válidas obtenidas *idealmente* y así tornarlas *universales*.

En este análisis, lo dicho líneas arriba acerca de la aparentemente irrelevante, simultaneidad o no de los principios según lo imagine el filósofo; adquiere ahora relevancia pues, la consideración reflexiva que haga el filósofo imaginándose el principio moral de la ética del discurso como dos principios distintos (el del discurso y el de la universalización) y por lo tanto momentos diferentes del discurso, da lugar a que pueda pensarse el procedimiento discursivo como una combinación de discursos, *ideal y real*; real en el primer momento –en el que se discutan pretensiones históricas concretas- e ideal en el segundo momento, en el que esas pretensiones, por decirlo de alguna manera, se *elevan* a consideración del auditorio universal. Ahora bien, si puede concebirse esa estructura procedimental ¿Qué hay del problema de la más que probable falta de concurrencia de los presupuestos de la argumentación, en los discursos reales? Problema del que la ética del discurso sale, precisamente mediante la apelación al carácter *ideal* del discurso.

Planteada esta cuestión como una de las cruciales en el desarrollo del presente trabajo, preliminarmente habrá que decir que en J. Habermas, debe darse necesariamente el doble tránsito entre: “Discurso Ideal – Discurso Real – Discurso Ideal” para la coherencia del principio moral y sus dos momentos, el del principio del discurso y el del principio de universalización; es decir, debe necesariamente acudir a discursos reales en los que se debata el grado de racionalidad de normas históricas, para traducir ese grado de racionalidad a través del contraste con la racionalidad imaginaria de la comunidad ideal de habla. Habermas desarrolla, como se analizará más adelante con detalle, el principio de *adecuación*; desarrollo con el sale al paso y airoso de la dicotomía aquí planteada y que forma parte importante de su constructo. Por ahora y en esta parte inicial del capítulo, baste con la presentación de los dos principios y de su relación con los presupuestos de la argumentación racional.

1.3. DESCRIPCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ÉTICA DEL DISCURSO.

Ya se afirmó en la introducción de este trabajo que la Ética del Discurso, es una teoría de la Ética que, en un marco deontológico, cognitivista, universalista, formalista y procedimentalista; plantea principalmente que a partir del hecho básico de la argumentación como situación y actividad comunicativa, exclusiva y eminentemente humana, es posible el alcance de un consenso racional que ilumine el terreno de la razón práctica –sea en la dimensión pragmática, en la ética o en la moral- que pueda servir (en especial en la última de las dimensiones mencionadas) para definir la corrección o incorrección moral de normas y actos humanos; consenso racional que, aunque

distinto del acuerdo fáctico, pueda a su vez, pueda iluminar como idea regulativa, sistemas morales concretos y sistemas jurídicos concretos.

La ética discursiva tiende pues, al logro del consenso, bebe de él y se justifica en él en todas sus estructuras; siendo este para aquella un objetivo que es moralmente debido perseguir. Por lo dicho, el logro del consenso –como expresión del *acuerdo racional* ocurrido en las condiciones ideales de racionalidad y contando con los presupuestos de los principios (el del discurso y el de la universalización) en los que la ética discursiva tiene apoyatura y que ella misma desarrolla- en materia de corrección normativa y de corrección de actos humanos asumidos en el marco de dichas normas, el consenso es una suerte de meta a la que apunta la susodicha teoría del discurso. En la medida que el logro de tal objetivo sea viable, pues, es que la teoría en cuestión, confía en que normas y actos (fácticos) puedan ser enjuiciados racionalmente, como proceso inherente a la convivencia humana regulada en el orden moral y jurídico.

Desarrollemos ahora, las características de la teoría, que se habían ya enunciado desde la introducción. En primer lugar, es una ética *deontológica* porque es una ética de deberes, no de fines. Ello quiere decir que centra su ocupación en un par de problemas concatenados: 1) el de la justificación de la justicia o la corrección de normas que regulan las actuaciones humanas, con apoyo en principios; en un primer nivel y 2) el de la justificación de los propios actos humanos regulados por las mencionadas normas, con respaldo en la validez de dichas normas; en un segundo nivel. Por oposición a las concepciones éticas teleológicas, las éticas deontológicas evaden deliberadamente el tratamiento de los fines a los que podrían encaminarse las normas – dentro del primer nivel citado- y los metas a las que podrían dirigirse los actos regulados por esas normas –en el segundo de los niveles citados-.¹²⁶

Es pues, una teoría ética muy claramente definida y delimitada en lo concerniente al objeto de su concentración; por ello se la considera una ética de alcances estrechos -por decirlo de la manera cómo J. Habermas califica a las éticas de corte kantiano-¹²⁷; una ética de *mínimos*¹²⁸ por dos razones: en primer lugar, porque en la línea kantiana, renuncia a lidiar con el problema del *bien*,

¹²⁶ “el fenómeno básico necesitado de explicación desde la teoría moral es, en efecto, la validez deóntica de los mandatos o normas de acción.” y “...la tarea de la ética no es otra que la dimensión universalizable del fenómeno moral, dimensión que coincide con las normas acerca de lo que es justo, y no de lo que es bueno. Estamos pues ante un modelo ético deontológico.” J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 15. También en A. Cortina, *Ética*, pág. 93.

¹²⁷ J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 15.

¹²⁸ A. Cortina, *Ética sin Moral*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 164

el de la *felicidad* o el de la *virtud* como objetos de tratamiento de los juicios morales, dirigiendo toda su fuerza argumentativa al tratamiento de la validez deóntica de las normas y de los actos regidos por tales. Y en segundo lugar porque el sustento de dicha validez deóntica lo constituyen solo un par de principios, muy generales, abstractos y formales a diferencia de otros planteamientos éticos que lidian con una mayor cantidad y diversidad de elementos, sean estos fines (caso de las éticas teleológicas), virtudes (caso de las éticas de corte aristotélico), valores (caso de las éticas axiológicas), dogmas de fe (caso de las éticas religiosas), etcétera, etcétera.

Que se trate de una teoría de mínimos no significa que los planteamientos de la Ética del Discurso sean simples, débiles o frágiles; es por el contrario, una teoría con una estructura muy firme y elaborada. De ahí que las críticas que ha recibido no han logrado doblegarla ni mucho menos, contrariamente, la han fortalecido pues las réplicas de J. Habermas a tales críticas la han hecho aún más consistente. Con la consideración de algunas de dichas réplicas, el presente trabajo irá delineando los rasgos esenciales de la teoría que nos ocupa, siempre dirigiendo el análisis al tratamiento básico del consenso racional habermansiano.

Por otro lado, es una ética *cognitivista*, porque es modelo que rechaza la justificación de la moral en decisiones o emociones de los seres humanos, como manifestaciones de la voluntad, aunque sea esta, autónoma. Una ética cognitivista es una ética de conceptos¹²⁹ que intenta respaldar las normas y los actos morales en justificaciones y fundamentaciones racionales y universales, como son, en el caso de esta teoría, el principio moral y los presupuestos de la argumentación racional. Se apoya la ética discursiva en la lógica argumentativa (que ha sido llamada a veces lógica informal)¹³⁰ que tiene una estructura teórica propia y que le presta, a manera de método, el auxilio necesario a la teoría discursiva, para la producción de argumentos solventes y pertinentes, capaces de fundamentar, en el marco del discurso práctico, la *corrección* de normas y actos morales de forma *análoga* a como lo hacen, en los discursos teóricos, en la justificación de la *verdad* proposicional.

Por su parte, el rasgo *universalista* de la Ética del Discurso viene manifiesto en que los principios que le dan sustento tienen vocación de universalidad, en un doble sentido: en que no se originan en el marco de una determinada manifestación histórica o cultural, expresándola; y en que tienden

¹²⁹ A. Cortina, *Ética sin Moral*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 165 y J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Pág. 61 y 62.

¹³⁰ J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, Taurus, Madrid, 1998. Pág. 43.

a ser aplicables a toda realidad histórica particular. En efecto, tales principios pretenden validez más allá de tiempo y espacio, validez que afecta al desenvolvimiento de todo el género humano.¹³¹

Un rasgo concomitante a la característica de la universalidad, es que la *Ética Discursiva* es una *ética formalista*; por una parte porque se halla vaciada de cualquier contenido material proveniente de ninguna tradición, cultura o época; en fin, la teoría en análisis se abstrae de cualquier contexto histórico proveedor de principios u otro tipo de insumos. Y por otra parte porque siendo moralmente válidas solamente las normas que se rijan por principios universalizables, se entiende que tales normas serían las que querría todo ser racional.¹³²

Finalmente, la *Ética del Discurso* es una *ética procedimentalista* porque confía la tarea de fundamentación de los principios morales (que a su vez fundamentan normas de acción) y la tarea de verificación de la corrección de tales normas y acciones, no ya en una operación de reflexión interna con sede en la conciencia de cada ser humano, sino en el diálogo, externo naturalmente, entre los seres humanos afectados por la norma en cuestión. Ese diálogo, se entiende, para ser racional, deberá cumplirse en determinadas condiciones que la propia teoría desarrolla en la forma de un procedimiento cuyo seguimiento asegura tal racionalidad.¹³³

¹³¹ A. Cortina, *Ética sin Moral*, pág. 163 y siguientes. También J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 90 y siguientes

¹³² J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 16.

¹³³ "A diferencia de Kant, los procedimentalistas piensan que la comprobación de la corrección de las normas por una persona es insuficiente, y proponen que dicha comprobación sea llevada a cabo por todos los afectados por la norma en cuestión siguiendo procedimientos racionales". A. Cortina, *Ética*, pág. 93.

PARTE II

LA FUNDAMENTACIÓN DE JÜRGEN HABERMAS DE SU PROPIA VERSIÓN DE LA ÉTICA DEL DISCURSO.

2.1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en consideración que J. Habermas llama comunicativas a las interacciones “...en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el **consenso** que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez”,¹³⁴ lo que le preocupa para probar la posibilidad de la fundamentación ética con algo que sea distinto a las meras emociones o a la manifestación pura de la voluntad, o sea, una fundamentación de normas que entre en el orden de lo cognoscitivo antes que en el campo de lo volitivo; y como condición previa a la caracterización de su modelo de ética discursiva; es identificar y dar cuenta de un tipo especial de pretensiones de validez, dentro de los diferentes procesos de interacción lingüísticamente explícitos que los seres humanos conducimos para entendernos unos con otros¹³⁵.

Dentro las posibles modalidades de entendimiento lingüístico, está aquella en cuyo mérito buscamos **ponernos de acuerdo** acerca de la rectitud o corrección de las normas de acción que nos afectan o han devenido en conflictivas, mediante las aspiraciones o pretensiones de validez que efectuamos al actuar hablando, que contienen unas u otras opiniones sobre las normas en cuestión. En dicho proceso, los participantes orientan su intervención, a través de un juego de argumentaciones respaldadas en razones, hacia la obtención de un acuerdo que razonablemente convenza a todos los afectados y pueda dar la calidad de legítimas a las normas que manden en

¹³⁴ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Trad. Esp. R. Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008 pág. 69. Negrita mía.

¹³⁵ En el análisis de la acción humana orientada al entendimiento que J. Habermas ha desarrollado en su teoría de la acción comunicativa, pueden identificarse las distintas modalidades de actos de habla con sus diversas o correspondientes clases de pretensión de validez. Así: “En el campo de procesos de entendimiento lingüísticamente explícitos, los actores plantean pretensiones de validez con sus acciones de habla, en la medida en que se ponen recíprocamente de acuerdo y se trata, además, de pretensiones de verdad, de rectitud, de veracidad, según se refieran en cada caso a algo en el mundo objetivo (como la totalidad de las realidades existentes), a algo en el mundo social conjunto (como la totalidad de relaciones interpersonales legítimamente reguladas) o a algo en el propio mundo subjetivo (como la totalidad de las vivencias a las cuales tiene acceso privilegiado). Mientras que en la acción estratégica un actor influye sobre el otro empíricamente mediante la amenaza de sanciones o la promesa de gratificaciones a fin de conseguir la deseada prosecución de una interacción, en la acción comunicativa cada actor aparece racionalmente impelido a una acción complementaria, y ello merced al efecto vinculante locutivo de una oferta del acto de habla”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 69.

nuestras acciones futuras; con lo que las normas mencionadas quedarían suficientemente fundamentadas.

Todo este proceso discursivo se encamina, dicho en otros términos, a la justificación de la corrección o incorrección de nuestras acciones, determinada aquella por el contenido de que se trate y en que pueda materialmente consistir la norma concreta sobre la que se esté debatiendo. Pues bien, esa modalidad peculiar de proceso de entendimiento lingüístico en la que puede hablarse de fundamentación moral y es la que debe, por consecuencia y en opinión de J. Habermas, distinguirse suficientemente de las demás modalidades para poder constituirse en la base de la fundamentación cognoscitiva de la moral; que a su vez, siendo la forma típica a través de la cual opera la ética del discurso, pueda servir de base para oponer la ética discursiva, como modelo teórico ético, a la crítica del escepticismo ético que se cierra a la postura de que la moral puede fundamentarse desde conceptos.

Desde el inicio del escrito¹³⁶ en el que expone su programa de fundamentación de la Ética del Discurso, J. Habermas, que en esta parte del trabajo examinamos, el autor va imaginando una especie de debate con un ideal partidario del escepticismo ético; siendo el desarrollo del artículo precisamente el desenvolvimiento de todo el programa fundamentador de la ética del discurso mediante la exposición de las cuestiones nucleares de su teoría, que harían deponer la postura del supuesto escéptico y resultarían suficientes para que él alcance convicción acerca de la plausibilidad de la teoría. Esta narración de la hipotética discusión entre Habermas y el escéptico, enriquecida además en cada acápite con el contrapunto, imaginado también por el autor, de las oposiciones y críticas que el ficticio escéptico le hace en cada una de sus presentaciones, J. Habermas acaba conformando la fundamentación de su propia versión de una teoría ética (diferenciándola de la versión de K. O. Apel y de otras propuestas teórico-morales de bases cognoscitivas) que él cree útil, como ha manifestado en más de una ocasión, para un enjuiciamiento crítico de sistemas morales y jurídicos, de normas y de acciones reales.

2.2. LA ACTITUD PERFORMATIVA

El primer paso que da J. Habermas es identificar el terreno en el que han de hallarse las cuestiones moralmente relevantes. Dicho ámbito sería en su concepción, el de la vida cotidiana misma, siendo

¹³⁶ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*.

la perspectiva de análisis la del propio ser humano participante en relaciones comunicativas con sus congéneres, la de la primera persona, el punto de vista performativo; no así la perspectiva del tercero no implicado que mira las ocurrencias y conflictos moralmente relevantes desde la distancia del observador asumiendo el enfoque objetivante. Para ellos J. Habermas se sirve y alude a los aciertos teóricos del estudio del filósofo inglés Peter Frederick Strawson, contenidos en el ensayo titulado “Libertad y Resentimiento”, en el que dicho autor hace una relación de los sentimientos humanos y de los puntos de vista desde los que ellos pueden analizarse.

A partir del estudio de P. F. Strawson, J. Habermas va dando forma a la idea de una ética cognitiva. A través, de inicio, de la diferenciación entre el punto de vista o la actitud performativa del participante de las interacciones humanas y por ende de los sentimientos y la perspectiva del tercero, que ve una situación de interactividad humana y sus contenidos emotivos o afectivos, desde fuera, en adopción de una actitud objetiva. Según el estudio de P. F. Strawson, desde la actitud objetiva hay alguna opción de conocer las emociones que se analizan, pero siempre con un alcance limitado¹³⁷; no hay posibilidad de conocer y por lo tanto de fundamentar y justificar juicios y acciones morales desde esa perspectiva y sin la presencia de la actitud performativa, que la única vía genuina de llegada al meollo de la moral¹³⁸. Los sentimientos están en la base, son el vehículo de los juicios y las acciones morales, tanto como las percepciones son el vehículo del enunciado aseverativo.

Son de especial interés para los propósitos de J. Habermas, los sentimientos de *culpabilidad* y de *deber*, que, entre la variada gama de sentimientos que configuran el plexo afectivo humano, son

¹³⁷ P. F. Strawson, *Libertad y Resentimiento*.

http://esepulveda.cl.tripod.com/libertad_y_resentimiento.htm

“...la actitud objetiva puede hallarse emocionalmente matizada de múltiples formas, pero no de todas: puede incluir repulsión o miedo, piedad o incluso amor, aunque no todas las clases de amor. Sin embargo, no puede incluir la gama de actitudes y sentimientos reactivos que son propias del compromiso y la participación en relaciones humanas interpersonales con otros: no puede incluir el resentimiento, la gratitud, el perdón, la ira o el género de amor que dos adultos sienten a veces el uno por el otro. Si la actitud de usted hacia alguien es totalmente objetiva entonces, aunque pueda pugnar con él, no se tratará de una riña, y aunque le hable e incluso sean partes opuestas en una negociación, no razonará con él. A lo sumo, fingirá que está riñendo o razonando”.

¹³⁸ P. F. Strawson *Libertad y Resentimiento*.

http://esepulveda.cl.tripod.com/libertad_y_resentimiento.htm

“Miramos con un ojo objetivo el comportamiento compulsivo del neurótico o la aburrida conducta de un niño pequeño, pensando en él como si fuese un tratamiento o un entrenamiento. Pero a veces podemos ver la conducta del sujeto normal y maduro con algo que difiere muy poco de ese mismo ojo. Tenemos este recurso y a veces lo empleamos: como refugio ante, digamos, las tensiones del compromiso, como ayuda táctica o simplemente por curiosidad intelectual. Siendo humanos, en una situación normal no podemos adoptar tal actitud por mucho tiempo o del todo. Si las tensiones del compromiso, por ejemplo, continúan siendo demasiado grandes, entonces hemos de hacer algo más: suspender la relación, por ejemplo. Pero lo que es interesante por encima de todo es la tensión que existe en nosotros entre la actitud participativa y la actitud objetiva. Se siente tentado uno a decir que entre nuestra humanidad y nuestra inteligencia. Pero decir esto sería desvirtuar ambas nociones”.

las dos emociones que a partir de la actitud performativa, pueden remitir a un ámbito que trasciende al individuo¹³⁹ que los experimenta (y de hecho, esa experiencia obedece precisamente a la calidad que se está explicando ahora), porque, por ejemplo, al sentirse culpable por una acción moralmente reprochable, el individuo no solamente siente haber hecho daño al agredido u ofendido, sino a sí mismo y a la vez, a todos los demás individuos; en el sentido de que con dicha acción, además de haber dañado a una persona concreta, se ha vulnerado la *esperanza normativa*¹⁴⁰ que está en la base y que sigue a toda norma, esto es, una norma general de conducta que afecta a todos; la acción reprochable, sería tal desde la perspectiva de cualquier participante (en condición de agresor o de agredido, eso da igual) pero es *moralmente* reprochable a partir de que le acompaña la vulneración de la esperanza normativa. Cuando el sentimiento es generado por un juicio o por una acción que puede ser remitido al ámbito general, entonces se habla propiamente de que ese sentimiento involucra un carácter moral¹⁴¹.

Cosa parecida acontece con el sentimiento del *deber*, solo que esta vez en sentido positivo, no en la negativa sensación de desasosiego que genera el sentimiento de culpabilidad. Así, solamente el que se halla sintiendo, es decir quien tiene la actitud performativa, únicamente desde esa posición, pueden explicarse las *razones de la acción*, con el añadido de que además, habrá de hacerse esa explicación de razones en *plural*, en colectivo, es decir de forma que otros escuchen y atiendan a tales razones, lo que abrirá recién así, la posibilidad de una auténtica fundamentación de los juicios, acciones y normas morales.

En esta parte J. Habermas se apoya en P. F. Strawson para darle justificación a la idea de que la ética puede ser explicada desde el punto de vista cognoscitivo, es decir a partir de la elaboración de conceptos que compongan una teoría coherente y racional desde la actitud performativa. Aquí no cabe que el filósofo moral, opere imaginando (y en actitud objetiva) las emociones y sentimientos con contenido moral¹⁴², a lo sumo él podría ser uno más de los participantes en el

¹³⁹ "...los resentimientos y las reacciones afectivas personales en general remiten a pautas supra-personales del enjuiciamiento de normas y mandatos". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 60.

¹⁴⁰ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 58.

¹⁴¹ "Si las reacciones afectivas, dirigidas contra personas concretas, no estuvieran vinculadas a ese tipo de desengaño impersonal que se orienta contra el quebrantamiento de esperanzas de comportamiento generalizadas, o contra normas, aquéllas perderían su carácter moral. Únicamente la pretensión de alcanzar la validez general concede la dignidad de la autoridad moral a un interés, una manifestación volitiva o una norma." J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 59.

¹⁴² "Esta observación también es importante por razones metodológicas: el filósofo moral tiene que adoptar una actitud que le permita considerar los fenómenos morales como tales. Strawson muestra en qué medida están imbricados los distintos sentimientos morales en el ámbito de las

discurso. Para J. Habermas, entonces, la filosofía moral deberá, en su cometido de clarificación de las intuiciones cotidianas, obtenidas por vía de socialización humana, coordinarse al menos ideal o virtualmente, con la actitud de los partícipes de la praxis comunicativa cotidiana.

De esa manera J. Habermas deja claramente sentado que la ética del discurso aterriza y opera en el propio mundo la vida, que es un mecanismo de fundamentación moral de normas, que actúa a partir de la perspectiva de la praxis misma, desde la actitud del participante; es en suma, un instrumento a ser utilizado, socialmente, por los propios individuos involucrados y no una herramienta hecha exclusivamente para filósofos, puesto que, como había concluido Strawson, el mundo de las manifestaciones morales únicamente se deriva de la actitud performativa de quienes participan en la interacción.

2.3. LA VERDAD MORAL

Una vez expuesta la que para él es la primera condición para que la Ética del Discurso sea servicial a la fundamentación moral, en aras de consolidar el carácter cognitivo de la perspectiva ética-discursiva y retomando el tratamiento relacionado con la modalidad de discurso dirigido al entendimiento lingüístico, por el que se hacen efectivas en el habla, las pretensiones normativas de validez; a J. Habermas le interesa establecer que tal modalidad, siendo distinta de las demás modalidades, funciona de manera *análoga* a la del discurso teórico. Se diferencia evidentemente de este pero mantiene una manera de operar *semejante*, dado que al final de cuentas, son ambas modalidades las que pueden manifestarse discursivamente, es decir a través de la fundamentación con razones, de normas en un caso y de realidades o hechos, en el otro caso. No conviene, hasta más adelante, entrar necesariamente en los detalles de esta parte de la reflexión habermasiana, puesto que en ambos casos subyace evidentemente la búsqueda consensuada de un resultado, que el primer caso será la fundamentación de normas como correctas y en el segundo la exposición de hechos como verdaderos. Sin embargo y precisamente a partir de la idea de *verdad*, vale la pena describir a grandes rasgos cómo J. Habermas se da a la tarea de establecer la analogía

relaciones internas (...) Por supuesto, los sentimientos centrales son los de la culpabilidad y el deber. Lo que más interesa a Strawson de todo este complejo (explicable desde un punto de vista analítico-lingüístico) es la circunstancia de que todas estas emociones afectan a una praxis cotidiana a la que únicamente tenemos acceso mediante una actitud performativa. Solamente así consigue la red de sentimientos morales cierto carácter inevitable: no podemos renunciar nuestro libre albedrío, al compromiso que hemos aceptado en cuanto pertenecientes al mundo de la vida. La actitud objetivadora frente a fenómenos que hemos tenido que percibir en nuestra perspectiva de participantes es secundaria". J. Habermas, Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación, en J. Habermas, Conciencia Moral y Acción Comunicativa, Pág. 57.

mencionada siempre en función a la distinción previa. Parte él, de la sugerente idea de *verdad moral*.

En el análisis, se sirve de investigaciones de otros autores que habían intentado explicar la idea de verdad moral mediante distintos tipos de justificaciones; con el propio análisis y de paso, no olvida la tarea de hacer ver a su hipotético interlocutor escéptico cómo algunas posiciones como la del objetivismo y el subjetivismo éticos, se rinden ante sus argumentos.

En efecto, hace J. Habermas una consideración de la exposición en la cual Stephen Toulmin¹⁴³ había intentado establecer un paralelismo entre las cuestiones de razón teórica y las cuestiones de razón práctica, a partir de la comparación entre *sentimientos* y *percepciones*. Con ejemplos como el de la percepción errada que se tiene de un palo recto como *curvo*, por estar sumergido en el agua; hecho que desde la Física tiene una explicación racional a partir de la cual se puede calificar de verdadera o de falsa alguna afirmación que se haga sobre la real o equivocada condición del palo (es decir, puede desde tal ciencia darse o no validez a una pretensión de verdad sobre una realidad); comparados con los ejemplos de expresiones de sentimientos como el de reproche, de auto-reproche y otros por los que se manifiestan emociones cargadas de remisiones a normas morales y que así formulan aspiraciones de rectitud o no de acciones regidas por dichas normas, que desde la Ética pueden ser declaradas justificadas o no justificadas (es decir, que desde esa disciplina puede darse validez o no a una pretensión de corrección normativa); lo que quiso St. Toulmin fue demostrar que la manera cómo se explican las proposiciones que se hagan acerca la verdad de las percepciones de la realidad, tiene un paralelo en el orden de las proposiciones acerca de la corrección de las normas, ya que ellas merecen una *fundamentación* que opera de forma similar a la *explicación* de hechos.¹⁴⁴ Esa comparación había llevado St. Toulmin a concluir que la objetividad de la naturaleza puede de manera analógica extenderse al mundo social y por tanto a la moral. De ahí que haya aseverado que la creencia en la objetividad de la moral, ha de derivar en la aceptación de que algunos enunciados morales son *verdaderos*; o dicho de forma inversa, que del hecho, muy frecuente en el mundo de la vida, de afirmar la *verdad* (en el sentido de corrección) de una norma, implicaría la insinuación de la asunción de una

¹⁴³ S. Toulmin, *El Puesto de la Razón en la Ética*, Madrid, Alianza, 1979.

¹⁴⁴ "Un argumento moral que se comporta respecto a aquella red de actitudes morales de forma análoga a una argumentación teórica con referencia ala avalancha de percepciones (...) Mientras que la crítica teórica a las experiencias cotidianas desorientadoras sirve para corregir opiniones y esperanzas, la crítica moral sirve para cambiar formas de acción o para justificar los juicios que merecen". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 62.

postura objetivista en materia Ética. Estas conclusiones no le parecen muy sorprendentes a J. Habermas¹⁴⁵, aunque las menciona, asumo, porque le sirven en su tarea de demostrar cómo es asumible una postura cognoscitivista en materia de Ética, ya que el paralelismo de St. Toulmin sugiere evidentemente que la fundamentación de normas puede darse a partir de *patrones conceptuales* (que siendo similares a los de la justificación de la verdad) pueden derivar en principios que, meditados y tematizados por el filósofo moral, pueden luego constituirse en herramientas estables para la fundamentación normativa ulterior; lo que ya y de todas maneras, es un avance en contra de la postura que afirma que la ética solo puede aceptar la fundamentación moral en emociones o en decisiones que nacen de actos de la voluntad, como mantienen las posiciones contrarias al cognoscitivismo ético; tendencia dentro de la que se inscribe la Ética del Discurso.

Otra aportación que J. Habermas recoge, en su tarea de caracterizar las pretensiones de validez normativa, es la de G. E. Moore, que se había dado a la tarea en su “Principia Ethica”, de efectuar comparaciones entre predicados de orden descriptivo y predicados de orden normativo llegando a asumir el parangón entre unos y otros (que equipara las predicaciones de “amarillo” o “blanco” a las de “justo” o “bueno”); la adjudicación de calificativos a los objetos reales podría, en cierta manera, compararse con la predicación de condiciones morales a los objetos ideales (como las normas), lo que le condujo, igual que Toulmin a asumir una postura objetivista respecto a las cuestiones éticas.

J. Habermas no participa de la postura, pues la matiza mostrando el error intuicionista de Moore que al plantear una posición objetivadora de la moral; equipara la calidad “amarillo” o “blanco” que son *propiedades* que pueden explicarse a través de la constatación empírica; a “justo” o “bueno” que son *condiciones* que se explican únicamente a través de la fundamentación mediante *razones*. G. E. Moore parangona equivocadamente *propiedades* de un determinado rango empírico con condiciones de mayor rango de abstracción, como bien demuestra J. Habermas¹⁴⁶; dado que si la comparación de *justo* o *bueno* ocurriese con condiciones del rango de abstracción de *verdad*; entonces queda claro que la *justicia* (como la bondad moral normativa) de las normas no merece

¹⁴⁵ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 62.

¹⁴⁶ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 63.

igual tratamiento que cualquier propiedad empíricamente verificable de algún objeto de la realidad. Lo que respalda la afirmación de J. Habermas de que la veracidad de las cuestiones prácticas (esto es, la verdad moral) no debe entenderse como si los enunciados normativos pudiesen ser verdaderos o falsos, en el sentido de los enunciados descriptivos de la realidad. La *verdad* en cuestiones prácticas se demuestra en función a razones y solamente a razones, a diferencia de la *verdad* empírica que puede demostrarse con constataciones de la experiencia¹⁴⁷.

De similar forma, J. Habermas rechaza la postura drásticamente contraria, la subjetivista, que desde el otro extremo, cierra toda posibilidad de atribuir *veracidad* a las cuestiones prácticas en cualquier sentido, incluido el del ofrecimiento de razones. Para la postura subjetivista ética, que suele aparecer en forma de emotivismo o prescriptivismo o en una forma combinada de ambos, los enunciados normativos *dar razones* que fundamenten las acciones morales, implica solamente la ilusión de que se están dando razones, cuando en el fondo, lo que se hace es manifestar una preferencia o una posición subjetiva o un intento de convicción a otro, o ambas cosas; pero de ninguna manera dar razones que fundamenten la acción o la norma en cuestión. El prescriptivismo habitualmente encierra, bajo el supuesto respaldo en razones, una postura subjetiva (que en el fondo y a menudo es fruto de la volición). Así por ejemplo las afirmaciones “esta acción es justa” y “esta acción es buena” pueden implicar en el fondo la proposición “yo apruebo esta acción, hágala también”. Aquí la razón que el hablante está ofreciendo en respaldo de su prescripción, es precisa y únicamente al hecho de él haber preferido tal acción como efecto de sus necesidades, preferencias o valoraciones individuales, es decir, de *su* voluntad. Aquí el juicio moral está por una parte expresando una preferencia subjetiva del hablante a la vez que está intentando influir en la conducta del oyente. El fundamento del juicio moral entonces está, aquí, haciéndose depender solamente de las razones que el hablante hubiera podido tener al adoptar su postura y de ninguna manera se está atendiendo a razones argumentadas en plural como las que se esgrimen en el ámbito discursivo racional. En este tipo de manifestaciones subjetivistas-prescriptivistas de pretensión de corrección normativa, la *verdad moral* evidentemente no existe ni puede fundamentarse a la manera de la explicación argumental de la verdad de las proposiciones

¹⁴⁷ “...el intento intuicionista de captar las verdades morales tenía que fracasar, debido a que los postulados normativos no pueden verificarse ni falsarse, es decir, no pueden comprobarse por las mismas reglas que los postulados descriptivos”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 64.

aseverativas¹⁴⁸. En mérito a las posturas subjetivistas como la que se describe, lleva razón Alisdair McIntyre cuando afirma que en materia ética la razón no tiene nada que decir.

Estas falsas razones no son, obviamente, las que J. Habermas tiene en mente y propone en su teoría discursiva de la Ética¹⁴⁹.

2.4. DIFERENCIACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE VALIDEZ NORMATIVAS

Para llegar a la aceptación de que evidentemente hay alguna similitud entre las pretensiones de validez de verdad de las proposiciones descriptivas y las pretensiones de validez de corrección o rectitud de las proposiciones normativas; J. Habermas ha ido descartando con sus análisis críticos, posturas que desde distinto ángulos han tratado de, bien, equipar ambas modalidades de entendimiento lingüístico, o bien, han tratado de negar que exista analogía alguna entre tales modalidades (a la vez que ha ido, siempre, contestando a su hipotético crítico escéptico, que en cada análisis ha adoptado imaginariamente, la posición que J. Habermas ha considerado, en cada caso, contraria a la suya o insuficiente).

Lo importante para los propósitos de J. Habermas, es que a través de esa ruta crítica, le ha sido posible hablar de una ética de conceptos o cognoscitiva, en respuesta a las objeciones de las éticas de valores o las del emotivismo o las del decisionismo, que niegan la posibilidad de fundamentar los juicios y las normas morales mediante razones y niegan la plausibilidad de una teoría que intente ofrecer un constructo conceptual por el que se pueda sistematizar la producción colectiva racional, de dichas razones fundamentadoras; como es la Ética del Discurso.

Si, la afirmación de J. Habermas de que las pretensiones deontológicas operan de manera *análoga* a las pretensiones aseverativas, significa que existe entre las dos modalidades una similitud, pero

¹⁴⁸ "En este caso, el elemento central de significado consiste en que, con un enunciado normativo, el hablante recomienda u ordena al oyente una elección concreta entre acciones distintas. Como quiera que estas recomendaciones u órdenes se apoyan en último término en principios que el hablante ha adoptado de modo arbitrario, los enunciados valorativos no constituyen el modelo verdaderamente más adecuado para el análisis de enunciados del deber ser. Antes bien, el prescriptivismo (...) desemboca en un decisionismo ético; la base para la fundamentación de enunciados de contenido normativo está constituida por enunciados intencionales, esto es, aquellos enunciados mediante los cuales el hablante expresa la elección de principios y en último término, la elección de una forma de vida. Ésta, a su vez, no es susceptible de justificación". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 66.

¹⁴⁹ "Aunque el hecho de que generalmente discutamos sobre cuestiones prácticas con razones, está mejor explicado en la teoría decisionista de Hare que en las doctrinas emotivistas y las imperativas en sentido estricto, todas estas actitudes meta-éticas coinciden en el mismo punto de escepticismo. Todas ellas explican que el significado de nuestro vocabulario moral, en verdad, consiste en decir algo para lo que los enunciados de vivenciales, los imperativos y los enunciados intencionales serían las formas lingüísticas más adecuadas. Las pretensiones de verdad, o, en general, las pretensiones de validez dependientes de la argumentación, no pueden vincularse con ninguno de estos tipos de enunciado. Por ello es inevitable que en la propuesta de que existe algo así como verdades morales se contenga un equívoco sugerido por el entendimiento intuitivo de la vida cotidiana". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 66.

no identidad; habrá que dar cuenta de cuáles son las diferencias que tienen (que no son tan sutiles), a fin de demostrar que hay una especial manifestación del discurso cuando de la fundamentación de las pretensiones normativas se trata; que es una forma discursiva autónoma y peculiar, a pesar de la similitud con la forma, también discursiva, de explicación de la verdad real. Hay pues una distinción interna entre la justificación de la verdad real y la de la verdad moral o sea de la fundamentación de la corrección normativa.

En efecto, J. Habermas acomete esa empresa de la forma que a continuación será glosada:

En un primer análisis, aparentemente se presentan solo similitudes ya que, se puede aseverar que los enunciados descriptivos empleados en las acciones de habla que tratan de dejar constancia, se comportan en relación a los hechos, de forma parecida a como lo hacen los enunciados normativos empleados en las acciones de habla regulativas, con respecto a las relaciones interpersonales ordenadas de modo legítimo. Así, la verdad de los enunciados supone la existencia de realidades, así como la rectitud de las acciones implica el cumplimiento de las normas.

Pero en una segunda instancia, de estudio más minucioso, se puede verificar que existen diferencias entre uno y otro tipo de enunciados. En efecto, como J. Habermas justifica, la asimetría respecto a la relación interna que se da entre *Norma Moral-Acto de habla regulativo-Pretensión de validez normativa* por una parte y *Realidad-Acto de habla constatativo-Pretensión de validez aseverativa*, por otro lado. Y se presenta o se hace evidente cuando se analizan estas relaciones internas a detalle y por separado.

Así, en la primera relación, la norma moral existe de forma independiente a que en su respecto se efectivice un acto de habla regulativo, pues la pretensión de *su* validez ya tiene sede en la propia norma (de manera primaria, digamos); es decir que su validez ya está pretendida aún en el caso de que no se manifieste tal pretensión mediante un acto de habla en función a su mérito o a su demérito. Reside la pretensión evidentemente también (de forma secundaria, por así decir) en el acto de habla regulativo, cuando este se produce. Hay pues una autonomía de las normas morales, relativa a los actos de habla (regulativos o del cualquier otro tipo) cuya causa es que la norma moral está ahí, esto es, *existe* o mejor: *vale* en tanto y en cuanto al menos se piense (o con mayor razón, se diga discursivamente) que los destinatarios de tal norma, irán a cumplirla. De otro modo la norma no tendría razón de ser alguna; o dicho de otro modo, su razón de ser está implicada en la propia pretensión de su validez.

Por el contrario, en la segunda relación interna, la que se da entre *Realidad-Acto de habla constatativo-Pretensión de validez aseverativa*, la situación es distinta. No se puede decir que haya....la pretensión de validez aseverativa necesariamente debe hacer uso del acto de habla constatativo o descriptivo, para poder ser. Su sede única es necesariamente el acto de habla pues sin él no hay pretensión de constatación de hechos alguna. Sin la manifestación lingüística de que es verdad lo que se pretende decir que es verdad, no hay pretensión de validez alguna. Esto se debe a que, la realidad (a diferencia de la norma moral) es y lo será, ocurra o no ocurra la pretensión de su verdad mediante un acto de habla constatativo. La realidad, para *existir*, no requiere de constataciones, simplemente está ahí, existe. En cambio, la norma moral (que no tiene existencia en el mundo físico) existe –vale- en el mundo social, en virtud a su pretensión de validez, si no, no existe.¹⁵⁰

Pues bien, la asimetría descrita, que a primera vista era imperceptible, sirve de base para distinguir una modalidad de pretensión de validez, la normativa, de otra modalidad, la aseverativa; lo suficiente para en base a ella afirmar que en los procesos lingüísticos orientados al entendimiento hay analogías, pero también hay diferencias. Lo que le permita a J. Habermas ahondar en la fundamentación de su ética discursiva puesto que ya ha esgrimido, mediante la constatación de la distinción citada, suficientes argumentos para demostrar al escéptico, que la verificación discursiva de la pretensión de corrección de validez normativa es lo suficientemente peculiar, que puede ponerse a salvo de cualquier intento de asimilarla a la otra modalidad (la de la pretensión de validez aseverativa) lo que en todo caso tendría como intención de fondo, asimilar la corrección moral a la verdad real; y ello no resultaría sano para un modelo teórico como la ética del discurso, que pretende ponerse a cubierto de las posturas objetivistas y de las prescriptivistas en materia moral.

2.5. LA CONSOLIDACIÓN DE LA PECULIARIDAD DE LAS PRETENSIONES DE VALIDEZ NORMATIVAS

Acude J. Habermas, como en otros casos, a sus críticos en orden a vigorizar su teoría. En este apartado veremos cómo mediante la contestación a la crítica que recibe la teoría del discurso de

¹⁵⁰ "Esta asimetría se explica por el hecho de que las pretensiones de verdad únicamente residen en las acciones de habla, mientras que las pretensiones de validez normativa residen en principio en las normas y sólo de forma derivada en los actos de habla". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 71.

parte de Ernst Tugendhat, aprovecha J. Habermas para apuntalar el aspecto de la *peculiaridad* de las pretensiones de validez normativas y la idea de la imparcialidad discursiva.

Así, los dos supuestos que aparecen conflictivos en la visión de E. Tugendhat son:

- a) Que las aspiraciones de validez normativa poseen un sentido cognitivo y se pueden tratar *como si fueran aspiraciones* de verdad.
- b) Que la fundamentación de normas y mandatos requiere la realización de un discurso real, que en último término, no es monológico, no tiene nada que ver con una argumentación que se formulara hipotéticamente en el fuero interno.

Para J. Habermas, estos dos supuestos son esenciales para el sostenimiento de la ética discursiva. Y no como ocurre en el pensamiento de E. Tugendhat, quien en su momento criticó¹⁵¹ a J. Habermas acerca de cómo este cimienta la fundamentación normativa moral, ofreciendo al mismo tiempo, aquel, su propia versión -inclinada a la construcción equitativa de la voluntad colectiva, en el discurso práctico- y en efecto, rechazando los dos supuestos que encabezan este apartado.

En la respuesta a esa crítica y en defensa de los dos postulados iniciales de este apartado, J. Habermas consolida la condición cognitiva de su modelo ético a la vez que se deshace de toda posible perspectiva semántica (por insuficiente) en la explicación de la fundamentación normativa, con lo que, consolida el carácter lingüístico y argumentativo-consensual de la fundamentación discursiva, tal como él la ve.

La importancia de los supuestos descritos estriba en lo siguiente: en caso del supuesto a) porque queda a salvo la fundamentación normativa a través de principios, ante el asomo de la posibilidad (escéptica moral) de que el acuerdo surja de una combinación de manifestaciones de voluntad individuales –esto es que la validez normativa tiene un origen volitivo y no cognitivo-, que en último término reflejaría claramente una postura decisionista o emotivista.

Mientras que con el supuesto b) se garantiza que la fundamentación consensuada ocurra de verdad y *en serio* por medios intersubjetivos, en suelo discursivo y no así, en el ámbito interno de la conciencia de cada individuo por separado (aunque parezca plausible la hipótesis de que el

¹⁵¹ La mención a los términos de esa crítica y la contestación están desarrolladas en J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, págs. 79 a 86.

discurso pueda reconstruirse en tal esfera, por cada uno de los afectados) y luego, recién, pase el test del consenso en el discurso real.

Esto último es lo que E. Tugendhat afirma –apoyado en una visión estrictamente semántica de la fundamentación o justificación- en su crítica a J. Habermas. En efecto, para E. Tugendhat la fundamentación normativa ocurre *verdaderamente* en el fuero interno de cada quien (y sin necesidad de participación en discurso alguno, o al menos aún no en esta fase), a través de una operación por la cual, el sujeto hace un balance de la norma en cuestión en función a sus intereses; de cuyo resultado extrae –o no- él por sí mismo y en solitario, el “germen” de la justificabilidad de la norma en cuestión.

Para luego (en una segunda fase, en la que E. Tugendhat ya adopta una perspectiva pragmática y abandona la semántica acerca de la fundamentación moral) pasar al discurso, con el criterio ya formado y con la decisión ya tomada, por así decirlo y validar su postura –o intentar hacerlo- en el *acuerdo* con los demás miembros del colectivo. Es en esta segunda fase, según E. Tugendhat que ocurre, ciertamente, la fundamentación moral, de ahí que hablábamos de “germen” líneas arriba. Por ese esquema de pensamiento es que Tugendhat rechaza el supuesto a) y sin embargo acepta el supuesto b), pero con el matiz señalado: el hecho que en el fondo la fundamentación ya venía *predispuesta* desde el fuero interior, pero que queda consolidada en el exterior, es decir en el discurso.

La transición de la fase uno a la fase dos, debe ocurrir según la opinión de Tugendhat (tal como J. Habermas la interpreta) porque el tránsito de lo individual a lo colectivo, hace necesario el salto del enfoque semántico puro al enfoque pragmático y ello no por casualidad, sino porque evidentemente, como E. Tugendhat parece reconocer y J. Habermas afirma, la semántica queda agotada y no alcanza a explicar la fundamentación moral, que siempre ha de ser hecha en desde un ángulo pragmático y normativo. Solo con este enfoque, dice J. Habermas, puede lograrse entender la *imparcialidad* que ha de imbuir al participante (a todos y cada uno de ellos) en el discurso en la adopción consensual de una u otra pretensión de validez moral. Solo así se puede entender porque, según insiste J. Habermas, que detrás de el “sí” o el “no” de cada participante

hay algo más (en términos de universalidad y generalidad) que únicamente la manifestación de una voluntad autónoma¹⁵².

El rechazo del supuesto a) de parte de E. Tugendhat, que se verifica por el hecho de que este filósofo haya centrado la fundamentación moral en el acto conjunto de *validación colectiva* de unas voluntades autónomas individuales (trabajando en principio por separado e internamente) en un acuerdo, precisamente, *de voluntades*; da pie a J. Habermas a apuntalar la idea de la imparcialidad discursiva a la vez que consolidar su posición (cognitivista) acerca de que, en el proceso de entendimiento lingüístico ocurrido en pos de la búsqueda cooperativa y consensuada de la “verdad” moral, las pretensiones de validez normativa, deben tratarse *como si* o de modo *análogo* a las pretensiones de verdad.

En el caso del supuesto b), J. Habermas demuestra cómo E. Tugendhat falla¹⁵³ en su intento por explicar qué significa –sino la mera adopción de una convención por medios equitativamente voluntarios- la decisión de consensuar que los participantes toman acerca de la *igual bondad para todos* de una norma moral en cuestión. Esa explicación solamente puede ocurrir, trascendiendo el enfoque semántico y mediante una ética normativa y cognitiva como es la teoría del discurso.

Ahora bien, que cada afectado adopte y *acuerde discursivamente* -por la vocación de universalizabilidad de la fundamentación de la norma en cuestión- la validez de una norma **por sí mismo**, solo puede ocurrir en el discurso *real* (entiéndase *real* aquí, no en el sentido de *fáctico*, sino en el sentido de *no hipotéticamente preparado* o *“teatralizado”* en el fuero interno individual), pues solamente cada quién sabe si tal norma le resulta *igualmente buena* o no y en qué medida. Aquí no hay posibilidad de una representación (o teatralización de los intereses de otros) *por los intereses* del individuo. El hecho de que sea posible ello y a la vez que cada afectado pueda asumir la potencial (e hipotética) postura de *todos y cada uno* de los demás afectados en un ideal auditorio universal, configura la visión habermasiana de la *imparcialidad* como requisito *sine qua non* del

¹⁵² “(Tugendhat falla en) dar cuenta de la intuición fundamental de que en el «sí» y en el “no”, a las normas y mandatos se expresa algo distinto al puro albedrío de quien se somete o se resiste a la pretensión imperativa de poder. La equiparación de las pretensiones de validez y de poder destruye la base sobre la que descansaba el intento de Tugendhat de distinguir entre normas justificadas e injustificadas”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 84.

¹⁵³ “Tugendhat confunde las condiciones del logro discursivo de un acuerdo racionalmente motivado con las condiciones para alcanzar un compromiso equitativo. En un caso se da por supuesto que los afectados se percatan de lo que atañe a sus intereses generales; en el otro, se parte del hecho de que no se está hablando de intereses universales. En el discurso práctico, los afectados intentan poner en claro un interés común, mientras que al negociar un acuerdo pretenden compensar intereses particulares y contrapuestos”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 83.

discurso moral. Esa imparcialidad, en la idea de Tugendhat sencillamente no aparece¹⁵⁴, porque cada quién asume únicamente una postura encerrada en sus propios intereses y de ella hace emerger una manifestación de voluntad autónoma que luego intenta validar en el consenso colectivo –que no verdaderamente discursivo-.

El consenso habermasiano entonces, es racional, entre otras cosas, porque se gesta en las *condiciones de imparcialidad* mencionadas¹⁵⁵.

2.6. PRESENTACIÓN DEL PRINCIPIO MORAL

Toda Ética deontológica como la Ética del Discurso, funciona en el desempeño de la fundamentación de la moral, en base a normas de alto grado de abstracción y de vocación fundamental, denominadas *principios*; de ahí que se sostenga y acepte que se trata de una ética modelada deontológicamente. Ahora bien, mientras la fundamentación de las cuestiones de orden moral, que debe funcionar mediante el procedimiento discursivo, a su vez, el propio mecanismo discursivo requiere de también de ulterior fundamentación ajustada a principios. El respaldo necesario para tal justificación, se lo otorga a los discursos prácticos como el moral o inclusive el jurídico, la introducción de un principio moral básico que constituyéndose en una suerte de puente -como ocurre con el principio de inducción en los discursos teóricos experimentales, que opera vinculando las observaciones empíricas particulares con las hipótesis generales- sirva a un propósito similar actuando en la calidad de norma de argumentación.

Como ya se desarrolló y observó en ocasión del tratamiento de los postulados básico de la ética del discurso, el hecho de que sus creadores, J. Habermas y K. O. Apel, hayan remitido de forma directa la fundamentación moral al terreno mismo de la argumentación racional, tiene como primera connotación que han de asumirse unos presupuestos argumentativos generales sin los

¹⁵⁴ "... (la postura de Tugendhat) no es capaz de explicarnos aquella intuición que difícilmente puede negarse: la idea de la imparcialidad que desarrollan las éticas cognitivas bajo la forma de principios universales no puede reducirse a la idea de un equilibrio de poderes. La comprobación de si cabe aplicar a una norma el predicado señalado por Tugendhat de que sea "igualmente buena para todos" requiere el juicio imparcial de los intereses de todos los afectados. Esta exigencia no se lleva a buen término mediante el reparto igual de oportunidades de imposición de los propios intereses. La autonomía de la formación de la voluntad no puede sustituir a la imparcialidad de la formación del juicio". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 83.

¹⁵⁵ "...la validez normativa se asimila erróneamente al poder imperativo. Ésta es la estrategia conceptual que sigue también Tugendhat cuando hace descansar la autoridad de normas justificadas en la universalización de imperativos que los afectados se dirigen a sí mismos bajo la forma de enunciados intencionales. De hecho, sin embargo, en la validez del deber ser se manifiesta la autoridad de una voluntad general, compartida por todos los afectados, que prescinde de toda cualidad imperativa, ya que se remite a un interés general determinable discursivamente, inteligible cognitivamente y visible desde la perspectiva de los participantes". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 83.

cuales no funciona ninguna argumentación en general. Pues bien, tales presupuestos han de derivar y traducirse en el Principio Moral -que en la versión ético discursiva habermasiana luego se descompone en dos principios, el principio de la universalización (U) y el principio del discurso (D)- que, por su parte, sirve de enlace entre los presupuestos generales mencionados y las reglas del discurso (cuyo desarrollo irá más adelante en este trabajo). Sin tal mecanismo de transmisión, la razón práctica discursiva vería interrumpida la posibilidad de que los mencionados presupuestos imbuyan a las reglas, las condiciones consensuales¹⁵⁶ con las que están inevitablemente cargados y en consecuencia la propia ética del discurso quedaría trunca. En efecto y por otra parte, J. Habermas justifica la introducción del principio moral¹⁵⁷ en la desconfianza que le generan por una parte, la posibilidad de fundamentar cuestiones prácticas en reglas y conexiones causales, a la manera deductiva; y por otro lado, el apoyo material sobre valores, experiencias y necesidades, puesto que, fundamentos de estas naturalezas son demasiado variables para constituirse en un fundamento general y universal, como el que se genera mediante el principio moral.

J. Habermas ha manifestado de forma abierta, su ética discursiva, como toda ética cognoscitiva¹⁵⁸ y deontológica, sigue el modelo kantiano por el que el principio moral básico de su formulación, persigue la idea de que los mandatos morales válidos han de tener un carácter impersonal y general, lo que corresponde a que toda norma que no cumpla con la condición de obtener la aprobación cualificada de todos los destinatarios y de todos los afectados por ella, ha de ser excluida por inválida. Ha dicho, también de manera franca, consiguientemente, que uno de los objetivos de su ética discursiva es reinterpretar el imperativo categórico kantiano de tal manera que este, mejorado, supere el contexto de la filosofía de la conciencia y opere en el ámbito del paradigma de su filosofía comunicativa¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Deja entender J. Habermas de forma nitida que el rol del principio moral básico mediante el cual han de fundamentarse las normas morales, es el de la transmisión del consenso que ocurre inevitablemente en los presupuestos de la argumentación, al resto de la estructura de la ética discursiva: *"...el principio puente que posibilita el consenso tiene que asegurar que únicamente se aceptan como válidas aquellas normas que expresan la voluntad general: esto es, como señala Kant una y otra vez, que han de poder convertirse en ley general."* J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 74.

¹⁵⁷ *"...no es posible imponer un acuerdo entre las cuestiones teóricas o práctico-morales de modo deductivo ni mediante pruebas empíricas. En la medida en que los argumentos se imponen en razón de conexiones causales lógicas, no descubren nada importante; y cuando tienen un contenido sustancial se apoyan en experiencias y necesidades, que se pueden interpretar de modo diferente a la luz de teorías cambiantes y con ayuda de sistemas descriptivos también cambiantes, por lo que no ofrecen un fundamento definitivo"*. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 73.

¹⁵⁸ *"Todas las éticas cognitivas se remiten a aquella intuición que Kant formuló como el imperativo categórico"*. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 74.

¹⁵⁹ *"...la interpretación intersubjetivista del imperativo categórico solo pretende ser una explicación de su significado básico, no una interpretación que reconduzca este significado en otra dirección. La transición de una reflexión monológica al diálogo pone de manifiesto un rasgo del procedimiento de universalización que permaneció implícito hasta el surgimiento de una nueva forma de conciencia histórica, a caballo entre el siglo XVIII y el siglo XIX (...). El discurso práctico puede interpretarse así como un modelo para la aplicación recurrente del imperativo categórico."*

Entre otras funciones, el Principio Moral cumplirá pues la tarea, en dicho marco comunicativo, de garantizar que toda norma que no haya alcanzado, en el tratamiento de su fundamentación, el requisito de la actitud de imparcialidad¹⁶⁰ de los todos implicados, tampoco merecerá la calificación de *válida*. Es importante apuntar y recalcar aquí que la formulación habermasiana de la imparcialidad que se ha transcrito en la cita reciente, entrelazada como está con la idea de universalización; no tiene el contenido que ordinariamente suele tener en su uso lingüístico, que se aproxima bastante la concepción de objetividad neutral, tenida como la perspectiva del tercero –no implicado en la argumentación– que mira desde la distancia el desarrollo del discurso; sino exactamente todo lo contrario: el entendimiento de la imparcialidad en el tratamiento de cuestiones prácticas, a partir de las exigencias de la ética discursiva, propugna justamente lo opuesto a lo indicado, es decir, que la imparcialidad es inherente al involucramiento de *todos* los participantes en los puntos de vista de *cada uno de todos* los demás; sin distancia y con el mayor nivel posible de implicación de *todos* en los posibles motivos y razones que desde cada perspectiva individual respaldan sus intereses y opiniones. Los implicados, todos ellos, tendrán que adoptar pues una actitud performativa.

Con base en las consideraciones previamente comentadas, que han de animar al principio moral, formula J. Habermas su versión del mismo bajo el rótulo de principio de universalización (U)¹⁶¹, en una relectura discursiva del imperativo categórico; por la que se evidencia la alta exigencia del principio en relación sobre todo a la actitud de imparcialidad que ha de ser asumida por todos los involucrados en todos los momentos del discurso.

Los participantes en la discusión no pueden esperar a alcanzar un acuerdo acerca de aquello que responde igualmente a los intereses de todos, a menos que todos se sometan al ejercicio de una toma de perspectiva mutua, que llevaría a lo que Piaget llama descentramiento progresivo de la propia comprensión ego y etnocéntrica de uno mismo y del mundo. J. Habermas, *La Ética del Discurso y la Cuestión de la Verdad*, Paidós, Barcelona, 2003. pág. 22 y 24.

También en J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 74: *“El imperativo categórico puede entenderse como un principio que fomenta la capacidad de generalización de formas de acción y de máximas, así como de los intereses a que atiende (y que también se incorporan en las normas de acción). Kant pretende eliminar como inválidas todas aquellas normas que contradicen esta exigencia”*.

¹⁶⁰ *“Únicamente es imparcial la situación desde la cual son susceptibles de universalización precisamente aquellas normas que, al incorporar de modo manifiesto un interés común a todas las personas afectadas, pueden contar con una aprobación general, así como conseguir un reconocimiento intersubjetivo. La formación imparcial del juicio se expresa en un principio que obliga a cada cual en el círculo de los afectados a acomodarse a la perspectiva de todos los demás a la hora de sopesar los intereses. El postulado de la universalidad ha de conseguir aquel cambio universal de funciones que ha descrito G. H. Mead como ideal role-taking o universal discourse”*. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 76.

¹⁶¹ *“Así, cada norma válida habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se siguen de su acatamiento general para la satisfacción de los intereses de cada persona (presumiblemente) puedan resultar aceptados por todos los afectados (así como preferidos a los efectos de las posibilidades sustitutivas de regulación)”*. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 76

En cuanto a la forma gramatical que, en virtud al principio (U), han de adoptar las normas, J. Habermas se posiciona en un enfoque no formalista dado que asume menos exigencias en esta materia que lo que podría esperarse; abriéndose a la alternativa de que los las normas morales no necesariamente tengan que asumir la forma gramatical de *enunciados de deber incondicionalmente universales*, rechazando la prohibición de que los enunciados normativos se expresen remitiéndose o dirigiéndose a determinados grupos o individuos; ya que el seguimiento de la prohibición citada de ninguna manera garantiza o es condición necesaria para la validez de la norma en cuestión¹⁶². Asimismo, una postura abierta en tales restricciones formalistas, abre la posibilidad de que normas no morales¹⁶³ –como las normas jurídicas, que evidentemente no suelen adoptar la forma de preceptos incondicionales universales- puedan ser también objeto de examen de fundamentación a partir de la ética discursiva, siempre que se considere como un universo en si mismo (relativizado al conjunto de personas alcanzadas por esa norma) al ámbito de validez de dichas normas no morales, que siempre tienen una esfera de validez limitada en términos sociales, especiales y temporales.

Por otra parte, la clave del valor del principio (U) para la ética del discurso, está definitivamente en su vocación de servidor de enlace del consenso, entre la esfera de las presupuestos de la argumentación (pues hace parte de ellas y opera él mismo como un presupuesto argumentativo) y la esfera del discurso propiamente dicho; puesto que a través de (U) y solo a través de (U) puede alcanzarse el acuerdo o el consenso que es inmanente a la ética discursiva. Como decíamos páginas arriba, la función de enlace de (U) se explica en su virtud como vehículo del consenso, desde los presupuestos argumentativos hasta las reglas del discurso, que, imbuidas del ánimo consensual, por su parte, trasladarán dicho consenso a los discursos mismos.¹⁶⁴ En efecto, el principio (U) ha de entenderse como *punte* en el sentido de elemento traslativo del consenso

¹⁶² “El postulado de la universalidad no se agota en modo alguno en la exigencia de que las normas morales tengan que poseer la forma de enunciados de deber ser incondicionalmente universales. La forma gramatical de los enunciados normativos, que prohíbe remitirse o dirigirse a determinados grupos o individuos, no es condición suficiente para la validez de los mandatos morales, ya que, evidentemente, también podemos otorgar esa forma a mandatos inmorales”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 75.

¹⁶³ “En otro aspecto (...) puede resultar lógico convertir en objeto de un discurso práctico también las normas de acción no morales, cuyo ámbito de validez está especificado social y espacialmente, así como someterlas a una prueba de universalización (relativizada en función del ámbito de personas afectadas)”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 75.

¹⁶⁴ “He introducido (U) como norma de argumentación que posibilita el acuerdo en los discursos prácticos cuando se pueden regular ciertas materias con igual consideración a los intereses de todos los afectados. Únicamente mediante la fundamentación de este principio puente podremos avanzar hacia la ética discursiva. En todo caso, he dado tal forma a (U) que excluye una aplicación monológica de este postulado; únicamente regula argumentaciones entre distintos participantes y hasta contiene la perspectiva de argumentos reales, que están por hacerse y a los que se permite entrar a los afectados”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 77.

entre el momento *de puesta a punto* o *preparativo* de la ética del discurso y el momento *realizativo* o *performativo* de la misma.

Por otra parte, como la parte final de la cita anterior señala, la formulación del principio (U) que hace J. Habermas, descarta la posibilidad de que la fundamentación de normas ocurra en el ámbito interno de la conciencia individual (como acontece en el modelo kantiano). Y es que, esta connotación es característica del pensamiento de J. Habermas (que, como él mismo señala, le diferencia de otros pensadores que han trabajado en posiciones éticas cognoscitivistas y deontológicos, como J. Rawls) dado que él considera abiertamente que la tarea de fundamentación de normas es necesariamente cooperativa y nunca monológica, en mérito a que aquellas tienen un destinatario, siempre, colectivo y además, en la mayoría de los casos, también plural en el sentido de diverso. No tendría sentido lógico ni coherente alguno basar una teoría en el hecho de la *argumentación* (que siempre se da en colectivo también) y luego no incidir en el detalle de que tal hecho ocurre necesariamente en colectivo y así como en plural. En esta connotación puede verse cómo uno de los pilares en los que se asienta la estructura de la ética discursiva es el *diálogo* (mientras que otro pilar es el consenso). Consiguientemente no hay discurso, sin diálogo.

Apuntaba que si uno de los pilares es el diálogo, el otro es el consenso. Ello se nota en el hecho de que la argumentación racional, para serlo, no puede ser un diálogo de sordos que no conduzca a un resultado que modifique el estado de cosas en el discurso -sobre la fundamentación de normas de acción o sobre acciones mismas-, hacia una condición *mejor* que la que se tenía antes del inicio del discurso. De otra manera no valdría de nada el esfuerzo por el desarrollo de todos los exigentes requisitos de la ética discursiva. Dicha condición mejorada no puede ser otra que el arribo a un consenso que pueda, en el caso de conflicto, restaurar la armonía que se había roto o fundamentar de nueva cuenta una norma en proceso de evacuación.

Si se conjugan los conceptos de los dos pilares mencionados, pues se ve que hay coherencia plena en la teoría que nos ocupa, porque los dos elementos son interdependientes y mutuamente complementarios. No hay opción a consenso sin diálogo ni diálogo que, racionalmente hablando,

no conduzca a algún grado o naturaleza de consenso¹⁶⁵. De ahí que J. Habermas insista en la necesidad de reinterpretar el imperativo categórico llevándolo a la arena discursiva.¹⁶⁶

Ahora bien, el principio moral, quedará completo con la formulación complementaria del principio del discurso (D)¹⁶⁷ que J. Habermas también postula como una parte de aquel. No obstante, hay que notar que esa complementación del principio puente, aunque aparece también en el momento de la determinación del principio moral, opera en el momento de la puesta en marcha del discurso; funcionando como principio regulador de las reglas del discurso. Por otra parte, J. Habermas recomienda no confundir el principio (U) con el (D) en vista de que se han de manifestar en distintos *momentos* y es por esa razón que el autor los separa (como ya se había señalado además en la inicial de este trabajo, cuando se hizo la primera presentación de los principios de la Ética del Discurso). En virtud al principio (D) es posible ya efectuar la elección de normas y definitivamente ese ya es un momento distinto al que acoge al principio (U).

2.7. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO MORAL

Una vez caracterizado el principio moral, de modo que el escéptico moral ha tenido que enfrentar argumentos suficientemente válidos y ver quebrada su postura si se hubiera acogido a una anti-deontológica; queda aún pendiente ver como J. Habermas enfrenta la tarea de la fundamentación misma del Principio Moral, dado que hasta ahora solamente se ha comentado cómo funciona, para qué sirve dentro del esquema de la ética discursiva y qué características tiene.

En la tarea de fundamentación de principios todas las corrientes éticas, sobre todo las cognoscitivas, se deben enfrentar a una objeción recurrente: la de que desde una postura culturalista, duda de la posibilidad de fundamentación de principios generales y universales (como

¹⁶⁵ “Este tipo de acuerdo expresa una voluntad conjunta. Sin embargo, si las argumentaciones morales han de producir un acuerdo de este tipo, ya no basta con que cada individuo piense si puede aceptar o no cada norma. No basta con que todos los individuos hagan esta reflexión, cada uno para sí mismo, y luego depositen su voto. Antes bien, lo necesario es una argumentación real, en la que participen de modo cooperativo los afectados. Únicamente un proceso de entendimiento intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo: sólo entonces pueden saber los participantes que se han convencido conjuntamente de algo”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 78.

¹⁶⁶ “...hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: “En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría con objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración de universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal”. *De hecho, la formulación ofrecida del postulado de universalidad trata de conseguir que la correspondiente argumentación se lleve a cabo de modo cooperativo*”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 78.

¹⁶⁷ “Una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo (o pueden ponerse de acuerdo) en cuanto participantes de un discurso práctico en el que dicha norma es válida”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 77.

el principio moral puente que ahora nos ocupa) a partir del hecho indiscutible de que el desarrollo de la filosofía occidental es fruto de una cosmovisión (la occidental) ni única ni la más aventajada, sino sencillamente, la dominante. De lo que se colige que la pretensión de universalidad y generalidad de los principios emanados de los esquemas de esa filosofía particular, no podrían nunca alcanzar la deseada universalidad. Esta postura cifra la imposibilidad de la fundamentación de la universalidad de principios generales, no en la falta de mérito de ellos, sino en que nacen de la falacia que se ha denominado etnocéntrica, es decir que, surgen de la pretensión falsa de que lo que produce occidente en pensamiento, es aplicable a todos los tiempos y lugares.

J. Habermas, no es ajeno a esa crítica, es más, reconoce que ciertamente otras culturas han desarrollado una filosofía moral distinta¹⁶⁸, sobre bases cosmovisivas diferentes y que es evidente que las teorías éticas occidentales son *unas* dentro de un marco muy amplio de formas de ver la vida y el mundo y que difícilmente se podría pretender que sus (los de la filosofía moral occidental) indagaciones, debates, hallazgos, resultados y teorías sean asumible por esas otras cosmovisiones (las no occidentales); y esto es así, aun se tenga en convencimiento de que son *mejores* (en el sentido de más cercanos a la *verdadera* concepción de lo genuinamente humano, si existe eso). Esta dificultad implica ya un obstáculo (de orden *externo* a la filosofía moral, por decirlo de alguna forma) en el afán de fundamentación, pero no el único; pues otros obstáculos serían las objeciones que los no-cognoscitivistas oponen a la afirmación que cualquier intento de fundamentación de principios morales últimos, incurre en el conocido trilema de Münshhausen¹⁶⁹ y que la aludida e inevitable incursión importa la imposibilidad de la fundamentación pretendida (con lo que las éticas cognoscitivistas enfrentan otro obstáculo, esta vez de orden *interno*).¹⁷⁰

¹⁶⁸ "A la vista de las pruebas aportadas por la antropología tenemos que admitir que el código moral que establecen las teorías morales kantianas únicamente es uno entre otros varios (...) Por lo tanto, hay una sospecha razonable de que la pretensión de universalidad, que proclaman los cognitivistas como el principio moral que prefieren, debe su origen a una falacia etnocéntrica". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 88.

¹⁶⁹ El Trilema de Münchhausen, antiguo Trilema de *Agripa* que, re-popularizó Hans Albert en el siglo XX, se refiere a y afirma la imposibilidad de la fundamentación última de cualquier proposición; puesto que el que intente encontrar tal fundamentación, necesariamente se encontrará con la necesidad de fundamentar los medios de esa fundamentación y luego otra vez le mismo proceso en cada ocasión que ocurra la fundamentación. Esto conduce pues, a tres soluciones o salidas similarmente insatisfactorias (lo que, en definitiva, impedirá la tarea de fundamentación). Así, en primer lugar está la salida del *regreso al infinito*, en segundo lugar la salida de la *circularidad* y en tercer lugar el *corte deliberado y arbitrario* de la fundamentación. Como se aprecia, ninguna de las tres salidas conduce a la fundamentación última esperada por el proponente.

Habermas dice al respecto: "Según esta tesis, al intentar fundamentar principios morales de validez general los cognitivistas se enfrentan al trilema de Münchhausen: teniendo que elegir entre tres opciones igualmente inadmisibles: esto es, aceptar un regreso eterno, quebrar arbitrariamente la secuencia de inferencias o, por último, incurrir en un razonamiento circular". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 88.

¹⁷⁰ "En este momento de la argumentación no resulta exagerado decir que los cognitivistas tropiezan con dificultades debido a la exigencia para que fundamenten la validez general del postulado de la universalidad. De este modo el escéptico se siente capaz de convertir su sospecha de que no sea posible fundamentar una moral universal en una manifestación de imposibilidad". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 89.

En la intención de salvar los dos obstáculos mencionados y a la vez acometer la faena de la fundamentación, en una sola argumentación; J. Habermas hace uso del método de la fundamentación pragmático-trascendental de K.O. Apel, no sin antes declarar su renuncia a toda idea de fundamentación en el sentido semántico (y no pragmático) de deducción lógica entre entidades y confiar más en los alcances y pertinencia del método de la fundamentación pragmático-trascendental que, para él, el trilema de Münchhausen, a más de haber sido derrotado por dicho método, no resulta siquiera pertinente a la fundamentación de un principio *punte*, como debería ser considerado, en su concepción, el principio moral de la ética del discurso.¹⁷¹

Corresponde entonces, el desarrollo de las bases de la fundamentación según el método pragmático-trascendental. El cimiento del método está anclado en la idea de *contradicción performativa*.¹⁷² En efecto, J. Habermas, siempre usando como ejemplo la clásica aserción de Descartes: "*Pienso, luego, existo*", explica este procedimiento señalando que cuando se expresa el juicio de un contrario bajo una formulación de habla como: "*Dudo de que existo*", es lícito reconstruir el argumento de Descartes con ayuda de una contradicción performativa de la siguiente manera, en palabras de J. Habermas:

1. *Yo no existo* (aquí y ahora), el hablante plantea una pretensión de verdad. Al propio tiempo, al formularla, establece una condición inexcusable cuyo contenido propositivo puede expresarse por medio del enunciado:
2. *Yo existo* (aquí y ahora), (siendo así que en ambos enunciados el pronombre personal se refiere a la misma persona).

De modo análogo descubre Apel una contradicción performativa en la objeción del "falibilista consecuente», quien, en su función de escéptico ético, niega la posibilidad de fundamentar los principios morales y recurre al trilema mencionado. Apel refleja el estado de la discusión por medio de una tesis del proponente, quien afirma la validez general del

¹⁷¹ "Sin embargo, este trilema tiene un valor dudoso. Surge exclusivamente sobre un presupuesto de un concepto semántico de fundamentación que se remite a la relación entre enunciados y se apoya tan sólo en el concepto de la secuencia lógica. Evidentemente, esta idea deductivista de la fundamentación resulta demasiado selectiva y no puede reflejar las relaciones pragmáticas entre las acciones de habla argumentativas: los postulados inductivo y de universalización se introducen en calidad de normas de discusión con el fin de salvar el vacío lógico en las relaciones no deductivas. En consecuencia, no debe esperarse una fundamentación deductiva de estos principios puente como la que surge del trilema de Münchhausen". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 90.

¹⁷² "Apel reanuda el modo de fundamentación trascendental con medios pragmáticos de habla. Para ello, utiliza el concepto de la contradicción performativa que se produce cuando una acción de habla de constatación, Cp, descansa sobre presupuestos no contingentes, cuyo contenido propositivo contradice el enunciado p. Tomando pie en una observación de Hintikka, Apel ilustra el significado de las contradicciones performativas para la comprensión de argumentos clásicos de la filosofía de la conciencia con el ejemplo del cogito ergo sum." J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 90.

postulado de universalidad, y por una objeción del oponente, quien se apoya en el trilema de Münchhausen (t), y de (t) deduce luego que carece de sentido intentar la fundamentación de la validez general de los principios: tal es el postulado del falibilismo (f). El oponente incurre en una contradicción performativa si el proponente puede probar que, en la medida en que participa en la discusión, tiene que establecer algunos presupuestos inevitables en cada discusión sometida a comprobación práctica y cuyo contenido propositivo contradice el postulado (f). **Tal es la situación de hecho, ya que el oponente, al exponer la objeción, tiene que presuponer necesariamente la validez, por lo menos, de aquellas reglas lógicas que no pueden sustituirse si el argumento citado se pretende entender como una refutación.** Hasta el criticista cuando participa en una argumentación acepta una cantidad mínima de reglas de crítica imprescindibles. Y esta determinación es incompatible con (f).¹⁷³

De la manera que se ha transcrito (por fidelidad a la originalidad y exactitud con que J. Habermas explica el procedimiento), es viable pensar que efectivamente tanto la supuesta *necesidad* de elección entre las tres soluciones indeseables del trilema de Münchhausen por un lado, como la objeción de la *falacia etnocéntrica* por otro lado, se pueden superar; en vista de que se está tratando con un método que proporciona la posibilidad, en el primer caso, de salir del esquema semántico-deductivista de la fundamentación y apoyarse en una alternativa propia de la pragmática inherente a la argumentación, que, puede actuar como base de la fundamentación que J. Habermas está intentando hacer de *su* versión (argumentativa y pragmática también) del principio moral puente. En el segundo caso, siendo suficiente la base que se describe para *cualquier* forma de argumentación o para la argumentación *en general*, entonces queda claro que también alcanza a ser suficiente para la plausibilidad de un principio moral que pueda ser universalmente aceptado, allí donde (esto es en cualquier cultura) se admita que los humanos argumentamos. Por otra parte, allí, a la argumentación *en general* es a donde había apuntado K.O. Apel en la construcción de este modelo de fundamentación.¹⁷⁴

¹⁷³ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 90. **Negritas mías.**

¹⁷⁴ "...señalando que no se reduce a argumentaciones morales el análisis de los presupuestos, sino que lo aplica a las condiciones de la posibilidad del discurso argumentativo en general. Trata de demostrar que todo sujeto capaz de hablar y de actuar, en la medida en que participa en cualquier argumentación con el fin de comprobar de modo crítico cualquier aspiración hipotética de validez, tiene que contar con presupuestos de contenido normativo. Con esta estrategia de razonamiento alcanza incluso al escéptico, que se obstina en un tratamiento meta-ético de las cuestiones de teoría moral y se niega consecuentemente a participar en argumentaciones morales". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 95.

Dicho esto, J. Habermas, busca un apoyo adicional para su fundamentación. La encuentra en una corriente de pensamiento inglesa que ha arribado a procedimientos metodológicos similares al de K. O. Apel; especialmente un artículo de A.J. Watt y la obra “Ética y Educación” sobre filosofía de la educación de Richard Stanley Peters. La mentada corriente, que ha desarrollado lo que denomina Watt como *análisis de los presupuestos de una forma de discurso* que, tiene la característica estratégica de permitir al que sostenga una postura escéptica sobre la fundamentación de principios, que evidentemente los principios no son susceptibles de comprobación, porque no son resultados o conclusiones del razonamiento sino presupuestos del mismo; luego dejar que la argumentación siga adelante conservando la convicción de que dichos presupuestos resultan lógica y racionalmente inevitables dado que son inmanentes a la forma racional humana de pensamiento. El cometido en la fundamentación no es precisamente demostrar el supuesto de que los principios (como presupuestos de la argumentación) sean *verdaderos* o *ciertos* sino *inevitables* porque su adopción no es fruto de una convención social en el marco de la libertad de decisión personal y que se comete un error (al que K.O. Apel llama auto-contradicción performativa) al rechazarlos al mismo tiempo seguir utilizando la forma de pensamiento argumentativa y al mantenerse (el que los rechaza) en la situación de discurso¹⁷⁵.

Pero R.S. Peters da un paso más allá de lo dicho¹⁷⁶ y le impone al procedimiento expuesto la condición, para que tenga relevancia en la fundamentación de principios morales, que los argumentos se den de forma pública. Esa caracterización de los discursos como públicos, es la que J. Habermas valora del estudio de R. S. Peters¹⁷⁷, en vista de que tal contexto de presuposiciones generales de las argumentaciones públicas, había dado a Peters la posibilidad de derivar y enunciar ciertos principios argumentativos, como el del *trato justo*¹⁷⁸ que en el sentido de,

¹⁷⁵ “Estos argumentos se orientan a la prueba de la inevitabilidad de los presupuestos de determinados discursos y del contenido propositivo de tales presupuestos habrían de obtenerse principios morales fundamentales. El peso de estos argumentos será tanto mayor cuanto más general sea el tipo de discursos entre los que cabe demostrar la existencia de presupuestos de contenido normativo”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 93.

¹⁷⁶ “De mucha mayor importancia son los argumentos que señalan lo que cualquier persona ha de dar por sentado en la medida en que acude a una forma pública de discurso para dilucidar seriamente consigo mismo o con otros qué deba hacer. De modo análogo cabe estudiar los presupuestos para el empleo del discurso científico. Estos argumentos no se ocuparán de escudriñar idiosincrasias reservadas sino de probar los presupuestos públicos”. R. S. Peters, *Ethics and Education*, London, 1974, Pág. 114.

¹⁷⁷ “Únicamente estos presupuestos públicos son comparables a las condiciones trascendentales sobre las que Kant construyó su análisis; únicamente para ellos tiene validez la cuestión de la inevitabilidad de presupuestos de discursos no sustituibles y que, en este sentido, son generales”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 94.

¹⁷⁸ Este principio del trato justo, recuerda a la concepción de *dignidad humana* de Carlos Nino, quien la definió en términos de consideración *en serio* que los seres humanos merecen en sus pretensiones, por el hecho de emanar de ellos. La correspondencia en términos de actitud, con tal *toma en serio*, sería precisamente, el *trato justo* de R.S. Peters. C. Nino. *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989. Pág. 267 y siguientes.

consideración igual de las pretensiones de todos los argumentantes, que han de prestarse mutuamente los participantes en la argumentación; o el más concreto concepto del principio argumentativo de *libertad de opinión* de que han de gozar los mencionados involucrados.

Lo que, por otra parte, extraña a J. Habermas en la valoración del trabajo de Peters, es una elaboración de los presupuestos esenciales del discurso práctico que los determine por orden de importancia y que los someta a un análisis sistemático de contenido; que es exactamente lo que J. Habermas hace (apoyado en las valoraciones de Peters, Apel) en detalle, en relación a las reglas del discurso, en base a los trabajos de Robert Alexy.

Por lo demás J. Habermas efectúa un par de críticas a los postulados de R.S. Peters, en vista de la posibilidad de que puedan sufrir un ataque dirigido a que la introducción de Peters de unos presupuestos de contenido claramente ético en su propuesta, podría en algún momento, resultar siendo una *petición de principio* (cayendo así en una de las salidas indeseables del trilema de Münchhausen); no obstante, el propio J. Habermas saca provecho de la contestación de K.O. Apel a tal posibilidad de crítica¹⁷⁹, zanjando y cerrando la cuestión en que el postulado de R.S. Peters no es reductible solo a argumentaciones del orden de la razón práctica pública, sino a cualquier tipo de argumentación. Con tal apoyo, J. Habermas puede ya postular una fundamentación del principio de universalidad, que actúe como puente por el que circule el consenso desde el orden de los presupuestos argumentativos al discurso como tal.

En efecto y a manera de cierre del presente apartado, hemos de revisar la versión final de la explicación que sobre la fundamentación del principio moral, nos presenta J. Habermas señalando que la función que corresponde al argumento pragmático-trascendental puede describirse, en argumentaciones públicas, en la medida en que con su ayuda puede comprobarse la manera cómo el principio de moral, actuando como *regla de argumentación*, se encuentra implícito en los presupuestos de *cualquier y toda* argumentación. Esta exigencia de resulta satisfecha cuando puede mostrarse que:

¹⁷⁹ "Apel trata de contrarrestar esta objeción señalando que no se reduce a argumentaciones morales el análisis de los presupuestos, sino que lo aplica a las condiciones de la posibilidad del discurso argumentativo en general. Trata de demostrar que todo sujeto capaz de hablar y actuar, en la medida en que participa en cualquier argumentación con el fin de comprobar de modo crítico cualquier aspiración hipotética de validez, tiene que contar con presupuestos de contenido normativo. Con esta estrategia de razonamiento alcanza incluso al escéptico, que se obstina en un tratamiento meta-ético de las cuestiones de teoría moral y se niega consecuentemente a participar en argumentaciones morales. A este escéptico trata de recordar Apel que, con su primera objeción y su primera defensa, se dejó llevar a un juego de argumentación y, con él, a unos presupuestos que le hacen incurrir en una contradicción performativa". J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 95.

*“toda persona que participa en los presupuestos comunicativos generales y necesarios del discurso argumentativo, y que conoce el significado que tiene justificar una norma de acción, tiene que dar por buena implícitamente la validez del postulado de universalidad”.*¹⁸⁰

Que viene a ser la versión definitiva de la fundamentación de la presencia del principio moral en la interpretación habermasiana de la ética discursiva.

2.8. LAS REGLAS DEL DISCURSO

En vista de que la argumentación es un *proceso* en cuyo seno han de generarse unos *productos*: los argumentos, que han de ser suficientemente pertinentes y capaces de trasladar las aspiraciones de validez que los hablantes pretenden; el *procedimiento* mediante el cual se da esa producción de argumentos ha de estar mínimamente reglado. En efecto de ello, J. Habermas propone con carácter provisional (en vista de que para él, su trabajo solamente constituye un avance preliminar y no acabado de la fundamentación de la ética del discurso) algunas *reglas del discurso*, señalando que podrían ser ellas aunque no necesaria e indiscutiblemente ellas mismas¹⁸¹; pero que podrían servir como muestra de la posibilidad de emisión de unas reglas que conduzcan limpiamente el proceso y que tengan el sentido de reglas como formas de representación de los presupuestos pragmáticos que en la práctica del discurso se aceptan tácitamente y se conocen intuitivamente. Por eso es que J. Habermas hace hincapié en que estas reglas son una aproximación a la manera cómo funcionaría un discurso ideal y no unas reglas en sentido de *reglas de juego* que tienen la característica de que sin ellas el juego no se realiza; son pues tales reglas (las de los juegos) constitutivas del juego de que se trate.¹⁸²

¹⁸⁰ J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 97

¹⁸¹ En una lectura inversa de las condiciones que, por ejemplo, el diálogo terapéutico dirigido expresamente a dilucidar la *fideliadad* u *honestidad* de las pretensiones de validez de *veracidad* de lo que un individuo dado expresa como propias de su pensamiento, J. Habermas menciona otras condiciones o reglas que han de ser imprescindibles en el discurso: se las ha ordenado considerándolas como requisitos que J. Habermas ve que no se cumplen en el diálogo terapéutico, lo que, por otra parte le conduce a rechazar la condición discursiva de dicho tipo de diálogo. A saber:

- Que la pretensión de validez sea reconocida de antemano como problemática.
- Que se adopte una actitud hipotética frente a lo que se dice.
- Que queden de algún modo neutralizados todos los motivos del diálogo a excepción de la búsqueda cooperativa de la verdad.
- Que se den relaciones simétricas entre los participantes.
- Que se supongan cumplidas las condiciones de una situación de habla libre de coacciones internas y externas.

Tales afirmaciones pueden verse en J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. Taurus. Madrid, 1999, pág. 68.

¹⁸² “Si en verdad se quiere comparar la argumentación con la práctica del ajedrez, las reglas que parecen más equivalentes a las de este juego son aquellas mediante las cuales se elaboran e intercambian argumentos. Si se pretende conseguir una práctica de la argumentación sin errores es necesario cumplir de verdad estas reglas. Por el contrario, las reglas del discurso (...) únicamente afirman que los participantes en la argumentación

Siguiendo la división clásica de la teoría de la argumentación en la relación entre proceso/procedimiento/producto¹⁸³: J. Habermas enuncia las siguientes reglas:

A) En la esfera lógico-semántica de los productos, se cuentan reglas de orden lógico-semántico que carecen de contenido ético:

- i. Ningún hablante debe contradecirse.*
- ii. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a A en todos sus aspectos importantes.*
- iii. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.*

B) En la esfera dialéctica de los procedimientos, ya aparecen reglas con claro contenido ético; pues en ellas puede apreciarse que subyacen los presupuestos pragmáticos de la forma peculiar de interacción humana, cual es la argumentación como búsqueda cooperativa de la verdad y configurados como están estos presupuestos en forma de competición abierta y franca.

- i. Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.*
- ii. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón de ello.*

Dan cuenta estas reglas de la honestidad y responsabilidad que deben tener los participantes en el proceso de argumentación. Habrían de incluirse además en este grupo, las reglas referidas a la competencia leal, a la definición y reparto de temas y a la organización de los órdenes de participación.

C) En la esfera retórica de los procesos, el proceso argumentativo aparece como un proceso comunicativo que ha de cumplir exigentes condiciones, dado que la interacción que ocurre en este proceso, tiene una estructura especialmente (y de antemano) inmunizada contra desigualdades y contra la represión; por ende, se asemeja mucho a un proceso *ideal* pues intenta reconstruir en su estructura, las condiciones ideales de simetría que todo hablante

deben aceptar el cumplimiento aproximado y suficiente a los fines de la argumentación." J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 102.

¹⁸³ J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalización de la Acción y Racionalidad Social*, Taurus. Madrid, 1999, pág. 46.

racional ha de presuponer como suficientemente dadas en la medida en la que pretende participar en el proceso discursivo.¹⁸⁴ Tal reconstrucción puede resumirse en las siguientes reglas de proceso:

- i. Todo sujeto capaz de hablar y actuar puede participar en la discusión.*
- ii. a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.*
b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades.
- iii. A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en i. y ii. por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.*

Aclara J. Habermas que considera a este último grupo de reglas como verdaderos presupuestos de toda comunicación, no en cambio, meras convenciones. Ello en mérito a que en la regla (*i.*) se incluye sin excepción alguna, a todos los posibles potenciales participantes de la comunicación, como sujetos que cuentan con las capacidades necesarias para participar en discusiones. Mientras que en la regla (*ii.*) se puede apreciar la garantía de que todos los participantes puedan, en igualdad de condiciones y oportunidades, aportar con sus opiniones y manifestar sus propios argumentos. Finalmente, la regla (*iii.*) establece la garantía de acceso universal y del derecho de los hablantes a una participación igualitaria en el discurso.

Es relevante esta grupo de aclaraciones último, porque muestra (como se había afirmado páginas arriba) cómo los presupuestos inevitables de la argumentación dirigida a la búsqueda cooperativa del entendimiento y de la verdad, llegan, con la mediación del principio moral (U) –cuya impronta se nota claramente en cada una de las reglas (*i.*), (*ii.*) y (*iii.*)- del terreno de los principios de fundamentación del discurso a la arena de la argumentación misma. Podría parecer que J. Habermas estaría renunciando al carácter consensual de los presupuestos, al negarles a estas reglas la condición de *acuerdos o convenciones*; pero no hay equívoco puesto que la convención inicial, o *consenso en los fundamentos*, ya venía dado en los presupuestos argumentativos (que

¹⁸⁴ “Los participantes en la discusión no pueden soslayar el presupuesto de que, en función de unos rasgos que se han de describir formalmente, la estructura de su comunicación excluye toda coacción que, no siendo un argumento mejor, influya sobre el proceso de comprensión procedente de fuera o nacida en su propio interior y neutraliza todos los motivos, excepción hecha del de la búsqueda cooperativa de la verdad”. J. Habermas, *Ética del Discurso, Notas para un Programa sobre su Fundamentación*, en J. Habermas, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, pág. 99.

todos los participantes en el discurso asumen inevitablemente, al ingresar en una argumentación),
ahora *vestidos* en el ropaje de reglas de argumentación.

PARTE III

RAZON PRÁCTICA Y DISCURSO PRÁCTICO

3.1. USOS DE LA RAZÓN PRÁCTICA: CUESTIONES PRAGMÁTICAS, ÉTICAS Y MORALES.

Ha manifestado Fernando Vallespín¹⁸⁵ con mucho acierto, que una de las más lúcidas y limpias exposiciones que J. Habermas ha efectuado, es la presentación división que el filósofo alemán hace de la praxis humana, analizando y dividiendo las cuestiones de razón práctica según sus implicaciones pragmáticas, éticas o morales; entendiéndose además que ese planteamiento logra la superación por parte de la ética del discurso, de la limitación relativa al extremo solipsismo de la filosofía kantiana, que queda patente por su inevitable confinamiento al interior de la conciencia humana individual.

Será a partir de tal presentación, que el presente capítulo de la investigación indague sobre las posturas de Habermas acerca de su propia creación, la ética del discurso; posturas que reflejan cómo el autor ha ido afinando su teoría a partir de las respuestas que ha ido formulando a sus críticos.

Es conveniente iniciar este apartado haciendo una alusión a la denominación que la teoría que nos ocupa –la Ética del discurso- ha recibido en el ámbito de la discusión filosófico moral¹⁸⁶, que J. Habermas analiza concluyendo que se trata de un nombre que ha dado lugar equívocos y restricciones innecesarios pero que a esta altura, ya resulta inevitable el uso de la denominación mencionada: “*Ética del Discurso*” por el asentamiento que ha tenido a lo largo de los años de su desarrollo –promovido tanto por el mismo como por K. O. Apel y muchos ilustres seguidores, como Adela Cortina en el mundo académico español-.

J. Habermas, sostiene con razón que en referencia a la teoría denominada Ética del Discurso debería hablarse en realidad de *Teoría del Discurso* pues el ético, es solo uno de los ámbitos –claramente diferenciado de los demás- en los que la susodicha Teoría del Discurso puede ser

¹⁸⁵ J. Habermas/J. Rawls. *Debate sobre el Liberalismo Político*. Introducción de Fernando Vallespín. Paidós, Barcelona, 1998, pág. 29.

¹⁸⁶ Nombre comúnmente adoptado y aceptado desde la publicación del artículo que se reconoce como el escrito fundador de ella, de autoría de K. O. Apel; el conocido *El Apriori de la Comunidad de Comunicación y los Fundamentos de la Ética*, en *La Transformación de la Filosofía*, Tomo II, Taurus, Madrid, 1985. Con el que dicho autor expone las líneas maestras de nuestra teoría y que se incluye en el capítulo final de su obra *La Transformación de la Filosofía* ya citada.

aplicada¹⁸⁷. Así, según J. Habermas, la Ética del Discurso es un segmento de un constructo más amplio que él denomina *Teoría del Discurso*, que abarcaría todas las manifestaciones del obrar humano, todas las versiones posibles de acciones que componen la praxis humana. Dichas clases de acciones se diferenciarían entre ellas según la perspectiva y motivación iniciales que dan lugar a la propia acción así como por la *intensidad* del deber que cada tipo de norma resultante genera, de acuerdo a cómo esté operando en cada perspectiva, la razón práctica.

En efecto, la razón práctica opera en tres niveles diferenciados, empero hay que apuntar desde ya que a través del discurso solamente funciona uno de ellos, el uso práctico-moral de la razón práctica mientras en los otros dos, no es viable hablar de discurso como tal, veremos en el desarrollo de cada uno de ellos, por qué esto es así.

En los tres casos la pregunta básica siempre será: *¿qué debo hacer?* Las posibles soluciones a tal cuestionamiento dependerán de en qué nivel se esté planteando la pregunta citada. Así:

3.1.1. USO PRAGMÁTICO DE LA RAZÓN PRÁCTICA.

En primer lugar, si el actor parte de fines y objetivos que responden a *sus* intereses únicamente, está tratando *cuestiones pragmáticas*. Referidas estas a los mejores medios para alcanzar determinado objetivo, incluso si lo que está en juego es la definición del objetivo mismo; se entiende que las preferencias que vayan a determinar lo anteriormente dicho ya vienen condicionadas previamente por una determinación de valor, de deseo o de necesidad tomada de antemano¹⁸⁸. La forma que el resultado de este tipo de operación de la razón práctica adopta, es la de mandatos o imperativos condicionados¹⁸⁹ que señalan un “deber” ligado a la presencia y cumplimiento de equis medio o medios que hacen viable el cumplimiento de tal deber relativo, que, obedece a un criterio teleológico. Aquí la pregunta tiene como fondo de significado, la idea de *posibilidad* o de *idoneidad* de los medios para alcanzar el objetivo establecido como motor del

¹⁸⁷ “En este sentido, el nombre de la ética del discurso puede que haya facilitado un malentendido. La teoría del discurso hace referencia a las cuestiones morales, a las cuestiones éticas y a las cuestiones pragmáticas de maneras distintas en cada uno de esos tres casos.” J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 110.

¹⁸⁸ Sirven aquí de ilustración los ejemplos referidos a la elección de una profesión o del lugar al que dirigirse en una vacación, que J. Habermas desarrolla en J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, págs. 111 y 112.

¹⁸⁹ Y otras nominaciones que J. Habermas recoge en J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 112.

obrar; un obrar que ha de tener que ver con una modificación empírica de un determinado estado de cosas en el mundo.

Esta clase de operaciones de la razón práctica (cuando se hacen entre más de una persona) no puede ser objeto del discurso propiamente dicho, sino de una cooperación entre individuos contingentemente unidos por el objetivo común, en cuyo caso la argumentación puede servir bien a la determinación de las acciones-medio más idóneas para el cumplimiento del fin dado; lo que es decir, que la definición de esas acciones puede ser individual -fruto de una reflexión interna en el seno de la conciencia subjetiva- o intersubjetiva -resultado cooperativo de una argumentación-. Pero no propiamente discursiva pues no se trata aquí de intereses idealmente universalizables y generalizables, sino de medios muy concretos y referidos a un objetivo muy particular.

Por ello, en el orden intersubjetivo, el obrar dirigido a la obtención de medios adecuados es concebido como *estratégico*, ya que dicho obrar de los participantes en la argumentación obedece únicamente al logro de sus fines individualmente o colectivamente fijados, quedando las acciones (y las personas mismas de los demás) sujetas y vinculadas a tales fines y por ende al estatus de *medio*. No hay pues aquí verdaderamente, un discurso racional sino únicamente un uso pragmático de la razón práctica, en el que se puede hablar de a lo sumo *acuerdo estratégico* como la materialización de ese uso (cuando colectivo) pero no propiamente *consenso discursivo racional*.

En cuanto a la fundamentación de los susodichos deberes condicionados -o débiles- ha de decirse que no hay necesidad ni cabida para fundamentación alguna pues, el propio objetivo -y su potencial alcance en relación a los intereses que todos podrían querer asumir- es el que está fundamentando ya de suyo la acción-medio.

Dado que se está ante cuestiones de definición de medios para alcanzar preferencias pre-establecidas, el grado de complejidad de la operación racional práctica -incluso siendo intersubjetiva y ocurra sede colectiva- no sería muy alto, por tanto la fundamentación innecesaria o irrelevante. Esa es otro motivo que nos mueve a determinar contundentemente que en tratándose de cuestiones pragmáticas, el uso de la razón práctica no corresponde al discurso racional, pues este está dirigido exclusivamente a la fundamentación normativa.

3.1.2. USO ÉTICO DE LA RAZÓN PRÁCTICA. “DISCURSO” ÉTICO.

En este segundo uso de la razón práctica el grado de complejidad de las cuestiones es mayor y no se refiere ya simplemente a la determinación de acciones-medio tributarias de un objetivo gobernado por valores o deseos consolidados; sino que, lo que se cuestionan son precisamente los valores mismos, entonces la operación racional práctica ya no es ni trivial ni tan mecánica.

Dado que aquí la cuestión alcanza a valores basados en deseos, preferencias o necesidades, el actor –si el razonamiento ocurriese únicamente en la conciencia- o actores –si la operación racional fuera colectiva- deberán entender la pregunta básica *¿Qué debo hacer?* en términos de: *¿Quién soy y quién quiero ser?* Pregunta cuya respuesta-acción valorativa se ve ya claramente necesitada de una fundamentación, de razones que la respalden en función a la definición de la naturaleza, carácter e identidad misma del ser –individual o colectivo- sujeto de la reflexión y de la acción.

Esa concepción del *deber* acontece como resultado de una fundamentación auto-evaluativa, que a su vez se apoya en una íntima reflexión en cuyo seno el sujeto se valora a si mismo contrastando su visión acerca de *cómo es*, tanto con su visión de *cómo le gustaría y quisiera ser*, como con su visión de *cómo quisiera que las demás personas le consideren*. Tal contraste entre *ser real* y *ser ideal* deviene según J. Habermas de una *apropiación* que efectúa el sujeto de su propia biografía concreta y de los contextos vitales que han dado lugar a dicha biografía¹⁹⁰. Se trata nada y más y nada menos que de la definición de la *identidad* (individual o grupal).

La definición por contrastación, entonces, de la identidad de todo sujeto no es cuestión de mera voluntad del mismo sino que está definida o condicionada cuando menos parcialmente por el contexto en el que se forma. Una parte de esa formación implica que todo sujeto determine mediante la operación indicada lo que serán sus valores más fuertes y sus preferencias más importantes, esenciales y cruciales, los que a su vez, condicionarán la sensación de realización, éxito, vacío o fracaso en relación a su vida; lo que es decir en otros términos, que condicionarán cuan *buena* o cuan *mala* resulte siendo dicha vida.

¹⁹⁰ J. Habermas, J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 113.

La proyección de esas resultas posibles, es justamente la operación reflexiva auto-evaluativa de la que derivará la auto-comprensión de sí mismo que cada sujeto tenga y que acabará siendo la respuesta -su particular respuesta, que para ese sujeto es absoluta- a la pregunta básica acerca de *qué debe hacer*. Ese *deber*, absoluto en tanto y en cuanto expresión de *lo bueno para tal o cual sujeto*, pero relativo para el resto de seres humanos, es de orden definitivamente *ético*.

Las cuestiones de ese orden sobrepasan pues el ámbito de lo puramente pragmático e ingresan a un ámbito menos contingente, menos accidental, más esencial, más humano; ingresan al campo de lo ético, que involucra la auto-comprensión del ser humano y la comprensión del rol *del bien* en su vida; por ende más complejidad y abstracción. Si todo lo dicho se aplica a sujetos colectivos, la auto-evaluación y la auto-comprensión tendrá necesariamente que tener lugar en plural, en colectivo, mediante una suerte de discurso en el que las discusiones definitorias de la identidad del grupo y los valores que persiga tienen sede; podemos denominar a este ámbito como el “discurso” ético, con el matiz de las comillas, porque por los motivos que veremos desarrollados más adelante, tampoco este ámbito puede considerarse propia o verdaderamente *discursivo racional* en el sentido de J. Habermas, entre otra cosas porque el acuerdo logrado no es un consenso racional, entendido este como universal y general.

Lo dicho, reitero, vale para sujetos individuales tanto como para colectivos; en el segundo caso, será en el que la teoría del discurso juegue algún papel restringido pues, como en el caso del uso *pragmático* de la razón práctica, en el “*discurso*” ético se alcanzará un *acuerdo* (que no un consenso racional), esta vez en relación, no con acciones-medio sino con valores esenciales que hacen a la identidad del colectivo.

Ahora bien, si esta es una interpretación correcta del pensamiento habermasiano, debería quedar claro que (por la operación de *contrastación* que se aludió líneas arriba) influida como está **siempre** la determinación de la identidad del sujeto individual por los contextos vitales en los que ha estado inserto este desde el inicio de su biografía, consiguientemente la definición de las cuestiones éticas será igualmente **siempre** colectiva (aún si acontece en el fuero interno) en el sentido de que es el grupo el que influye desde el vamos en la configuración y formación de la identidad de los sujetos; sobreviniendo toda vez que se trate de este tipo de cuestiones una suerte de relación mutua y circular de condicionamiento entre la auto-comprensión del individuo y la auto-

comprensión del grupo. En efecto, la auto-afirmación del sujeto individual dependerá de la auto-comprensión del grupo y esta es necesariamente colectiva, cooperativa y acordada.

Si la terminología fuera rigurosa, solamente los discursos que traten de este tipo de cuestiones o de este nivel de complejidad, serían “*discursos*” éticos y constituirían el trasfondo de una *ética del discurso*; pero como ya señalamos con J. Habermas, esta terminología, que debería tener un ámbito más restringido, únicamente al del uso moral de la razón práctica (que no es el que aquí se describe), se ha adoptado para todos los tipos y niveles de “*discurso*”.

Será el que tratamos un tipo de “discurso” reflexivo en el sentido en el que su operación y resultados siempre se referirán a la identidad del ser-sujeto –individual o colectivo-, a su comprensión de sí mismo y al grado de bien(estar) o bien(ser) al que aspira. A algo que se ha conocido en la tradición de la filosofía moral como *buen vivir*, aspiración que se ha traducido por ejemplo y entre paréntesis, incluso en formulas normativas jurídicas contemporáneas, como es el caso de la Constitución boliviana,¹⁹¹ que requieren ser “discursivamente” definidas en su contenido pues aluden a la *vida buena colectiva* concreta de la sociedad, en este caso, la sociedad boliviana.

En forma de imperativos incondicionados ocurre la manifestación del resultado de la reflexión ética. Incondicionados en un doble sentido:

Primero, porque el proceso de formulación del *deber* aquí no responde a otro objetivo o fin que no sea la consecución progresiva y global de un estado de *bienestar* del actor, que es la obtención de *su* felicidad como resultado de una relativamente estable sensación de llevar una vida buena o lograda, concebida desde su propio punto de vista. No existe pues una condición particular claramente identificable, sino un disperso conjunto de condiciones que hacen a la felicidad misma y tal como el sujeto la ve.

Segundo, porque la concepción de *bien* o de lo *bueno* de que tratamos aquí se refiere al bien o lo bueno **para el actor**, que en la perspectiva de todos los demás sujetos del mundo –individuales o colectivos- será siempre una bondad relativa, pero desde el punto de vista del sujeto actor será una bondad absoluta dado que es la concepción que le da sentido a *su* vida; considerada esta como una entidad independiente y a la vez como un proceso autárquico en sí mismo.

¹⁹¹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 8

Como podrá apreciarse, en el tratamiento práctico de estas cuestiones éticas lo que late en el fondo no es la fundamentación de la corrección normativa sino la justificación del *bien*, de *lo bueno*, que como ya se determinó en la caracterización de la ética discursiva (y en especial la habermasiana) en los capítulos I y II de este trabajo, escapa al ámbito de la teoría discursiva por dos motivos:

- a) Porque el contenido de lo discutido en el uso práctico-ético está siempre determinado o condicionado históricamente y por lo tanto no es posible proyectar su universalidad o su generalidad atemporal y a-espacial; aunque lo debatido en este campo sea *absoluto* para los actores pero relativo para quienes no estén inmersos en *esa* particular forma de vida, de lo que se colige que el auditorio (real o ideal) al que esas discusiones (o “discursos”) afectan no podrá ser nunca uno universal.
- b) En función a lo dicho en a), porque, en estos ámbitos restringidos de “discurso” no hay posibilidad del logro de un consenso racional como acuerdo ideal y universal alcanzado ante un auditorio universal y sobre la base de cuestiones e intereses universales. Será un acuerdo ético, pero no un consenso racional discursivo.

3.1.3. USO MORAL DE LA RAZÓN PRÁCTICA: EL DISCURSO MORAL.

Distinta es la manifestación de la razón práctica, en la que se encuentran en juego, no ya **únicamente** intereses concretos de sujetos -individuales o colectivos, insisto-; sino que tales deben conjugarse con todos los posibles intereses racionalmente universalizables, de todos los demás actores en un sentido a-histórico. En tratando de este tipo de asuntos, estamos ante cuestiones propiamente *morales*.

Si en la función al tratamiento racional de cuestiones pragmáticas y éticas¹⁹², la perspectiva dominante es la de la primera persona –del singular o del plural- desde la que nunca se abandonan del núcleo de la argumentación los intereses que mueven a ese particular “yo” y (se puede decir hasta cierto punto) que se *desatienden* los intereses de los demás potenciales afectados; en el tratamiento racional práctico *moral*, son precisamente estos intereses los que van a determinar la resolución del conflicto –al menos latente- que da lugar a la necesidad de argumentar y por ende

¹⁹² “Tampoco las preguntas éticas exigen en modo alguno una total ruptura con la perspectiva egocéntrica, pues no en vano están referidas al telos de mi vida. Desde este punto de vista, otras personas, otras biografías y otras constelaciones de intereses adquieren importancia solamente en la medida en que estén hermanadas o imbricadas con mi identidad, mi biografía y mis intereses en el marco de nuestra forma de vida compartida intersubjetivamente”. J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 114.

que dicho conflicto de intereses requiera una salida discursiva. La pregunta primaria individualmente determinada: ¿qué debo hacer? se convierte entonces en un colectivo, impersonal e ilimitado cuestionamiento acerca de: ¿cómo *se* debe actuar?

El uso lingüístico impersonal de la pregunta da luces sobre el hecho de que aquí el *deber* tiene un sentido diferente. Se está ante la necesidad de consideración de intereses o conjuntos de intereses de *todos* los demás actores –reales e hipotéticos-; ante la consideración de la necesidad de que *mis* particulares intereses sean compatibles, en pie de igualdad y desde una perspectiva imparcial, con los intereses de todas las demás personas –individual o colectivamente consideradas-. Esa ideal compatibilización ocurre una vez que el sujeto interiorice –y hasta mecanice esa interiorización en la práctica- el deber de un obrar vinculado en todo momento al seguimiento de máximas que expresen de manera imparcial, justamente, esa compatibilización a través de contenidos en los que siempre quede claro que la acción del sujeto ha de estar sujeta al test de universalización, es decir, a la prueba de que dicha actuación pueda ser tenida como aceptable y deseable por *todos por igual* –que todos puedan querer que en una situación similar, se actúe de esa manera, ni más ni menos-. En efecto, cuando los intereses del sujeto actor entran en conflicto con intereses de otros sujetos y la búsqueda de la resolución de ese conflicto abandona el puro punto de vista egocéntrico y se somete a la consideración de una máxima que intente compatibilizar ambos grupos de intereses respetando simétricamente, las posturas de todos; puede decirse que se ha adoptado el punto de vista moral.

J. Habermas recurre en su magistral explicación sobre la diferencia entre cuestiones éticas y cuestiones morales, a una alusión al concepto de “máxima” –que siguiendo a Kant- se refiere a un mandato de conducta que rige la actuación cotidiana de un determinado sujeto. Se trataría, piensa J. Habermas, de una suerte de regla práctica, que llega a tal punto de internalización y asimilación por el sujeto, que descarga al sujeto de la pesada tarea de tomar decisiones *exhaustivamente meditadas* en todas sus acciones – desde las más triviales, hasta las más profundas- lo que de otra manera le demandaría una enorme inversión en tiempo y esfuerzo, al grado extremo en el que no podría *avanzar* en el desarrollo de su vida.

Las máximas operan pues como mecanismos normativos por los que el sujeto ahorra tiempo y esfuerzo mental. Ahora bien, si la máxima que aquí tratamos se formularía aproximadamente como sigue: *Actúa siempre de tal manera que, tus acciones consideren simétricamente los*

intereses ajenos y los tuyos propios, estamos indudablemente ante una consideración moral de las cuestiones prácticas pues se entiende que el seguimiento de una máxima de esa magnitud importa el seguimiento de *lo justo* entendido como *lo bueno por igual* para todos (que era la fundamentación que E. Tugendhat no podía alcanzar)¹⁹³.

Ahora bien, para J. Habermas este modo de ver el *deber*, esta forma de tratar de la razón a las cuestiones prácticas, aún es *débilmente*¹⁹⁴ moral. Ello porque pese que ya se ha abandonado la perspectiva egocéntrica, aún persiste la reflexión *puramente individualista*.

La operación de la razón práctica aún tiene asiento en la conciencia del sujeto, que es por definición, interna. Para lograr la visión moral propiamente dicha, la reflexión debe ser capaz de trasladarse a la sede discursiva, que de suyo, es un ámbito externo al sujeto, es decir, un escenario intersubjetivo. El *deber* aquí toma cuerpo en mandatos no solamente incondicionados, sino ya, en verdaderos imperativos categóricos, que estructuran deberes propiamente morales, pues obedecen al deber por el deber mismo, que no es otra cosa que lo justo. La superación aquí por la ética del discurso del imperativo categórico de Kant, consiste en que ya se está ante mandatos categóricos surgidos **por un consenso** acontecido en *sede discursiva*. El consenso en relación al *deber por el deber* no es únicamente “resultado de...” sino “condición para...”. Esta pues claro aquí que, en cuestiones morales el consenso es estructural a la ética del discurso.

Si razón práctica es: la tarea/facultad de fundamentación de mandatos a los que se somete el sujeto, sean estos del orden pragmático, ético o moral¹⁹⁵ como ha afirmado J. Habermas; la fuerza fundamentadora que va a respaldar tales mandatos surge asimismo de forma distinta en cada uno de los tipos de cuestiones prácticas. Para ello es menester analizar la postura de J. Habermas en relación a uno de los grandes elementos de la razón práctica y que han merecido detenido tratamiento en la tradición kantiana: la idea de *voluntad del individuo*.

La *voluntad* del sujeto y su carácter autónomo o heterónomo es, por otra parte, otro elemento que cambia de contenido al hilo de la variación entre manifestaciones de la razón práctica. Así, en cuestiones prácticas-pragmáticas la voluntad es el simple *arbitrio* que impulsa al sujeto a la acción

¹⁹³ Cuestión tratada en la página 35 y siguientes de este capítulo.

¹⁹⁴ “De un test de universalización realizado egocéntricamente no se sigue todavía que una máxima sería aceptada por todos como criterio moral de su actuar”. J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 116.

¹⁹⁵ J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 118.

bajo la motivación del fin u objetivo al que la acción-medio está consagrada desde el inicio; la voluntad aquí está íntimamente ligada a tal fin, en consecuencia no es una voluntad libre sino condicionada. Otro tanto acontece con la voluntad en tanto que *resolución* del sujeto en cuestiones prácticas-éticas, dado que aquel ha de amoldar su vida a los valores absolutos (para él) cuya verificación o no, hará o no de su existencia, una de plenitud y de realización; hasta aquí, aparentemente, dicha *resolución* no depende sino del sujeto mismo y de su propia definición de valores y preferencias fuertes; no obstante, en J. Habermas, según él ha sostenido¹⁹⁶, no existe definición individual de la identidad del individuo, por paradójico que esto suene, ya que el contexto vital o los contextos vitales en que cada biografía particular se desenvuelve o puede ser que se desenvuelva, marcan al sujeto en tal grado que su identidad es inseparable de esos marcos vitales e inexplicable sin ellos. De manera tal que la aparente voluntad libre manifiesta en el denuedo o la *resolución* individual para alcanzar la plenitud de vida en los términos y contenido de que se trate, a la que nos hemos referido líneas arriba, es eso mismo: una apariencia de libre voluntad. Desde el hecho que, la propia definición de valores y preferencias fuertes está condicionada a la identidad –colectivamente moldeada- que el sujeto posee gracias a la *eticidad* particular en la que se ha formado y forjado; su voluntad en tanto que determinación o *resolución* para alcanzar su concepto de plenitud de vida, está también condicionada; por lo tanto tampoco es libre. Su impulso son los valores colectivos comunes a otros individuos o colectivos y que ese particular sujeto ha hecho propios consciente o inconscientemente.

La única voluntad que resulta siendo plenamente autónoma o *voluntad libre* propiamente dicha, por lo tanto coincidente con la razón misma, es aquella que interviene en la fundamentación, mediante juicios morales, de las cuestiones puramente *morales*. Dado que la fundamentación de normas de acción y de acciones para la resolución de conflictos que afectan a intereses universalizables puede acontecer únicamente cuando los intereses en liza puedan merecer validez universal mediante el discurso racional; el despojo de todo condicionamiento particular –sea de orden teleológico o de orden axiológico- y el distanciamiento del propio contexto vital que haga cada participante en el discurso, son requisitos para el discurso moral mismo; consiguientemente lo son, para el resultado de la propia fundamentación, que, no será otro que el conjunto de juicios

¹⁹⁶ “Mi proceso de formación se desarrolla en un contexto de tradiciones que comparto con otras personas; mi identidad lleva también la impronta de identidades colectivas, y mi biografía está **embutida** en contextos vitales históricos de gran amplitud. Por ello, la vida que es buena para mí afecta también a las formas de vida que nos son comunes” **negrita mia**. J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 114.

morales determinados discursivamente y que dan razón de las normas y acciones universalmente válidas, emergentes del posible, hipotético o ideal conflicto.

La fuerza de la fundamentación se afinca aquí en la radical comprobación de que el sujeto participante del discurso, accede a dar validez sola y exclusivamente a normas de acción que ha podido darse a sí mismo pero con la necesaria actitud de auto-despojo del punto de vista egocéntrico y la asunción de uno universal, es decir imparcial; la razón misma, está claro aquí, es la traducción de la *voluntad libre* del sujeto, que participando del discurso racional ideal, se ha dado tales normas como las que quiere que rijan *su* acción tanto como la de *todo y cualquier* otro sujeto que simétricamente quiera que se sigan esas normas en *su* acción. La voluntad aquí y así en esos términos, es plenamente autónoma¹⁹⁷.

Dicho en términos colectivos, la argumentación racional del discurso, la acción humana será concebida como *orientada al entendimiento* o *acción discursiva* propiamente dicha, en tanto y en cuanto -cumpliendo los presupuestos de la argumentación- defina por medio de un *consenso* una fundamentación de la corrección normativa que responda a intereses no solo de ese colectivo sino de *todo y cualquier* colectivo; es decir intereses que puedan ser percibidos como unos que cualquiera de los participantes en un auditorio *universal* haría suyos. De ser este el caso, estaríamos hablando de un tipo de voluntad colectivo-discursiva que en la Teoría del Discurso se conocería simplemente como *discurso moral*.

El discurso en el que se dilucidan cuestiones prácticas de orden moral, es la sede de imbricación entre la razón y la voluntad libre¹⁹⁸. La voluntad queda atada a los dictámenes de la razón y únicamente a ella; tal razón, resulta siendo emergencia de lo que el discurso, mediante el consenso y en condiciones de racionalidad determine. Ello es patentemente cierto si vinculamos esta relación entre razón y voluntad con la formulación de los dos principios rectores de la ética del discurso

¹⁹⁷ "Solo bajo los presupuestos comunicativos de un discurso universalmente ampliado en el que participen todos los posiblemente afectados y en el que, en actitud hipotética, pudiesen tomar postura mediante argumentos respecto de las pretensiones de validez de las normas y modos de actuar que en cada caso hayan llegado a ser problemáticos, se constituye la intersubjetividad, de más alto nivel, de una imbricación de la perspectiva de cada uno con las perspectivas de todos. Este punto de vista de la imparcialidad rompe la subjetividad de la perspectiva propia de cada participante, sin perder la conexión con la actitud performativa de los mismos". J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 121.

¹⁹⁸ "En este foro solo pueden recibir aquiescencia fundamentada aquellas propuestas de normas que expresen un interés común de todos los afectados. Por ello, las normas fundamentadas discursivamente hacen valer simultáneamente estas dos cosas: La captación intelectual de lo que va en interés de todos por igual y una voluntad universal que ha asumido en sí, **sin represión** la voluntad de todos. En este sentido, la voluntad determinada por razones morales no queda externa a la razón argumentante; la voluntad autónoma queda totalmente interiorizada en la razón". J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 122.

que fueron presentados y descritos páginas arriba: el principio del discurso y el principio de universalización que en conjunto configuran el principio moral habermasiano.

Por el primero de ellos (*“Sólo pueden pretender validez aquellas normas que pudiesen contar con el asentimiento de todos los afectados como participantes en un discurso práctico”*); la nota condicional manifiesta en la expresión “...pudiesen contar con...” deja entrever que la racionalidad que caracterice a las normas sometidas a discusión discursiva, surge necesariamente de la aceptación consensual que de ella se haga por parte de todos los virtuales participantes afectados. La razón de ser de la validez de la norma sale del propio consenso, como expresión de la voluntad de los sujetos participantes.

Ahora bien, según el segundo principio (*“Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos laterales que del seguimiento general de la norma previsiblemente se sigan para la satisfacción de los intereses de cada uno, puedan ser aceptados sin coacción por todos los afectados”*); nuevamente el peso del contenido del principio recae sobre el posible consenso -esta vez referido a los intereses universalizables-; el consenso es condición necesaria para que la norma rijá válidamente. Se presume aquí que nadie que haya consensuado racionalmente -esto es, que haya contribuido a la construcción de la racionalidad discursiva en las dos fases- pueda luego no tener el ánimo o *no querer* que se siga la norma o seguirla él mismo; sin incurrir en una auto-negación, que es decir algo similar a lo que K. O. Apel denomina auto-contradicción performativa (concepto que también se ha descrito ya en este trabajo).

Queda manifiesto entonces el carácter autónomo de la voluntad pues así, sí que puede afirmarse que la atención y acatamiento de la norma en cuestión de parte del sujeto participante en el discurso ideal, se funda en la presuntamente libre manifestación de su voluntad; lo que es decir, desde el punto de vista de la norma, que es una que ha nacido fundada simultánea y simétricamente en la razón y en la voluntad de los destinatarios idealmente reunidos para discutir y darse tal norma a sí mismos.

Ahora bien, con la transición de la operación de la razón práctica, de la primera persona del singular a la primera persona del plural, es decir, cuando la razón práctica funciona en sede colectiva; más allá de un cambio de escenario lo que acontece es que se plantean nuevos problemas para la teoría del discurso.

En el caso de que la razón práctica esté actuando pragmáticamente, la existencia de intereses (propios de cada individuo componente de la comunidad dada) y de posibles conflictos entre ellos, obliga a la adopción de *compromisos, tratos y acuerdos* con miras a la obtención del objetivo que el sujeto colectivo se ha trazado. Aquí no hay mucho más que decir.

En el caso de que la razón práctica esté operando en el nivel ético (digamos ahora, ético-político) la definición identitaria del sujeto colectivo, pasa por la necesidad de que dicho sujeto establezca las condiciones para que tal identidad pueda alojar lo más armónicamente posible a una vasta pluralidad de identidades particulares. El sujeto colectivo ha de trabajar arduamente para identificar puntos en común (dentro de la amplia gama de posibles posturas cosmovisivas internas) y servirse de ellos como una suerte de anclajes identitarios que sustenten la definición común. Aquí sí que sería aplicable en alguna medida, el planteamiento de E. Tugendhat que abogaba por un proceso de formación equitativa de la voluntad colectiva autónoma.

En el caso de los discursos práctico-morales, cuando la razón práctica funcione fundamentando normas, el discurso racional en el que el sujeto colectivo sea participante habrá de trasladarse de escenario de discusión desde el ámbito de la Moral hacia el del Derecho¹⁹⁹. Para transitar dicho traslado habrá de efectuar una particularización temática –que abarcará todo el próximo subtítulo– en la que quedará resumidamente descrita la concepción habermasiana del Derecho en términos de su teoría del discurso y su estrecha vinculación con la moral.

¹⁹⁹ J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, pág. 125.

PARTE IV

ENTRELAZAMIENTO NECESARIO ENTRE MORAL Y DERECHO SEGÚN HABERMAS.

4.1. INTRODUCCIÓN.

Para ilustrar su pensamiento acerca del Derecho y a su vez conectarlo a la idea de la necesaria compenetración del Derecho con la Moral en cuanto a la tarea de la fundamentación de aquel, J. Habermas recurre como punto de partida a un análisis crítico a la concepción de Max Weber acerca de la racionalidad que imbuye al Derecho, acerca de su carácter formal y sobre cómo este último autor cree que el Derecho se auto-legitima y se auto-racionaliza mediante la conservación de su formalismo. Sigue el análisis considerando la postura de Wolfgang Abendroth, para quién el Derecho es únicamente un instrumento que da fuerza vinculante a la voluntad democrática, por lo que aquel no tiene una estructura propia y menos una racionalidad particular. Después de la crítica a las posturas señaladas, arriba J. Habermas a su propia posición en una complementación y corrección de la concepción kantiana del Derecho, en la que manifiesta nitidamente la conexión –que no confusión- entre derecho, moral y política.

La clave de dicha concepción habermasiana acerca del Derecho, se encuentra en el carácter dual o ambivalente del mismo. En el pensamiento de J. Habermas, hay dos condiciones que resultan imprescindibles para el fenómeno jurídico: su momento de incondicionalidad por un lado y su faceta instrumental por otro. El primero se lo da la estrecha e inevitable relación con la moral y a través de la segunda, el Derecho hace posible la programación jurídica de decisiones políticas.

El autor alcanza esta concepción a través de una lectura del fenómeno jurídico a la luz de su teoría del discurso, después de la mencionada crítica a tres fuertes concepciones sobre el Derecho: la de Weber y la de Abendroth, la del Iusnaturalismo Racionalista y la del Positivismo Jurídico. Veamos cómo transita dicho estudio.

4.2. LA LEGALIDAD ¿FUENTE AUTONOMA DE LEGITIMIDAD?

La primera cuestión nuclear que J. Habermas desarrolla²⁰⁰ en la crítica es el de la legitimidad del Derecho y su posibilidad de existencia, sea auto-adquirida por el derecho mismo o sea con la mediación de la Moral o la Política, dependiendo de cuál sea la concepción que se sostenga y argumente sobre el Derecho y sus relaciones con la Moral y con la Política. No es casual que a J. Habermas, al desarrollar su concepción sobre el Derecho, le preocupe el tema de la legitimidad del mismo, ya que si se puede reconducir tal concepto a los de *justicia normativa* o de *corrección normativa*, es evidente que lo que J. Habermas pretende, es ser fiel a la formulación de su teoría discursiva, restringida únicamente a la dilucidación de cuestiones de orden estrictamente moral como las mencionadas, sin que abarque las diversas opciones éticas o concepciones acerca de lo bueno.

En la concentración de parte de J. Habermas en el asunto de la legitimidad, se advierten dos asuntos: primero, cómo él no se encuentra satisfecho con una formulación meramente formalista –como la positivista- acerca del Derecho; consecuentemente desarrolla una concepción *materializada* al estilo discursivo-procedimentalista de la fundamentación de lo jurídico como emergencia de la operación de una racionalidad práctico-moral; y segundo, cómo en la misma línea discursiva-procedimentalista J. Habermas se cuida de no *materializar* su versión de Derecho, al grado de introducir en él cuestiones referidas *al bien* o a *lo bueno* en la tarea de fundamentación del Derecho. Se ocupa pues de la legitimidad (justicia) del Derecho en términos procedimental-discursivos.

Para presentar y describir la concepción habermasiana del Derecho y su fundamentación, conviene revisar antes, como herramienta de partida y a la vez de contrapunto (que él mismo utiliza en su escrito sobre la legitimidad de la legalidad) la postura de Max Weber acerca de la Racionalidad Formal del Derecho, representativa de la línea de pensamiento que a J. Habermas le resulta indispensable, superar.

²⁰⁰ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, Trad. Esp. de M. Jiménez Redondo, Trotta. Madrid, 1998. Pág. 535 a 587.

Así, conforme va describiendo nuestro autor, una postura positivista del derecho como la que sustentaba Max Weber²⁰¹, puede presentarse como la que afirma que el Derecho es todo aquello que es establecido por el legislador político, sea este democráticamente electo o no, a través de procedimientos jurídicamente institucionalizados; concepción que lleva implícita la negación de que la legitimidad de la dominación que por tal establecimiento es ejercida, provenga de otro ámbito ajeno al Derecho, particularmente el de la Moral. O dicho en términos afirmativos, implica que la legitimidad de la dominación que se ejerce en los Estados modernos es legal y además es legítima por el mismo hecho de ser legal.

Ahora bien, como era de esperarse de parte de M. Weber, hay una compleja construcción teórica detrás de la concepción liberal, positivista y formalista del Derecho que él sostenía. A grandes rasgos se trata de que la configuración sistemática de un cuerpo de proposiciones jurídicas que permiten:

1. Introducir un orden en el conjunto de normas vigentes por el que dicho conjunto resulta controlable y abarcable, a través de la disposición de un *corpus iuris*.
2. Dar al sistema la característica de una estructura unitaria mediante la forma semántica en la que leyes públicas, abstractas y generales se presentan.
3. Hacer que la aplicación de la ley sea previsible y fiable vía sometimiento de la administración y del sistema de justicia a ella, mediante procedimientos estrictamente reglados.

Las tres cualidades formales de derecho mencionadas son fruto del trabajo “científico”, especializado y altamente racional de los expertos académicos en Derecho que elaboran la dogmática jurídica.

Puesto que para M. Weber, lo formal equivalía a lo racional a la vez que es su resultado y lo material equivalía a irracional, cualquier *materialización* en el Derecho representaba una pérdida cualitativa para lo jurídico, al mismo tiempo que configuraba una des-diferenciación peligrosa -para la estructura del derecho, en tanto producto liberal burgués- entre el Derecho y la Moral. El Derecho *puro*, digámoslo en términos kelsenianos, despojado de cualquier otra fuente de racionalidad que

²⁰¹ M. Weber, *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 2ª edición, 7ª reimpresión. Capítulo III, Págs. 170 y siguientes y 639 a 648.

no sea la emergente de su propia formalidad, es el que podía, según Weber, asegurar la legitimidad vía legalidad, dado que es moralmente neutral.

Es precisamente esa racionalidad jurídica la que M. Weber veía en riesgo con la penetración en el Derecho de contenidos morales (como la justicia, la igualdad, la imparcialidad, etc.) en el advenimiento del Estado Social de Derecho. En efecto, el tránsito del Derecho Liberal (conjunto de leyes públicas, generales y abstractas, que garantiza el ejercicio de derechos subjetivos a la vida, a la libertad y a la propiedad para que sus titulares puedan concluir contratos) al Derecho del Estado Social ocurre como consecuencia de la necesidad de atender y responder a los problemas de clase; la respuesta es sin duda la *materialización* del Derecho amén de la introducción en el seno de este de normas de contenido moral que configuran la distribución de la riqueza y compensaciones a las diferencias económicas y políticas entre clases (especialmente las normas que dan cuerpo al derecho de seguridad social y al derecho laboral). J. Habermas no ve en esa transición (así como Weber tampoco lo veía) únicamente un incremento cuantitativo de la producción legislativa o de una profundización del grado de complejidad de los preceptos jurídicos amén de la mayor complejidad de la sociedad misma; sino propiamente una mutación de las estructuras mismas del Derecho, un cambio de conceptual en el fenómeno del Derecho. La diferencia está en que lo que vio M. Weber como empobrecimiento, como retroceso, como una evolución de signo negativo en el desarrollo del Derecho, J. Habermas lo ve como una pauta de la necesidad de evolución del Derecho, que, puede dar paso o la oportunidad a que se pueda reinterpretar el Derecho en términos de racionalidad discursiva.

Así, a partir del diagnóstico negativo de Weber, centrado en el déficit de racionalidad en el que cae *su* versión (positivista) del Derecho, J. Habermas ve emerger la posibilidad de reconstruir la racionalidad jurídica formalista que Weber defendió y de reconducirla hacia una racionalidad propia de la lógica de la teoría del discurso, en la que la relación derecho-moral es más que evidente²⁰².

Veamos antes de entrar en la postura habermasiana, en qué consiste tal racionalidad jurídica formalista propia del positivismo weberiano.

En primer lugar, la *racionalidad de regla o instrumental*, primera versión de *lo racional* weberiano; dado que consiste en la operación por la cual se seleccionan los medios más adecuados que

²⁰² J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 544.

sirvan de instrumento para la consecución de determinado fin; alimenta la tercera de las cualidades jurídicas antes enumeradas, al asegurarse mediante procedimientos jurídicamente institucionalizados, una administración estatal y un sistema de justicia previsible y de productos calculables en la aplicación de leyes públicas, generales y abstractas.

En segundo lugar, la *racionalidad con arreglo a fines*, que gobierna acciones de elección de fines sustentadas, como norte de acción, en valores predeterminados o preferencias predefinidas, siempre y cuando tales valores, se aclara, sean producto a su vez de reflexión intelectual y no tradiciones metafísicas o religiosas; animan la producción de leyes semánticamente públicas, generales y abstractas conformando la segunda cualidad del formalismo jurídico, al encarnar la valoración de la autonomía privada para la persecución de intereses subjetivos.

En tercer lugar, la *racionalidad como fruto de la reflexión intelectual de expertos* que generan conocimientos altamente complejos y especializados, en este caso son peritos en Derecho que sistematizan el cuerpo jurídico configurando la dogmática jurídica; dándole así esta modalidad de racionalidad la primera de las cualidades formales descritas al Derecho, su manifestación en un cuerpo jurídico unitario, pleno y coherente.

El positivismo weberiano explica así, tomadas las tres versiones de racionalidad en conjunto, cómo acciones, tipos y consecuencias jurídicas juegan un rol, desempeñan una función en un ámbito racional formal que no precisa recurrir a ningún otro elemento (material) externo al propio constructo jurídico; por lo tanto se trata de una racionalidad moralmente neutral.

No obstante, cuestiona críticamente J. Habermas, ¿será suficiente un complejo racional de estas condiciones para asegurar la legitimidad de la legalidad? Formulación que no expresa otra cosa que un cuestionamiento al grado de Justicia del Derecho.

Evidentemente cualquier modo o versión de pensamiento de corte liberal burgués respondería afirmativamente a tal pregunta. Dado que son precisamente los valores de la libertad individual y los intereses subjetivos egoístas²⁰³ los contenidos de tal ideología, la racionalidad formal del Derecho viene perfectamente adecuada para la persecución de tales valores e intereses. J. Habermas que es, por su parte, un defensor (aunque también crítico) de un ejercicio serio y discursivo de la Democracia, afirma la insuficiencia de tal racionalidad; lo que no significa, como

²⁰³ Uso esta palabra sin contenido peyorativo alguno.

veremos más adelante, que patrocine sin más una *materialización* del Derecho o una *juridificación* del mundo de la vida; que sí, pero hasta cierto punto y resguardando los que considera sin lugar a dudas, dos elementos imprescindibles del Derecho: su momento de incondicionalidad –que proviene de la relación Derecho-Moral²⁰⁴- y su instrumentalidad –que se refiere a que el Derecho es también un medio para la efectivización de decisiones políticas. Además que, como señala el mismo J. Habermas, la construcción weberiana de la racionalidad que supuestamente sostiene la legitimidad de lo jurídico formal, vista con detalle analítico-crítico, no lo hace en realidad, puesto que según nuestro autor, son las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características (de la racionalidad formal) recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico, la fuente de donde deriva la legitimidad del Derecho visto desde la óptica del pensamiento liberal burgués²⁰⁵.

Como ejemplo de que en realidad hay *materia* (liberal) detrás de la supuesta racionalidad formal del Derecho en clave positivista, J. Habermas describe cómo la Seguridad Jurídica vista como valor liberal (y tenida como *carácter pronosticable* de la aplicación administrativa y judicial de leyes públicas, generales y abstractas) entra en pugna con otros valores (como el de la igualdad de oportunidades en la adopción de decisiones políticas) que configuran productos legislativos y conceptos jurídicos más imprecisos, indeterminados y que dan mayores alcances a la discrecionalidad administrativa o judicial (que, en consecuencia, sean susceptibles de ulterior precisión o determinación, a la instancia legislativa). Dicho tipo de pugna ha de resolverse pues, mediante una operación de ponderación moral, en sede discursiva, en la que se pueda dilucidar la susceptibilidad de universalización o no de uno u otro interés (el de la seguridad o el de la igualdad).

Por otra parte, J. Habermas ve en constructos teóricos como el contrato social o como el imperativo categórico más aproximación a la racionalidad que en la postura formalista weberiana. En relación a la formación democrática de la voluntad (expresada en la legalidad-instrumento), ve más la garantía de tal en dichos constructos de orden procedimental que en el cerrado formalismo jurídico positivista, dado que con las formulaciones roussoniana y kantiana se aprecia mejor un germen

²⁰⁴ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 544

²⁰⁵ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 540.

de racionalidad que asegura más la rectitud (léase legitimidad o justicia) de las decisiones colectivas mediante el procedimiento que el contrato o el imperativo categórico implican, sin atribución alguna de contenidos o *materias* a esos procedimientos. No hay pues materialización – en el sentido de moralización post-convencional- en esos procedimientos. J. Habermas acierta en la crítica al positivismo liberal weberiano al afirmar que M. Weber equiparó equivocadamente mecanismos post-convencionales de fundamentación normativa con orientaciones valorativas materiales; que confundió las preferencias valorativas subjetivas con ideas morales, o sea valores (variables o preferibles unos a otros de acuerdo a contextos vitales históricamente determinados) con la idea de validez deontológica de normas que mandan por igual a todos sus destinatarios. Una cosa es la invariabilidad formal de la validez de los imperativos incondicionados, sin que les afecte el contenido de dichas normas en cuanto mandatos morales y otra distinta es la diversidad de contenidos y la permanente competencia de los valores entre sí.²⁰⁶

Ahondando en su reconstrucción del derecho formal hacia el derecho moderno des-formalizado, J. Habermas pondera el concepto de *procedimiento jurídicamente institucionalizado* que entiende como un elemento nuclear de todo Derecho que conserva las cualidades del formalismo pero se halla imbuido estructuralmente de la racionalidad procedimental que sirve de sustento a la fundamentación normativa. Recurriendo a la formulación (también positivista, no obstante) de H.L.A. Hart, –quién es el que da la pauta sobre la configuración dual del Derecho, que queda manifiesta en la formulación del mismo como sistema de normas primarias y secundarias²⁰⁷- como ilustración de tal modo de procedimentalización institucionalizada de lo moral dentro de lo jurídico, J. Habermas apunta mediante esa concepción, la fundamentación de las normas que regulan conductas de forma directa (primarias) así como la de las que institucionalizan procedimientos jurídicamente (secundarias). Lo crucial de esta postura es que ningún tipo de norma (primaria y secundaria) queda al margen de que en su reconocimiento como componente del sistema, en la producción y en la aplicación existe normado a su vez, un procedimiento que en nada (aparentemente) se involucra con los contenidos²⁰⁸. Ahora bien, la cuestión cardinal de este

²⁰⁶ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 542 y 543

²⁰⁷ H.L.A. Hart. *El concepto del Derecho*, Trad. Esp. de G. Carrio, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1968, segunda edición.

²⁰⁸ Se establece claramente la conexión entre el uso de la razón práctica en discursos práctico-morales como idea regulativa para la construcción, funcionamiento y operabilidad de *procedimientos jurídicos institucionalizados* que resultan siendo hoy de amplia aceptación en la concepción del Derecho por la Teoría general del Derecho y la Filosofía Jurídica desde que H.L.A. Hart aportó a dicha teoría con su constructo teórico acerca del Derecho como sistema de Normas Primarias y Secundarias. Las normas de este segundo tipo, son las que precisamente se constituyen e institucionalizan *procedimientos jurídicos* para la ulterior creación de otras normas, sean primarias o secundarias; la propia creación de normas queda así en definitiva, a su vez normada. Estas normas secundarias hartianas son las que se valen en su fundamentación de la teoría del discurso,

mecanismo está en la pregunta: ¿de qué naturaleza es la normatividad que institucionaliza jurídicamente los procedimientos mencionados?

Precisamente, he señalado un matiz mediante el término *aparentemente* un par de líneas arriba, para dejar sentado que a pesar de que los procedimientos institucionalizados jurídicamente no señalan contenido material alguno (que tenga que ver con aspiraciones políticas particulares como medios para salvaguardar intereses determinados o que tenga relación con preferencias valorativas concretas que emerjan de una forma de vida determinada), tampoco admiten que *cualquier* contenido sea introducido en unas u otras clases de normas (primarias o secundarias). Empero ¿cómo logran ello, normas netamente procedimentales, vaciadas de materia pragmática o ética?

Y aquí viene la respuesta habermasiana a la primera pregunta: por el hecho de que los principios que gobiernan dichos procedimientos jurídicamente institucionalizados, son de naturaleza moral en el sentido de la razón práctica-moral de su teoría del discurso. Lo que es decir, además y en el fondo, de naturaleza **consensual**.

Los contenidos inadmisibles serán pues, en tal sentido, aquellos que no pasen el examen de validez práctico-moral discursiva en la que juegan principios²⁰⁹ de orden jurídico pero a la vez moral; es decir, aquellos que en definitiva no puedan lograr el **consenso racional** fruto de la argumentación racional ideal en la que se consideren los intereses de todos los posibles afectados y que todos ellos podrían querer refrendar. Se vislumbra aquí pues, el *momento de incondicionalidad* moral de lo jurídico que para J. Habermas, como ya adelantamos en páginas precedentes, es un componente ineludible de todo Derecho moderno en el que queda expresada la relación inquebrantable entre Derecho y Moral. La racionalidad formal del derecho queda así “condicionada” únicamente a la racionalidad práctica-moral emergente de un discurso racional. La formalidad del derecho queda pues manifiesta en los susodichos *procedimientos jurídicamente*

pues, en su fundamentación y en su propio funcionamiento es que intervienen como factores de legitimación, principios (que son jurídicos y a la vez morales) que imbuyen al sistema jurídico.

²⁰⁹ “Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de la lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales.” J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 545

institucionalizados y no precisamente en las cualidades que Weber reclamaba del Derecho liberal burgués. Ese el tipo de formalismo jurídico defendido por J. Habermas²¹⁰.

A mayor abundamiento, J. Habermas refuerza la tesis de la necesidad de comprensión del formalismo jurídico a la manera procedimental, con una alusión a un movimiento teórico alemán de la década de los años cincuenta del siglo pasado, defendido por Wolfgang Abendroth. El antecedente del movimiento citado es la pugna académica sostenida entre Ernst Forsthoff y W. Abendroth, el primero patrocinando todavía la versión weberiana del racionalismo jurídico formalista aún en el escenario de un Derecho *materializado* a razón de la cesión de lugar que hizo históricamente el Estado Liberal de Derecho en favor del Estado Social.

El segundo de ellos, W. Abendroth, defendiendo aún en el ámbito de una postura positivista una adecuación del Derecho desformalizado a las exigencias del mencionado modelo de Estado, el Estado Social. Vale la pena apuntar aquí, puesto que la postura weberiana ya la hemos presentado, que la principal apoyatura de W. Abendroth en el señalamiento de la racionalidad jurídica, se encuentra en el proceso de formación de la voluntad democrática en sede legislativa. Así, lo racional de lo jurídico estribaría no ya en las cualidades formales que Weber había definido sino en todo lo que la voluntad general como expresión de la libertad de los ciudadanos determine como Derecho; y tal autodeterminación democrática sería precisamente el fundamento de su racionalidad.

En palabras de J. Habermas, en esta postura *“El orden social está en conjunto a disposición de la formación democrática de la voluntad del pueblo. El Estado democrático se considera centro de una sociedad que se determina a sí misma y se transforma a sí misma. La forma jurídica sirve*

²¹⁰ *“Pues bien, si las cualidades formales del derecho(...) hay que buscarlas en los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si estos procedimientos regulan discursos jurídicos, que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas, sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental”.* J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 545.

J. Habermas, luego, remata la idea con la siguiente afirmación: *“Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos concretistas ligándolo a determinados rasgos semánticos. La fuerza legitimadora la tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias. (...)En los procedimientos jurídicos solo cabe señalar un núcleo racional en el sentido práctico-moral de “racional”, cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad (de imparcialidad tanto en la fundamentación de normas como en la aplicación de regulaciones vinculantes) se establece una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica”.* J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 555.

*simplemente a transformar políticas reformistas en decisiones vinculantes. El derecho no posee ninguna estructura propia, que pudiese ser deformada. En actitud positivista el concepto de ley queda despojado de toda determinación interna concerniente a racionalidad. El mínimo ético pasa ahora de la forma semántica de la ley, a la forma democrática de la producción legislativa. Las garantías propias del Estado de derecho las confía Abendroth a la esperanza roussoniana de que un legislador democrático que permanezca consistente consigo mismo no tomará ninguna resolución a la que no todos pudiesen asentir”.*²¹¹

Aquí puede apreciarse palmariamente el aporte del punto de vista de W. Abendroth a la idea de un formalismo procedimental que vaya de la mano de la inevitable *materialización* del derecho o de la *juridificación* del mundo de la vida. No obstante, J. Habermas detecta en él todavía un vacío (que de todas maneras resulta igualmente útil en la tarea de abogar por una racionalidad procedimental del Derecho), a saber: el hecho que la racionalidad jurídica dependa del procedimiento democrático ocurrido en sede legislativa, no garantiza sin más que dicha racionalidad se traslade también a otros centros de producción jurídico-normativa, como la administración y la justicia estatales.

En efecto, nada asegura tal desplazamiento sino todo lo contrario. Así entonces, la justicia y la administración, por decirlo de alguna manera, quedan autonomizados y hasta inmunizados de tal racionalidad democrática y en consecuencia ajenos a la generación de la legitimidad que en conjunto se espera de la legalidad. Lo que nos conduce a la ya muy conocida discusión acerca de la legitimidad parcial o defectuosa de la justicia y la administración que ocurre en la estructura del Estado Social cuando, a tenor de la materialización del Derecho, la justicia y la administración (y otros ámbitos de la sociedad) se encuentran con facultades de creación normativa y con grandes espacios de discrecionalidad en los que les es dado introducir *su propia* racionalidad. Así como el Estado Social ha ganado en igualdad amén de la *materialización* del Derecho, pierde en la misma medida, en seguridad y por ende en legitimidad.

Pues bien, cuando la justicia (especialmente la justicia constitucional) y la administración actúan ejerciendo creación jurídica, llenando las amplias zonas de discrecionalidad que deliberadamente el legislador del Estado Moderno les ha conferido, lo hacen, innegablemente, llenando el derecho

²¹¹ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 549.

de contenidos morales mediante la ponderación de principios, sea que tales estén ya señalados en la norma fundamental del Estado (y sean por tanto moral justificada) y hayan de desarrollarlos o modularlos; o sea que sean introducidos de nueva cuenta por la propia justicia y la administración en una lectura contextualista del conjunto jurídico como tal o apelando a sus propias posiciones valorativas.

En este hecho, además de dejar en evidencia que el Derecho moderno ha resultado cada vez más inseparable de la Moral, se puede apreciar que la introducción (debida a la fuerza de la materialización del Derecho) en el derecho de elementos extra-jurídicos (morales, éticos o religiosos inclusive) de los que la justicia y la administración se sirven en cuanto a contenidos, cuando ejercen la discrecionalidad autorizada en el Derecho desformalizado, no ocurre de manera necesariamente racional, es más, dicha introducción resulta evidentemente irracional, al decir de J. Habermas, por la siguiente razón: *“Nota característica de los abogados de tal judicatura de los valores, ya se interprete esta en términos iusnaturalistas, ya se interprete en términos contextualistas, es que comparten las premisas filosóficas de Max Weber, pero cambiándolas de signo. Ponen a un mismo nivel procedimientos, principios abstractos, y valores concretos. Como lo universal ético estaría ya siempre inserto en contextos de acción históricos y concretos, no podría haber una fundamentación o ponderación de principios conforme a un procedimiento general que garantizase la imparcialidad”*.²¹²

El problema está en que una de las desventajas que la des-formalización de lo jurídico provoca, es que los amplios espacios de discrecionalidad creativa de Derecho son un escenario heterogéneo, asimétrico y hasta caótico en el que se interrelacionan elementos valorativos, principios y procedimientos, lo que resulta inevitable pero hasta cierto punto tolerable; lo que de verdad resulta problemático es que en caso de roces o de conflicto entre dichos factores de diversa naturaleza y peso, no existe un elemento arbitral, imparcial o “tercero” que al que pueda acudir para procurar el equilibrio; a no ser que sea otro *procedimiento institucionalizado*, como referente común y única manera posible de poner la heterogeneidad en el mismo nivel, que responda a las condiciones de un procedimiento argumentativo racional, es decir de un discurso racional.

²¹² J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 553.

J. Habermas enfatiza que ninguna orientación ética de contenidos (de valores o de bienes) o de fines (de la que, dicho sea de paso, se suelen nutrir los contenidos de la Justicia y la Administración con potestades jurídicamente creativas) puede asegurar el rol de tercero imparcial puesto que sus premisas normativas son tan fuertes (en el sentido de inevitablemente orientadas a unos u otros contenidos normativos) que no alcanzan para servir de base a decisiones vinculantes para *todos* en una sociedad moderna caracterizada por un marcado pluralismo de convicciones últimas. Así, “Solo las teorías morales y las teorías de la justicia planteadas en términos procedimentalistas prometen un procedimiento **imparcial** para la fundamentación y ponderación de principios”.²¹³

Ahora bien, la permeabilidad a discursos morales, que según J. Habermas, debe caracterizar al Derecho, fruto de la ya comentada conexión necesaria entre Derecho y Moral -explicitada mediante la idea del *momento de incondicionalidad* del Derecho- no significa de manera alguna una confusión entre Derecho y Moral.

Una cosa es que los procedimientos argumentativos morales imbuyan al Derecho y otra es que tales procedimientos, en sí mismos sean asumidos por lo jurídico. Se puede ver claramente esta diferencia, según el análisis habermasiano, en el hecho que los procedimientos discursivos morales adolecen de una debilidad frente a sus homólogos jurídicos, los procedimientos jurídicamente institucionalizados, a saber:

Que los últimos pueden asegurar el alcance de un punto de vista unívoco en la formación colectiva de la voluntad y hacerlo además en un plazo fijo o predeterminado, dado que en su (de los procedimientos) formulación jurídica misma, ya viene inserta la presuposición de que las decisiones han sido adoptadas en mérito al punto de vista imparcial (de un tercero impersonal) mediante criterios y mecanismo que conducen a tal punto de vista; en cambio los discursos morales que los procedimientos argumentativos racionales configuran, solamente pueden asegurar la adopción del punto de vista de los implicados mismos en la argumentación y no poseen (a diferencia del derecho) criterios o mecanismos externos ni previamente establecidos; dando lugar a una forma procedimental altamente indeterminada, abstracta y además falible²¹⁴. Por el

²¹³ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 555.

²¹⁴ “Sea cual fuere el procedimiento conforme al cual hemos de juzgar si la norma podría encontrar el asentimiento no coercitivo, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad ni la univocidad del resultado, ni tampoco que éste se obtenga en el plazo deseado. Una moral autónoma solo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de normas”. J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 557.

contrario, el Derecho a través de sus procedimientos institucionalizados, puede resultar ser determinado en un mayor grado, más concreto (en el sentido no de separarse nunca demasiado de la eticidad concreta que hace parte del mundo de la vida) y menos falible.

De la señalada “ventaja” del Derecho frente a la moral, se sigue igualmente la justificación moral de la necesidad de que la Moral sea (en uso de dicha ventaja concretista) complementada por el Derecho y de ahí que muchas materias de la vida cotidiana cuya regulación moral no resulta suficientemente eficaz, requieran ser reguladas además jurídicamente, en atención a la necesidad de regulación unívoca, de plazo fijo y de carácter colectivamente vinculante de tales materias²¹⁵.

4.3. EL SURGIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

En el estudio, hecho con detenimiento en algunos factores clave y en el peculiar modo habermasiano de análisis, de la aparición de la idea de Estado de Derecho en determinado momento de la historia occidental; puede verse reflejada también la evidencia del íntimo entrelazamiento entre Derecho y Moral. Para tal estudio, J. Habermas, complementa el desarrollo que se ha descrito en las páginas precedentes en consideración a la relación entre la legitimidad y la racionalidad del Derecho como fuente de aquella; con una segunda cuestión, que también actúa como hilo conductor de la concepción habermasiana de lo jurídico: es la referida precisamente a las condiciones de configuración del Estado de Derecho, tal como se conoce ahora y partir del tránsito a la modernidad.

Reforzando la exposición acerca de cómo el Derecho manifiesta, en la concepción habermasiana del fenómeno jurídico, su doble condición de constructo social moralmente incondicional y a la vez de instrumento de materialización de programas políticos y comprender ello, que es lo que aquí interesa; J. Habermas acude pues a la explicación y desarrollo de la evolución y condiciones del Derecho en la etapa del tránsito entre la edad media y la modernidad europea y su conversión en dicho periodo histórico en Derecho Positivo.

El Derecho, hasta dicha etapa de transición, el Derecho era un complejo amalgamado en el que se podían reconocer lo jurídico, lo moral y lo político; aunque no era una caótica fusión, puesto

²¹⁵ *“Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos, es decir, con carácter general, las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas solo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica”.* J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 558.

que es posible, analizándolos con calma, identificar cada uno de los tres componentes, no era viable diferenciarlos o singularizarlos, menos aún independizarlos. Según J. Habermas, ese constructo jurídico-moral-político estaba compuesto de tres estratos claramente jerarquizados, a saber:

En la cúspide del sistema estaba el Derecho Sagrado o Derecho Natural que era administrado por teólogos y exegetas jurídicos (el elemento metafísico-religioso cuya fuente era las sagradas escrituras) que coronaba y protegía los demás estratos del complejo. En el segundo escalón jerárquico se encontraba el Derecho burocrático, producido por el Rey, Príncipe o Emperador en concordancia y obediencia al Derecho Sacro (luego sustituido por el derecho positivo). Y finalmente el Derecho Consuetudinario, generalmente no escrito, de origen en cada etnia particular que conformaba el dominio político del Príncipe y que era modulado conforme a los otros dos estamentos por el propio Príncipe y por los teólogos en conformidad con el Derecho Burocrático y con el Derecho Sacro.

En dicha estructura y desde la perspectiva del Príncipe, puede reconocerse ya una suerte de tensión a la que aquel se ve permanentemente sometido: por una parte se encontraba sometido incondicionalmente al Derecho Sacro y debía en todo momento respetar sus contenidos, pues, de dicho respeto emerge la legitimidad que a través suyo se transmitía del orden natural o divino al político, que a la sazón se encontraba a su mando. La legitimidad del Derecho Burocrático y de las decisiones que adoptaba en su calidad de Juez Supremo dependía del mencionado seguimiento fiel al Derecho sacro, lo que es decir, que sin tal fidelidad *sus* programas, actuaciones y decisiones no tenían fundamento o justificación alguna que no fuera su propia fuerza fáctica. Lo que al Príncipe le resultaba un costo en términos de fidelidad y sometimiento, resultaba en una ganancia en la legitimidad de sus decisiones y de su propia posición de poder. Pero por otra parte, dicha ganancia se veía manifiesta en la posibilidad de conservación del poder, en la posibilidad de mandar mediante el Derecho burocrático, en la posibilidad de interpretar el Derecho consuetudinario y en la adopción misma de decisiones en condición de Juez. El gobernante actuaba pues, obedeciendo a cambio de legitimidad y mandando en mérito a tal fundamento.

En la tensión aquí analizada, en palabras de J. Habermas, pueden identificarse nítidamente los dos momentos que caracterizaban y equilibraban el Derecho medieval (caracterización que según nuestro autor, el Derecho moderno y actual no han perdido).

Por un lado, el momento de *incondicionalidad* lo configura el sometimiento piadoso del príncipe, en su papel de juez, al Derecho Sacro; nada de lo que él decidía, podía contrariar la administración e interpretaciones que de la palabra sagrada hicieran los especialistas teólogos conformando así el Derecho Sacro; todo lo que ese príncipe podía hacer como conformación de juicio estaba condicionado a ese Derecho Natural; y a la vez también en su actuación como gobernante, el Príncipe, que debía adoptar decisiones políticas mediante la “posición” (forma de denominar muy adecuadamente a la situación legislativa esa, la producción de normas) de leyes, el Derecho Sacro también era el techo o límite de su actuación, que había de ser de igual manera incondicionalmente obediente a los preceptos del Derecho Sacro. La incondicionalidad se refiere entonces aquí a la condicionalidad única al Derecho Sacro.

Por otro lado, el momento de *instrumentalidad* del Derecho se daba en las actuaciones que el príncipe efectuaba para poner en marcha sus programas políticos; aquí el derecho del Príncipe (desde el establecimiento mismo de un aparato burocrático, hasta las propias actuaciones que su nombre tal aparato realiza) siempre en los límites del Derecho Sacro, obraba utilizando al Derecho como un medio o instrumento de consecución de sus fines gubernativos.

Esta estructura jurídica funcionó de forma equilibrada por mucho tiempo y mientras se cumplieron dos condiciones: que la autoridad metafísica-religiosa del Derecho Sacro no fuera cuestionada y que el Derecho Consuetudinario se mantuviera firme en las conciencias y actuaciones de los gobernados. Pues bien, llegó el momento en que dichas condiciones dejaron de verificarse; debido por una parte a la retirada cada vez más clara de lo religioso al ámbito estrictamente privado abandonando el ámbito público y, por otra, con la pérdida de sustento del derecho consuetudinario en la vida diaria de los pueblos ocasionada por la especialización cada vez más profunda del Derecho Burocrático. Ocurre entonces el advenimiento del Estado-Nación caracterizado en la modernidad y caracterizándola, entre otras cosas, por la reubicación de la soberanía en el Estado, por la exclusividad del rol Estatal de la producción del Derecho, por la redefinición de ámbitos territoriales de jurisdicción de tal Derecho Estatal, por la monopolización del uso de la coerción jurídica por parte del Estado, etcétera.

Estos factores provocaron entonces la caída de aquella estructura trimembre que componía el Derecho desde la antigüedad hasta la edad media, con su más evidentemente fuerte manifestación histórica en el derecho de la iglesia católica en la Europa medieval; lo que dio lugar a la necesidad

de positivación del Derecho en función a la concentración en el antiguo estrato del Derecho Burocrático de todos los contenidos que componían los estratos Sacro y Consuetudinario, dada su desaparición. El Derecho Natural queda en condición de residuo metafísico del que el derecho positivo ya no requiere pues su legitimidad había de emerger, considerando la nueva condición soberana del Estado, de la propia producción legislativa estatal y por su parte el derecho Consuetudinario, aunque no desaparece, queda subordinado y soslayado a la calidad de fuente secundaria de Derecho.

La idea de Derecho Positivo, entendido como Derecho escrito, objetivo, emergente de la autoridad estatal y dotado de la característica de la coerción, tal como ahora nos resulta familiar; surge en Europa en el mencionado periodo como reacción, como una salida de emergencia a la necesidad de reconfiguración institucional ante la escisión entre el poder religioso y el poder político y por consecuencia, ante la aparición del moderno Estado de Derecho.

Despojado el cómo se vio el Derecho a esa altura, de su soporte legitimador; la cuestión que plantea ese nuevo estado de cosas, es: ¿Sería posible para el Derecho Positivo superar el reto de legitimarse a si mismo? considerando que en tales condiciones la producción jurídica solamente depende de la voluntad legislativa siempre mudable. En caso de respuesta negativa, como se vio a través del desarrollo del apartado anterior, en el que se analizó cómo el planteamiento del Weber sobre el formalismo interno del Derecho; mucho esfuerzo teórico fue empeñado en conformar una racionalidad propia para el Derecho mediante la construcción de una dogmática jurídica embarcada en tal cometido; empero, se vio también cómo dicho esfuerzo valía para un modelo positivista de Derecho que actuara en las condiciones de una sociedad liberal de pequeños propietarios y cómo tal modelo no alcanzó a ser suficiente garantía de racionalidad y, por consiguiente, de legitimidad cuando el Estado mutó –ya en el siglo XX- hacia un modelo de bienestar y empezó a producir una forma des-formalizada de Derecho.

Entonces, ¿De dónde extrae, a partir de la modernidad, el Derecho Positivo su legitimidad? O sea, ¿Qué ocupa el lugar del antiguo Derecho Sacro? La corriente Iusnaturalista Racionalista²¹⁶, a la

²¹⁶ Para la caracterización de esa corriente utilizo el conocido planteamiento que Carlos Santiago Nino hizo célebre en dos tesis, como características de toda versión iusnaturalista, entre la que cuenta obviamente la racionalista:

“La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

sazón la dominante en la construcción filosófica, no solamente del Derecho sino de todos los órdenes sociales, dio señales de que esa vacante sería cubierta por contenidos morales de tipo *procedimental* encarnados en principios de justicia universalmente válidos y propios de la estructura de la razón humana. Esta modalidad de Iusnaturalismo (a través de diferentes versiones de la teoría del contrato social) salió al paso de la necesidad de encontrar un equivalente funcional al desaparecido Derecho Sacro utilizando las que en ese momento fueron dos figuras centrales del derecho privado burgués y de la filosofía liberal, a saber: el contrato y la autonomía de la voluntad. En la adecuación de tales figuras al ámbito de lo público, al del Estado, se entiende que el contrato social es concebido y consagrado por individuos autónomos que, cuidando sus propios intereses, estipularían únicamente unos contenidos que garanticen razonablemente la realización de todos y cada uno de dichos intereses. Mediante tal límite procedimental, que ya es de orden moral, quedaría justificado solamente aquel Derecho positivo, o disposiciones que hagan parte de él, que se constituya en virtud al asentimiento de todos los individuos interesados; lo que al decir de J. Habermas²¹⁷, ya implica que la razón del Derecho Natural Moderno, sea la razón práctica moral.

La apoyatura proveedora de legitimación, entonces, en el Derecho Moderno no tiene contenidos materiales (como ocurría con el Derecho sacro que se remitía a contenidos extraídos de la palabra sagrada), o por lo menos no tiene más contenidos que no sean los intereses egoístas compatibilizados por los individuos contratantes; antes bien, se trata ya de procedimientos institucionalizados jurídicamente que sirven de mecanismos de fundamentación de las normas que contiene el Derecho Positivo (lo que ya es un avance desde la perspectiva de J. Habermas); aunque tales procedimientos concebidos bajo la luz de las ideas iusnaturalistas racionalistas, le resulten a él, a J. Habermas, aún insatisfactorios.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será generalmente considerado un iusnaturalista". C. S. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, 2ª edición, 12ª reimpresión. Pág. 27 y siguientes.

²¹⁷ "...la razón de una moral autónoma. Esta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos, es decir, procedimientos conforme a los que podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos. Como la idea de contrato social pone en juego un procedimiento de ese tipo para la justificación de los órdenes políticos organizados jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 146.

En efecto, él considera que tanto la versión Kantiana como la Hobbesiana de contrato social resultan implausibles²¹⁸ pero, por distintas razones:

En Kant, ve él demasiada fascinación por el déficit de fundamentación del derecho moderno. En la pretensión de establecer un mecanismo para fundamentación, la figura del derecho subjetivo, ocupa el lugar de pilar de la concepción kantiana del Derecho Positivo, representando una derivación juridificada del imperativo categórico; así, el derecho subjetivo originario de cada quién, de exigir a cada uno de los demás miembros del sistema jurídico, el respeto a su libertad, en la medida en que dicha libertad pueda ser concorde con la igual libertad de todos, conforme a leyes generales. Por lo visto, queda claro que el Derecho Positivo adquiere aquí una calidad eminentemente moral casi disolviéndose en esta, dado que, como ocurría con el esquema medieval, el derecho Positivo debe acomodarse a los preceptos del Derecho Natural, esta vez ya no sacro pero deducido a priori de los postulados morales de la razón práctica.

En esta concepción de derecho, aunque el momento de incondicionalidad queda garantizado, se echa en falta el momento de instrumentalidad, pues el derecho Positivo queda a tal grado atado y prejuzgado por el derecho natural racional que el legislador tiene un estrecho margen de movimiento con el que ejercer el poder a través de sus programas de gobierno²¹⁹. De tal modo que el Derecho queda reforzado desde la perspectiva de su apoyatura fundamentadora, pero ello a costa de perder su condición de instrumento.

En Hobbes, por su lado y contrariamente, ve J. Habermas también un exceso de fascinación, esta vez por la posibilidad de que el Derecho sea cambiado a voluntad, del Poder. Es así que Hobbes construye su versión del contrato social atendiendo y exponiendo razones para el establecimiento de un poder político que sea absoluto, en vista de la necesidad de seguridad que la natural maldad humana hace evidente, lo que resulta en un Derecho subordinado al poder del soberano. En opinión de J. Habermas, aunque la teoría hobbesiana intenta desembarazarse de toda vinculación del Poder y del Derecho a la moral, esa exposición extrema de razones no es otra cosa que una invocación moral a las conciencias de individuos libres e iguales para someterse a semejante poder

²¹⁸ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 579.

²¹⁹ "Kant reconstruye el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado en términos autónomos, es el encargado de ocupar la vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 580.

absoluto. Lo que a J. Habermas le parece una clara incursión de Hobbes en lo que Karl Otto Apel denomina una auto-contradicción performativa o realizativa. Hobbes elimina (o cree hacerlo) el momento de incondicionalidad a cambio de hacer del derecho Positivo un dócil instrumento de dominación política, es decir de dotarle de un carácter instrumental fuerte.

En suma por una o por otra vía, para J. Habermas, el lusnaturalismo Racionalista emprendió el camino correcto pero no de manera suficientemente satisfactoria, pues en los dos casos que él analiza se fortalece una de las condiciones del derecho pero a costa de sacrificar la otra.

Por su parte la corriente positivista –la de Kelsen, que resulta la más elaborada- dio una respuesta más simple: no hay lugar a nada más allá del Derecho Positivo que al haber surgido autónomo respecto al desplazado Derecho Natural y dado que en última instancia no es más que el medio de manifestación de la voluntad del Poder, su legitimidad ha de emerger únicamente de la misma fuente: el propio Poder, racionalizado mediante el mecanismo de la separación de poderes, mediante el control judicial de la administración y mediante el control de la constitucionalidad a través de un órgano independiente y expresamente concebido para tal función. Y entonces, en esta concepción ¿Qué hay del momento de incondicionalidad del Derecho? ¿Está garantizado tal carácter solo con los mecanismos mencionados? Para J. Habermas definitivamente no, de ahí que la postura de la corriente positivista le resulta insatisfactoria²²⁰ en vista de que ella el Derecho, tenido únicamente como un medio para la realización de los mandatos del legislador, acaba por ser disuelto en la política perdiendo su identidad puesto que la validez de las normas ya no tendría ninguna referencia moral con respecto a la idea de justicia²²¹.

El advenimiento de la modernidad, aparejado con la desaparición de dos de las tres estructuras que hasta entonces configuraban la concepción medieval del Derecho y el mantenimiento y consolidación de solamente una de ellas en el nuevo Estado moderno; en la concepción de J. Habermas, se puede explicar histórica y empíricamente; no obstante, interesan más la explicación filosófica y la conceptual y para tal cometido J. Habermas plantea como él lo llama, un experimento

²²⁰ En “*Escritos sobre Moralidad y Eticidad*” J. Habermas escribe que la respuesta del positivismo a la segunda pregunta había sido afirmativa, pero más tarde, en “*Facticidad y Validez*”, se pronuncia señalando que la respuesta no solamente es afirmativa sino insatisfactoria además de insostenible. J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 136 y 142; J. Habermas *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?*, en *Facticidad y Validez*. Págs. 573 y 577

²²¹ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad a través de la Legalidad?* En *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, pág. 577.

mental²²², en el que hace una relación hipotética de la evolución que habría tenido que sufrir la sociedad (históricamente hablando, la sociedad europea medieval) en la que ocurre la transición de un nivel de desarrollo de la conciencia moral a otro superior, el nivel convencional (según el esquema de Lawrence Kohlberg²²³) que compone los niveles 3 y 4. En efecto, J. Habermas, está

²²² "...supongamos que antes de que haya surgido algo así como una autoridad estatal, se desarrollan ideas jurídicas y morales convencionales (en el sentido de Kohlberg). Entonces un jefe, a la hora, por ejemplo, de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas, pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadirle todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influencia y prestigio fácticos, puede sufrir una mudanza importante. Tres secuencias son de interés en este escenario. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participará, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho podría transmitirse de la competencia de juez al poder de mando de jefe, poder de mando ligado a la competencia de juez por vía de identidad personal. El poder fáctico del influyente se transformaría entonces gradualmente en el poder dotado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero para entonces se habría transformado también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Pues tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona prominente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el políticamente poderoso se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente ese poder. Como medio de organización, el derecho cobra entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 140

²²³ Esquema de los niveles del desarrollo de la conciencia moral de Kohlberg, tal como los expone J. Habermas:

Orden A. Orden pre-convencional

Etapa 1. La etapa del castigo y la obediencia.

Contenido

Lo justo es la obediencia ciega a las normas y a la autoridad; evitar el castigo y no causar daño material.

1. Lo justo es evitar el quebrantamiento de las normas, obedecer por obedecer y no causar daños materiales a las personas o las cosas.
2. Las razones para hacer lo justo son evitar el castigo y el poder superior de las autoridades.

Etapa 2. La etapa del propósito y el intercambio instrumentales individuales.

Contenido

1. Lo justo es seguir las normas cuando va en el interés inmediato de alguien. Lo justo es actuar en pro de los intereses y necesidades propios y dejar que los demás hagan lo mismo. Lo justo es también lo que es equitativo, esto es, un intercambio, un trato, un acuerdo iguales.
2. La razón para hacer lo justo es satisfacer las necesidades e intereses propios en un mundo en el que hay que reconocer que los demás también tienen sus intereses.

Orden B. Orden convencional

Etapa 3. La etapa de las expectativas, relaciones y conformidad interpersonales mutuas.

Contenido

Lo justo es realizar una buena (elegante) tarea; preocuparse por los demás y por sus sentimientos, respetar la lealtad y la confianza entre colaboradores y sentirse interesado por cumplir las normas y lo que de uno se espera.

1. Lo justo es vivir de acuerdo con lo que de uno espera la gente cercana en general, o de las personas como uno mismo, en calidad de hijo, hermana, amigos, etc. "Ser bueno" es importante y significa que se tienen motivos buenos y se está preocupado por los demás. También significa mantener las relaciones mutuas, guardar la confianza, la lealtad, el respeto y la gratitud.
2. Las razones para hacer lo justo son que se necesita ser bueno a los ojos propios y a los de los demás, preocuparse por los demás y por el hecho de que, si uno se pone en lugar de otro, uno quisiera también que los demás se portaran bien (regla de oro).

Etapa 4. La etapa del sistema social y del mantenimiento de la conciencia.

Contenido

Lo justo es cumplir con el propio deber en la sociedad, mantener el orden social y contribuir al bienestar de la sociedad o del grupo.

1. Lo justo es cumplir los deberes que uno ha aceptado. Las leyes deben cumplirse excepto en los casos extremos en que coliden con otros deberes y derechos socialmente determinados. Lo justo es también contribuir a la sociedad, al grupo o la institución.

mirando el proceso de aparición del Derecho Positivo que se ha descrito históricamente, pero con ojos del filósofo moral que basa su análisis en el desarrollo de la conciencia moral de los individuos y colectivos (de ahí que se apoye tanto en los trabajos y esquemas de L. Kohlberg) y que intenta explicar cómo el ascenso de nivel de desarrollo moral es en realidad la piedra de toque del surgimiento del Derecho Positivo; es más, no podría haber ocurrido tal aparición, de no ser por el progreso de nivel mencionado. Así, afirma J. Habermas, que una vez ocurrida la condición, es decir, que se han desarrollado ideas morales y jurídicas convencionales en la comunidad dada, la persona que tiene el ejercicio del mando ya puede hincar sus decisiones, cuando de resolución de conflictos de trate, en normas que en la conciencia moral del colectivo ya se hallan plenamente reconocidas y consiguientemente no corre el riesgo o puede abrigar el temor de que dichas decisiones cause trauma alguno entre los afectados porque ellos mismos son quienes, amén de su grado de desarrollo de sus convicciones morales, han convenido en la vinculatoriedad de dichas normas, por decirlo así, han **consensuado** ya tales normas; siendo el propio Jefe-Juez quien habría sido también partícipe de dicho consenso y constituyéndose, en las actuaciones en las que le toca resolver conflictos, en el guardián de las susodichas normas, va gradualmente transfiriendo

-
2. Las razones para hacer lo justo son mantener el funcionamiento de las instituciones en su conjunto, el auto-respeto o la conciencia al cumplir las obligaciones que uno mismo ha admitido o las consecuencias: "¿Qué sucedería si todos lo hicieran?"

Orden C. Orden pos-convencional y de principios

Las decisiones morales se generan a partir de derechos, valores y principios que son (o podrían ser) admitidos por todas las personas que componen o crean una sociedad que ha de tener prácticas justas y beneficiosas.

Etapa 5. La etapa de los derechos previos y del contrato social o de la utilidad.

Contenido

Lo justo es respaldar los derechos, valores y pactos legales fundamentales de una sociedad, incluso cuando colisionan con las normas y leyes concretas del grupo.

1. Lo justo es ser consciente del hecho de que la gente sostiene una diversidad de valores y opiniones y que la mayor parte de los valores y normas tiene relación con el grupo de uno mismo. No obstante, se deben respetar estas normas "de relación" en interés de la imparcialidad y por el hecho de que constituyen el pacto social. Sin embargo, algunos valores y derechos que no son de relación, como la vida y la libertad, deben respetarse en cualquier sociedad con independencia de la opinión de la mayoría.
2. Las razones para hacer lo justo, en general, son sentirse obligado a obedecer la ley porque uno ha establecido un pacto social para hacer y cumplir las leyes, por el bien de todos y también para proteger los derechos propios, así como los derechos de los demás. La familia, la amistad, la confianza y las obligaciones laborales son también obligaciones y contratos que se han aceptado libremente y que suponen respeto por los derechos de los demás. Uno está interesado en que las leyes y los deberes se basen en el cálculo racional de la utilidad general: "la máxima felicidad para el mayor número".

Etapa 6. La etapa de los principios éticos universales.

Contenido

Esta etapa supone una guía por parte de unos principios éticos universales que toda la humanidad debería seguir.

1. Con respecto a lo que es justo, la etapa 6 se guía por principios éticos universales. Las leyes concretas o los acuerdos sociales son válidos habitualmente porque descansan en tales principios. Cuando las leyes violan tales principios, uno actúa de acuerdo con el principio. Los principios son los principios universales de la justicia: la igualdad de derechos humanos y el respeto por la dignidad de los seres humanos en cuanto individuos. Éstos no son únicamente valores que se reconocen, sino que también son principios que se utilizan para generar decisiones concretas.
2. La razón para hacer lo justo es que, en la condición de persona racional, uno ve la validez de los principios y se compromete con ellos.

tal condición de privilegio de la calidad de Jefe-Juez a su otra faceta, la de Jefe-Gobernante lo que deriva en que la misma persona, esta vez ya en el ejercicio de otra condición, la de autoridad con la potestad de dar órdenes, surgiendo así la idea de Autoridad con poder política y jurídicamente vinculante. Entre tanto, los destinatarios, quedan en todo ese tránsito, conformes y tranquilos porque lo que lo único que ven en el fondo, es cómo sus propias normas morales van ganando institucionalidad mediante la adquisición de calidad jurídica.

Y desde la perspectiva de la calidad de las normas mismas, las que habían nacido con el carácter moral del consenso social y que se hallaban respaldadas en principio por la presión del propio grupo y de la influencia de alguien prominente; en el tránsito señalado habrían adquirido además su componente coercitivo materializado a través de la amenaza de sanción por parte de una autoridad legítima, lo que les otorga de suyo, legitimidad a las propias normas. Por último el Jefe-Juez-Gobernante, termina teniendo la potestad de conformar un aparato burocrático por medio del cual puede ejercer su poder a través de la creación de nuevas normas jurídicas, completando así el circuito que estructura al Derecho, entre reconocimiento (por haber surgido del consenso) e instrumento para la actuación del Poder.

Por eso en la concepción de J. Habermas, lo que ocurre conceptualmente hablando, con el surgimiento del Derecho Positivo y luego con el Estado de Derecho, es un juego secuencial de condiciones que van habilitando otras, a partir necesariamente de una transformación en el grupo de la manera de ver el mundo, entendiéndolo más complejo y dando lugar por consecuencia a un progreso en el desarrollo moral y mediante el consenso del grupo generar normas moralmente obligatorias; tales normas morales da lugar a la transición entre un poder meramente fáctico a uno dotado de autoridad normativa; dicho poder que está legitimado por el consenso inicial, puede ya producir nuevas normas jurídicas; luego únicamente esas normas (que ya componen un sistema de Derecho) pueden ser respaldadas por coerción y organizar el poder del Estado, dando lugar así al germen del Estado de Derecho como ahora lo conocemos²²⁴.

Tomando en cuenta que ninguna de las dos corrientes, ni el iusnaturalismo racionalista ni el positivismo jurídico (hasta ya bien entrado el siglo XX), pudieron satisfacer la exigencia del

²²⁴ "...si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta claro lo insostenible de las dos concepciones positivistas del derecho, a que me he referido anteriormente". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 142.

mantenimiento de los dos momentos que incluso hoy, han de considerarse característicos de lo jurídico y que además, y aquí va lo más importante, explican el porqué del íntimo interrelacionamiento tripartito entre Derecho, Moral y Política; a pesar de que en la etapa de quiebre histórico que significó el paso a la modernidad fue cuando se precisó más la diferenciación entre estos tres fenómenos; vuelve a venir al pensamiento la necesidad de concentración en una cuestión sobre la que ya este trabajo desarrolló en el anterior apartado: se trata de la idea de *procedimiento jurídicamente institucionalizado*. Si la perspectiva de análisis es la histórico-cronológica, la corriente iusnaturalista racionalista fue dejada de lado progresivamente, justamente por las razones (entre otras) a las que nos referimos un par de páginas atrás, dando paso al auge de la corriente positivista jurídica que en sus diferentes versiones y grados de radicalidad, estuvo presente como la corriente dominante durante todo el siglo XX e incluso está presente en la actualidad en alguna versión denominada “positivismo incluyente”. Pues bien y no obstante el dominio del positivismo jurídico, aún cabe pensar, como lo hace J. Habermas, en la posibilidad de mantener viva la idea de que el Derecho ha de contar con los dos momentos o condiciones a los que tanto nos hemos referido, y ello implica que ha de mantener un estrecho entrelazamiento con la moral (en lo que a la característica de la *incondicionalidad* se refiere) y con la política (en lo tocante al carácter de *instrumentalidad*). Esa posibilidad viene animada por la idea de que el derecho mantenga y fomente la inclusión y desarrollo en su seno, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial como fuentes de producción normativa jurídica, de *procedimientos institucionalizados* de orden argumentativo, que cumplan con las condiciones de la argumentación racional (tal como se la ha descrito en el orden de presupuestos de la argumentación racional, base de los principios de la ética discursiva), que obedezcan por ende a una racionalidad práctico-moral y que se consoliden así, como las manifestaciones de un formalismo jurídico que tienda a otorgar legitimidad, *desde dentro*, al sistema jurídico. “Desde dentro” en realidad aquí es una manera de decir que, en rigor, se trata de manifestaciones de la moral, que sin haberse convertido o mutado en jurídicas, operan dentro del sistema jurídico como muestra de la íntima compenetración y entrelazamiento entre derecho y moral; que es por lo que Habermas aboga.

Dichos *procedimientos jurídicamente institucionalizados* que funcionen argumentativamente, implican la inserción de la Moral dentro del Derecho, pero de una Moral discursiva y consensual, que se configura en torno a la idea de imparcialidad como primado, con el objetivo de garantizar que tanto la formación de la voluntad normativa, como la adopción de decisiones que resuelvan

conflictos, sean presididas y ocurran en condiciones de una imparcialidad elemental que no traicione el consenso que idealmente lograrían todos los afectados, como participantes de un discurso ideal.

Estos procedimientos deberían, en el ámbito de la producción legislativa de normas (pese a la baja probabilidad de presencia en este ámbito de racionalidad práctico-moral²²⁵), institucionalizar la contrastación entre la realidad y el discurso ideal, es decir asegurar la contratación y puesta a prueba de los principios y normas que rigen, de hecho, el discurso real de producción normativa (como la regla de la mayoría, las reglas y reglamentos de debate de las asambleas legislativas, las normas electorales, las normas que rigen la libertad de prensa y aquellos principios que informan la formación de la opinión pública en el espacio público, etc.; que habrían de ser considerados a la luz de los presupuestos de la argumentación racional (por los que habrán de buscarse maneras de para asegurar en los procesos de decisión parlamentaria, que se preste una atención imparcial y balanceada a todos los intereses afectados, sea cual fuere la materia de que la decisión concreta se trate), de los principios de la ética discursiva, junto, en tercer lugar, con las negociaciones y ponderaciones de intereses contrapuestos de individuos y grupos que, de hecho, forman parte de la formación de la voluntad política. Todo esto con el respaldo de una Filosofía del Derecho que trabaje y de insumos sobre la compenetración necesaria en los debates legislativos reales, de discursos relativos a objetivos políticos con discursos vinculados a fundamentaciones morales y con cuestiones relativas a su plasmación en normas y al control jurídico de ellas; y la diferenciación categorial entre dichos fenómenos. Que además pueda establecer la diferencia entre las ideas de “acuerdo alcanzado argumentativamente” y “compromiso negociado” y demostrar de qué manera la perspectiva moral se impone a través de las condiciones de cumplimiento de los compromisos negociados, para ser considerados justos.²²⁶

²²⁵ En el siguiente pasaje, se puede apreciar cómo J. Habermas no se encuentra muy conforme con que en el ámbito legislativo político no pueda ser muy probable la introducción de una racionalidad práctico-moral; como si tal ámbito se tratase de una suerte de terreno salvaje e indomable de intereses en permanente contradicción. Al final del párrafo se ve como J. Habermas se resigna a esta realidad, confiando en que los parlamentos solo son una parte del debate político que en realidad acontece por todo lo largo y ancho de la esfera pública social: *“Que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico-moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida por ese poder) de intereses en pugna, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación fair de compromisos, ni mucho menos de una formación discursiva de la voluntad colectiva. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio. (...) Por lo demás, el proceso intraparlamentario de debate de propuestas y de toma de decisiones solo constituye un pequeño segmento de la vida pública.”* J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eficacia*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 170.

²²⁶ J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eficacia*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 157.

En el ámbito de la adopción de decisiones judiciales otro tanto, los procedimientos deberían institucionalizar el punto de vista de la razón práctico-moral en la introducción de los principios del discurso racional en los propios debates jurisdiccionales, examinando en qué medida esos debates cumplen con los presupuestos argumentativos, ello mediante el contraste de los procedimientos normativos judiciales²²⁷ en vigor con los estándares relativos a la protección de derechos humanos y con los principios de la ética discursiva, para distinguir una expedición de sentencias justa, con una meramente mecánica adopción de decisiones, de tal manera que pueda, desde el punto de vista de la racionalidad práctico-moral, garantizarse la validez de unas u otras decisiones judiciales.

La determinación de procedimientos institucionalizados debería ocurrir tanto en el campo de la formación autónoma de la voluntad colectiva, vía producción legislativa de normas que sirvan de medio a la política pero conserven el momento de no instrumentalidad de lo jurídico; como en el ámbito de la formación, también autónoma del juicio acerca de situaciones conflictivas, vía expedición de sentencias que reflejen en el reconocimiento de derecho subjetivos y de obligaciones particulares, igualmente, la condición de no instrumentalidad del Derecho.

El entrelazamiento íntimo entre Moral y Derecho ocurre pues porque en el Estado de Derecho, como en ningún otro modelo estatal, debe hacerse uso del Derecho Positivo, a través de los *procedimientos institucionalizados* aludidos, como medio para la institucionalización de mecanismos de fundamentación y justificación que siempre han de estar abiertos al ingreso de argumentaciones de orden moral. Ya no se da la relación (o la no relación, mejor) de tajante separación entre Derecho y Moral en la que cada estructura se mantiene en su propio compartimiento estanco y según la cual las coincidencias en la regulación son algo aproximado a la casualidad, que propugna el positivismo jurídico; ni tampoco se da esa relación en la que la moral vaga como una sustancia gaseosa en la atmosfera del Derecho en una suerte de orden supra-positivo al que el derecho Positivo se subordina, como propugnaba el lusnaturalismo Racionalista. Lo que acontece es una migración de la moral procedimental al interior del Derecho,

²²⁷ "...la (...) práctica de toma de decisiones podría reconstruirse también desde el punto de vista de hasta qué punto los procedimientos jurídicos dejan espacio suficiente a la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coerciones externas. Naturalmente, tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones relativas a procedimientos Jurídicos, sino también en el modo en que tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de las decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a ese tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias, que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por descontados. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la administración de justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 169.

sin que ella quede fusionada o disuelta en él, constituyéndose en un orden de parámetros que sin contenido material alguno, sirven a la fundamentación o no, a la justificación o no de cualquier contenido normativo jurídico posible; en un mecanismo externo pero internalizado, por el que el Derecho es controlado (lo que de todas formas tendrá igual repercusión en el control del poder, quedando este no únicamente racionalizado desde la perspectiva jurídica, sino legitimado, desde la óptica moral). En palabras de J. Habermas ocurre una suerte de *domesticación* del tratamiento argumentativo de las cuestiones práctico-morales, en los discursos jurídicos a través de la institucionalización de procedimientos²²⁸.

Si se diera tal modelo de entrelazamiento entre Derecho y Moral que cumpla con no afectar a ninguna de las condiciones esenciales substanciales del Derecho, sus dos momentos paradójicamente opuestos pero consustanciales, querría decir en términos del desarrollo de la conciencia moral que la sociedad habría alcanzado a subir un peldaño más en los niveles de tal desarrollo, habiendo llegado al menos al nivel 5 que es el primero de los niveles post-convencionales.

4.4. CONCLUSIONES ACERCA DE LA POSTURA DE HABERMAS SOBRE EL DERECHO

No hay duda de que para J. Habermas el Derecho está no solamente relacionado en complementariedad con la moral, sino que además está íntimamente *entrelazado* con ella. La razón práctico-moral le da una formalidad propia en el perfil de una racionalidad procedimental que el Derecho requiere para conservar lo que en esencia debe mantener, esto es, una relación con lo justo moral para configurar ya en su estructura la posibilidad de fundamentación de las normas que lo componen. El Derecho y la Moral procedimental, cada uno con su propio ritmo y lógica, manteniendo cada cual su autonomía, además de su mutua colaboración, se entrelazan en una correspondencia mejor que la una Moral que flota por encima del Derecho como en la concepción de la corriente del Derecho Natural Racional y asimismo en una mejor relación que la de una asimilación de la Moral por el Derecho a través de la simple incorporación.

²²⁸ "...En los discursos jurídicos el tratamiento argumentativo de cuestiones práctico morales queda, por así decir, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamiento viene limitado, en lo que a método se refiere, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo tocante a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social, en lo tocante a condiciones de participación y a inmunidades y distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo tocante a plazos de decisión". J. Habermas, *¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de Legalidad?* en J. Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 168.

Esta no es, como quedará en evidencia, una postura únicamente acerca del Derecho, porque no ha intentado J. Habermas darnos una versión solamente del mundo jurídico sino una más abarcadora, que incluye a todas las manifestaciones de la razón práctica en una versión teórica coherente, armónica y enmarcada en su particular teoría del discurso. Es pues, una visión del Derecho, de la Moral y de la Política con ojos discursivos.

Desde la perspectiva de la presente investigación, se trata de cómo el consenso racional, esencial y nuclear a la teoría del discurso, impregna también al Derecho; introduciéndose en la concepción de lo jurídico en uno de sus elementos básicos, el de la fundamentación de sus normas, para transmitir dicho consenso al otro de sus elementos básicos, el de la instrumentalidad, en forma de legitimidad. Así la acción del Poder en forma de norma jurídica acaba siendo hechura, por vía directa, de lo que los interesados/afectados mismos de tal o cual universo jurídico, en consenso racional, quisieran que se norme en una u otra materia, tomando en cuenta los intereses particulares pero universalizables de todos los afectados.

Tal como se dijo en la parte final del subtítulo anterior, la racionalidad práctica, cuando funciona en relación a cuestiones morales que afectan a un colectivo y por lo tanto opera fundamentando normas de acción, se traslada del escenario puramente moral al escenario jurídico. Empero, lo que en rigor debe entenderse de esa afirmación es que no se trata de un traslado de escenarios sino de un entrelazamiento de ellos, bajo la égida del consenso inherente a la teoría del discurso.

PARTE V

EL CONSENSO

5.1. INTRODUCCIÓN

Una vez analizados los elementos más importantes de la ética discursiva y a la vez haber ido resaltando su conexión con el consenso a lo largo de los anteriores subtítulos, en el presente y último subtítulo la intención es efectuar una exposición de algunas de las distintas aristas que el concepto general del consenso puede tener. Han sido elegidos estos enfoques con la finalidad de que resultan útiles a la presentación de una concepción discursiva de consenso racional (idea a la que se ha ido aludiendo en varias partes anteriores del trabajo) en la que se vean reflejados los apoyos más cruciales de la Ética del Discurso. De la mano de Nicholas Rescher, un filósofo norteamericano de origen alemán, pragmatista y empiricista en sus posturas, iremos presentando algunas de las críticas al consenso (como es concebido por y para la ética discursiva), con el objetivo quizás de demostrar algunas de sus debilidades, aunque ya estas hayan sido satisfactoriamente contestadas y corregidas por el propio J. Habermas.

Hagamos entonces una aproximación conceptual al consenso que servirá para ver, de inicio, algunas de los apoyos en lo que N. Rescher cifra su crítica.

5.2. LA CRÍTICA DE RESCHER AL CONSENSO EN GENERAL

Partiremos de que está generalmente aceptado que, de manera similar al caso por el que, en tratándose de los procesos de entendimiento lingüístico, las cuestiones que dan contenido a las modalidades de tal proceso son clasificadas en cuestiones, teóricas, prácticas, y expresivas; en relación a los diferentes contenidos que puede asumir el acuerdo, o la falta de él, el consenso puede perseguirse en relación a cuestiones: teóricas, prácticas o evaluativas; dependiendo de que los contenidos sobre el que se busca el consenso sean: conocimientos, acciones o valores. El consenso del que tratamos, implica (a menos que se distinga expresamente) el concepto de consenso *en general* que incluye el *acuerdo* en relación a los tres órdenes indicados.

El consenso es una cuestión de *acuerdo*, de la misma forma que su opuesto semántico, el disenso, es una cuestión de ausencia de acuerdo (o incluso de *desacuerdo*). Con esa sencillez inicial, Nicholas Rescher caracteriza su noción del consenso, a la que, por el análisis del pensamiento de

dicho filósofo, es posible asimilar en algún grado considerable, las ideas de *uniformidad* y de *unanimidad*. A saber el porqué de esta última afirmación:

En efecto, para N. Rescher, puede ser asumida una de dos actitudes (diametralmente contrarias) frente a una situación, propia de la vida social real: la de la imperecedera ausencia de consenso o de desacuerdo entre los individuos. Tales actitudes son, por un lado, la actitud *consensualista* o la actitud *pluralista*, por el otro.²²⁹ En una clara toma de postura de la perspectiva que ve el consenso con *malos ojos* y que tiene como objetivo desvirtuarlo, N. Rescher, opone artificial e hiperbólicamente las dos actitudes nominadas, con la convicción de que mediante tal punto de partida analítico, será posible demostrar y defender una posición anti-consensual. Ello a pesar de que es posible pensar, como podría cualquier otro investigador, que se puede ser perfectamente *pluralista* y *consensualista* a la vez, lo que es decir que las dos actitudes que N. Rescher opone una a otra, no son necesariamente excluyentes y que pueden consecuentemente, considerarse complementarias, o cuando menos, parte de la misma familia tendencial. Con la posibilidad recién descrita siempre en mente, veamos cómo y en qué medida a N. Rescher le resulta útil la citada postura exagerada, para hablar en detalle sobre el consenso y desnudar sus virtudes y defectos. De tal descripción habremos de obtener alguna utilidad que, por afirmación o por negación de las conclusiones de N. Rescher, nos de luces sobre el rol que el consenso juega en el pensamiento de J. Habermas y en su ética discursiva.

a) En primer lugar y convencido de que el consenso no debería ser un elemento intrínsecamente vinculado a la razón humana; en su argumentación acerca de si el consenso es o no un imperativo de la razón, N. Rescher, cree que la filosofía (desde la antigua hasta la moderna) ha acertado al otorgar al consenso un rol fundamental en la persecución de la *verdad* sea en relación al conocimiento o sea con respecto a la corrección de la acción humana; en vista de que la aproximación humana a la *verdad en sí* (dicho en lenguaje kantiano) no es posible de manera directa, sino mediante el juicio humano, que en su limitación inevitable, llega solamente a *acercarse* a esa *verdad en sí* mediante el juicio personal, en virtud del cual el individuo *crea* y asume una verdad relativa (siempre a determinada materia u objeto) y con ella se aproxima (nunca del todo) a la verdad absoluta.

²²⁹ N. Rescher, *Pluralism, Against the Demand for Consensus*, The Clarendon Library of Logic and Philosophy, Oxford, 1996. Pág. 5.

Ahora bien, entendido como está, que todo juicio personal vinculado a cuestiones teóricas, prácticas o valorativas puede ser variable de un individuo a otro en mérito al hecho indiscutible de la pluralidad de tradiciones, creencias, visiones, en fin, cosmovisiones; consiguientemente las concepciones sobre la verdad relativa pueden ser igualmente diversas, aún a pesar de que la verdad en sí pueda ser sea *una*.

Por tal diversidad y pluralidad de verdades relativas al conocimiento, a la corrección normativa o a lo que se valora, la sociedad identifica la necesidad de dar un paso adelante, que minimice la posibilidad de que esa diversidad, vista en conjunto, resulte contraproducente: ese paso es el de la esfera individual a la colectiva; es el salto del “yo pienso” individual (kantiano, de la filosofía de la conciencia) al “nosotros pensamos” comunitario (de la filosofía de la pragmática). Y el presupuesto de tal paso es sin duda alguna, la persecución del consenso. El consenso, siendo en otros términos, un mecanismo de transición entre lo subjetivo a lo objetivo, mediado por lo intersubjetivo.

De ahí que la *razón fundamental* de la plausibilidad o necesidad del consenso esté cifrada en la esperanza de alcanzar seguridad (en el sentido de mayor certeza) en la aproximación hacia la verdad en sí, absoluta u objetiva. Todo este razonamiento, que no convence del todo a N. Rescher, habla bien del consenso. No obstante, por otro lado y en la postura de N. Rescher, también el disenso (e inclusive el desacuerdo) pueden ser fuente productiva (y ser una fuente aún más fiel a la realidad limitada del ser humano, que el consenso) de conocimiento y de fundamentación de la corrección normativa. Al grado de que, en el pensamiento del autor, se ha exagerado en las filosofías de corte kantiano, en la estimación al consenso²³⁰. De ahí que cuestione la calidad del consenso como imperativo de la razón, con los argumentos que siguen:

Afirmando que, en materia investigativa (al menos y como ejemplo), la reflexión racional o argumentación acerca de y por sí (de la propia argumentación), cierta y necesariamente no conduce a un consenso y menos a la verdad; puesto que la argumentación, a pesar de su fuerza, no puede llevar a nada más allá de lo que las premisas del investigador han predefinido.

Por ello, entiende N. Rescher, que no se puede dar crédito ilimitado a la idea de que la verdad se encuentra del lado de los mejores argumentos y que no importa cuán ampliamente aceptada una

²³⁰ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 7.

afirmación sobre un tema importante pueda estar; la perspectiva de que no falten quienes (con sobrada razón) disientan de ella, es prácticamente omnipresente e ineludible, dada la inevitable variación en la información y la situación de los individuos. La argumentación entonces, en la mirada de N. Rescher es un mecanismo que más que conducir necesariamente al consenso, tiene inserta en su naturaleza la propensión implícita hacia el disenso.

Ahora bien, en vista de la inevitabilidad del disenso incluso en los dominios de lo consensual (pues toda argumentación que tenga sentido, debería tender al consenso) y en consideración a que la percepción generalizada va en sentido de que la racionalidad implica inherentemente una propensión a la universalidad y la generalidad (es decir la tendencia al acuerdo), se pregunta el autor si no hay una contradicción interna en tal corriente generalizada: dado que la predisposición de universalidad realmente significa que lo racional ha de ser relacionado con el consenso y que su opuesto, el disenso ha de ser identificado como irracional. Entonces, ¿Ha de tener que aceptarse en consecuencia que hay un matiz de irracionalidad en el núcleo mismo del consenso (que propende a la racionalidad)? o por el contrario ¿ha de aceptarse que la racionalidad no tiene mucho que ver con el consenso como tal?

Como era previsible, N. Rescher se inclina por una respuesta afirmativa a la segunda pregunta. Puesto que él entiende que la racionalidad consiste en efectuar una alineación adecuada entre las creencias (sobre lo verdadero) y la evidencia disponible, pero también insiste en que diferentes individuos en general, se enfrentarán a diferentes cuerpos de evidencias y (en parte por esa misma razón) los evaluarán de forma diferente; entonces está claro que no existe una sola respuesta apropiada posible ni en materia teórica ni en cuestiones prácticas. Y las diferentes respuestas, devenidas de la coherencia de las mismas con las distintas perspectivas en las que se pusieron (de entrada) los sujetos que evalúan, no pueden ser consideradas en modo alguno como irracionales.²³¹ En consecuencia, el consenso se refiere a la racionalidad como un ideal más que como un hecho realizable. El consenso que sea racional, podrá serlo en la medida que sea además, una idealización.

²³¹ *"In general the rationality of judgements is not undermined as such by finding that there are some who dissent from them"*. N. Rescher, Op. Cit., Pág. 9

*"En general, la racionalidad de los juicios no es socavada, *como tal*, al constatar que hay algunos en desacuerdo con ellos".

*** Todas las traducciones de citas textuales del idioma inglés, son de elaboración propia.**

No obstante, está de acuerdo N. Rescher, en que hay algunas cuestiones elementales que no pueden escapar a un mínimo acuerdo; como (siguiendo los casos ejemplares que él mismo menciona): el hecho de que uno existe en sí mismo; que existe una diferencia entre la verdad y la falsedad; que la gente necesita alimentarse para sobrevivir; que los elefantes son más grandes que los ratones, etc. Los individuos, dice, habrán de tener acuerdos mínimos en cuestiones tan elementales como las mencionados pero, apunta, la cuestión es definir aquí si tales acuerdos son verdaderos consensos (en el sentido de acuerdo universal concebido entre personas libres y racionales) o si son sencillamente, estándares semánticos mínimos que, a manera de medio o instrumento, se usan habiéndoles impuesto de antemano la condición de su racionalidad. De forma que sean útiles en la interacción humana como unos presupuestos primarios del entendimiento humano, pero su existencia siempre será fruto de una definición de estándares o patrones que solo serían racionales, a lo sumo, en el sentido de una razón instrumental. Con lo que, quedarían fuera de la consideración como racionales (siempre en la visión instrumental de la razón) todas las perspectivas que no entren en tal conjunto de patrones semánticos mínimos, reflejándose con ello una fuerte tendencia a la uniformidad,²³² evidentemente necesaria cuando de razón instrumental se trata.

Así, arribamos a la posibilidad de abrir una clasificación de consensos, de la mano de N. Rescher, que separa la idea de consenso de fondo o consenso material y consenso metodológico o consenso procedimental. Pues bien, N. Rescher afirma que uno de ellos (el consenso material) no es necesariamente un imperativo de la razón²³³, empero y aparentemente le cede tal condición al segundo de los tipos de consenso mencionados en la cita. El consenso racional sería pues, el consenso metodológico, sin el cual no habría opción siquiera de establecer comunicación entre seres humanos.

²³² "...that we ourselves predetermine by using our standards to determine who the rational people are. *The crux lies in a matter of conceptual circularity: we use the concept in a way that makes those truths truistic*". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 10.

* "... que nosotros mismos predeterminamos mediante el uso de nuestros estándares para definir quiénes son las personas racionales. El quid radica en una cuestión de circularidad conceptual: *se utiliza el concepto de una manera que hace que las verdades resulten verosímiles*".

²³³ "*One can unproblematically accept the idea of a substantive dissensus as being compatible with rationality-and indeed as being demanded by it in circumstances where different bodies of evidence are involved. But methodological consensus-agreement on the methods and procedures for evaluating the evidence and its implications-is surely a demand of reason*". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 11.

* "...Uno puede aceptar sin problemas la idea de un disenso de fondo como compatible con la racionalidad, y de hecho, como exigencia de ella en los casos en los que diferentes cuerpos de las pruebas están involucrados. Sin embargo, el consenso metodológico, es decir, un acuerdo sobre los métodos y procedimientos para la evaluación de la evidencia y sus implicaciones, es con certeza, una exigencia de la razón".

Empero, ya en referencia al consenso racional, N. Rescher tiene reparos (de ahí que se haya matizado con la palabra “aparentemente” la aceptación de N. Rescher, en el párrafo anterior) y para desarrollarlos, acude a una crítica en términos de circularidad, de uno de los postulados básicos de J. Habermas: la racionalidad del consenso.

Sabemos que J. Habermas tiene al consenso racional como uno de los pilares de su teoría moral conocida como la ética del Discurso. En la visión de N. Rescher la racionalidad del consenso habermasiano es una muestra de que el consenso tiene en esencia, poco que ver con la racionalidad. En efecto, según su análisis, el consenso solamente puede ser racional cuando se han introducido previamente en su noción, tintes de racionalidad. Así, Rescher plantea la cuestión acerca de cuál de los dos elementos, la racionalidad o el consenso, tiene prioridad sobre el otro, cuando menciona la diferencia entre dos principios²³⁴, que a su vez, reflejan dos formas distintas de lidiar con la inevitabilidad de la variación de lo racional dependiendo de circunstancias y de visiones personales. Como lo ha expresado N. Rescher la sustracción del disenso no es el objetivo (dada la variabilidad señalada, que siempre hará presente el disenso) sino la gestión adecuada del mismo, de tal manera que los intereses dispares involucrados –que van generando la falta de acuerdo- sean conciliados mediante la eliminación –únicamente- de los desacuerdos claramente dañinos. Decíamos que este planteamiento había conducido a N. Rescher a la cuestión de la priorización del consenso o de la racionalidad: cree él, con J Habermas, que la priorización de la racionalidad que se refleja en su obra está correcta, puesto que J. Habermas ha diferenciado nítidamente el consenso fáctico (que bien puede ser un producto aleatorio) y el consenso racional que requiere la concurrencia de presupuestos argumentativos racionalmente identificados, tematizados y elevados a rango de principios.

²³⁴ “Consider the prospect of regulative principles of rational process along such lines as:

1. Only adopt methods that effectively militate towards consensus.

2. Only adopt methods that are bound to produce consensus under mutually favorable conditions.

All such rules envisage as a methodological requirement a condition that is neither requisite for, nor necessarily conducive to, the realization of our cognitive goals. The paramount desideratum in this connection is not the achievement of agreement as such, but rather the avoidance of specifically harmful and damagingly counter-productive forms of disagreement”. N. Rescher, Op. Cit., Pág. 13.

* “Téngase en cuenta la perspectiva de principios regulativos del proceso racional *como quedan planteados en las líneas como las siguientes:*

1. Sólo *han de* adoptarse métodos que efectivamente militen en pro de un consenso.

2. Sólo *han de* adoptarse métodos que están ligados a *la* producción de consenso, en condiciones mutuamente ventajosas.

Este tipo de normas contemplan como una exigencia metodológica una condición que no es requisito para, ni necesariamente conductora a, la realización de nuestros objetivos cognitivos. *Lo primordial* en este sentido no es el logro de un acuerdo como tal, sino más bien evitar formas nocivas y peligrosamente contraproducentes de desacuerdo.”

No obstante el acierto citado, para N. Rescher ello tiene una implicación nociva para el propio constructo teórico habermasiano: el paso desde el consenso hacia la racionalidad resulta trivial, pues, no se puede esclarecer la racionalidad en términos consensuales sin incurrir en razonamiento circular, siendo que para explicar el tipo de consenso requerido en la ética discursiva hay que recurrir al recurso de la racionalidad.²³⁵ Al llegar a esta conclusión, N. Rescher afirma que habría sido preferible indagar acerca de la racionalidad únicamente (dada su prioridad), sin necesidad de recurrir al apoyo en la idea del consenso y dejarlo fuera de todo el esquema ya que no cumple, en la ética discursiva, sino una función ornamental y por ende, no aportaría nada al esclarecimiento de la racionalidad.²³⁶

b) En segundo lugar, en la continuación de su indagación acerca de las virtudes y limitaciones del consenso, N. Rescher se pregunta sobre la plausibilidad de la aserción que establezca un vínculo intrínseco entre el consenso y la moral; en otros términos, se cuestiona sobre si el consenso es un imperativo de la moral.

Si situamos el desarrollo de este punto en el marco de la concepción habermasiana de la razón práctico-moral, la pregunta se dirige a determinar si, y en qué medida, el consenso hace parte del conjunto de mandatos incondicionados, generales y universalizables en cuyo seno se aloja una forma de *deber* históricamente inmutable, en atención a que involucran todo lo que (y las consecuencias secundarias de ese todo) *cualquier* ser racional adoptaría como imperativo. Este esquema, leído en clave ético-discursiva implica además que dichos mandatos han de emerger

²³⁵ "We cannot (...) clarify rationality in consensual terms without vitiating circularity, seeing that we need to have recourse to rationality in explicating the sort of consensus that is to be at issue. What Habermas's theory of consensus ultimately demands is not just any old consensus, but a consensus produced through an adherence to rational principles. What counts for him is consensuality reached 'solely by force of cogent argumentation'. And then we can extract rationally from consensuality all right, but only because we put it there in the first place". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 13

* "No se puede (...) precisar la racionalidad en términos consensuales, *sin viciar la operación de circularidad*, ya que hay que recurrir a la racionalidad en la explicación del tipo de consenso en cuestión. Lo que la teoría del consenso de Habermas, en última instancia exige, no es ya el viejo y conocido consenso sino un consenso producido a través de una adhesión a principios racionales. Lo que cuenta para él es una consensualidad alcanzada 'sólo por la fuerza de la argumentación convincente'. Y entonces, *se puede* extraer racionalidad a partir de la consensualidad, pero sólo porque se la puso en ahí en principio".

²³⁶ "Injunctions like 'Promote the formation of consensus' or 'Do not stand outside an emerging consensus' have to be interpreted in this light. Such injunctions to consensus only make sense when the burden of obligation is born not by consensuality as such, but by whatever it is that makes the consensus at issue a good one (the true, the rational, the right, etc.). From the angle of rationality it will only be a rationally engendered consensus that is significant: and what is significant about it is not its consensuality but its rationality. Once it is acknowledged that it is rational consensus that matters and not consensus as such, any prospect of extracting rationality from consensus in a meaningful, non-circular way has to be abandoned". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 14.

* "Los mandatos o requerimientos como 'Es debido *promover la formación de consenso*' o 'No te *sustraigas* de un consenso emergente' *han de interpretarse* bajo esta luz. Dichos mandatos o requerimientos referidos al consenso sólo tienen sentido cuando la carga de la obligación no nace a raíz de la consensualidad como tal, sino por lo que sea que hace que el consenso en cuestión sea uno bueno (*lo verdadero, lo racional, lo correcto*, etc.). Desde la perspectiva de la racionalidad, sólo será un consenso *significativo el que haya sido* racionalmente generado: y lo que es significativo de él no es su consensualidad, sino su racionalidad. Una vez que se reconoce que es un consenso racional *el que importa* y no el consenso *a secas*, cualquier proyecto de extracción de racionalidad del consenso *con sentido y de manera* no circular tiene que ser abandonado".

necesariamente del discurso racional siguiendo el principio del discurso y las reglas del mismo. En suma, si el consenso está prescrito como deber en el sentido práctico-moral discursivo.

Sin perder de vista esa concepción de la moral -puesto que es la que anima el desarrollo de este trabajo de investigación en su conjunto-, veamos cómo critica N. Rescher la posibilidad señalada y cómo aporta en esa crítica al esclarecimiento del concepto del consenso. Toma el filósofo norteamericano dos vías de análisis:

b.1. La primera: la que transita desde la moral hacia el consenso. Inquiriendo si hay una obligación moral de alcanzar un consenso y asumiendo como premisa hipotética que el consenso, de inicio, sería un *objetivo social válido* (es decir un *deber* en un sentido más débil que en el moral y suponiendo que hubiera superado la prueba de su identificación como obligación ética y pragmática, en las otras dos modalidades operativas de la razón práctica) intenta, en esa base, aportar un razonamiento que conduzca a asumir que, además de objetivo social válido, el consenso sería también un deber moral.

En efecto de la hipótesis mencionada, desglosa N. Rescher las dos probables actitudes que, desde el ojo del individuo habrían de ser adoptadas en seguimiento del “deber” de consensuar con los demás:

- i. Que el individuo A, en tanto le sea posible, se acerque a las posturas de los individuos B, C, D...N, en pos de lograr un consenso.
- ii. Que el individuo A, en tanto le sea posible, haga que B, C, D....N se aproximen a su postura, en pos del mentado consenso²³⁷.

Lo que podría bien derivar en que, en una combinación actitudinal, todos adopten las dos posturas anteriores en un grado u otro, de tal manera que sus posturas iniciales, se encuentren en algún punto.

Ambas opciones, le resultan a N. Rescher excesivamente costosas desde la perspectiva de un análisis de costo-beneficio, con un punto de vista de una moral individualista.

²³⁷ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 16.

En la primera alternativa, bien analizadas las cosas, para N. Rescher el compromiso moral no es en realidad con el consenso en sí mismo. Lo es en realidad, con la *verdad* o con la *corrección normativa* como tales, mediante lo que se conoce como la *honestidad intelectual*, que no significa otra cosa que el mantenimiento firme de la *propia* postura (que, por lo demás, es el reflejo de la coordinación entre pensamiento y acción implícito en la manifestación lingüística de una pretensión de veracidad) por entenderla *verdadera o correcta*; o bien la adopción de otra, por considerarla más virtuosa o ejemplar que la propia, que derivaría en una actitud de aproximación a la postura ajena, por su mejor calidad. El carácter de imperativo moral de una de las dos manifestaciones de la honestidad intelectual es cierto y lo es más aún, si se plantea la pregunta: ¿y si la de la propia postura resulta que involucra errores devenidos de una falta de información o de una información imperfecta? La pregunta no es ociosa, puesto que es evidente que exista la posibilidad de que la ignorancia -y no el compromiso con la honestidad intelectual de uno mismo, en principio- siendo fuente de error, sea además la que en el fondo y sin que el sujeto se percate, la que esté ocasionando el mantenimiento de la postura propia; y que, una vez advertido de su ignorancia inicial, el individuo equivocado, mude de postura (adoptando la de otro que le parece, ahora, mejor) aproximándose a un consenso.

Todo este ejercicio, señala pues, un compromiso moral con la *honestidad intelectual* (en la primera variante) o con la *verdad* (en la en la segunda variante); lo que no implica necesariamente (sino subsidiaria y marginalmente) un compromiso con el consenso. O todo lo más, a veces el compromiso con la *verdad*, puede implicar un compromiso con nuestra *propia* honestidad intelectual a tal grado que puede derivar en un estancamiento en la posición de uno y por ende en una negativa rotunda al acuerdo con otros y por ende al consenso. Lo que desde la óptica de la moral no sería del todo reprochable.

En la segunda alternativa²³⁸, el compromiso moral que el individuo manifiesta, tampoco le parece a N. Rescher que sea con el consenso, sino con el respeto a la *autonomía* de los demás individuos; lo que a veces, quizás en la mayoría de ellas, implicará un obstáculo para el inicio del acuerdo. En efecto, siendo la autonomía individual la manifestación más sobresaliente de la libertad en mérito a la cual los seres humanos nos conducimos por la vida regidos por normas que nosotros mismos nos hemos dado y por convicciones que responden a nuestras posturas y creencias acerca de lo

²³⁸ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 18

verdadero; la actitud del individuo, asumida en virtud a la hipotética obligación moral de alcanzar el consenso con los demás, que tienda a una especie de “evangelización” de los otros seres humanos para atraerlos a abrazar nuestras particulares visiones, opiniones, creencias o convicciones, ha de manejarse con un cuidado tal que no rompa el equilibrio entre la *consecuencia* con la propia autonomía y el *respeto* a la autonomía de los demás. Si por un lado, mostramos demasiada *convicción* y *consecuencia* con nuestras posturas (autónomamente fundadas) y en efecto obtenemos de ellos un *acuerdo*, podríamos estar desbalanceando el equilibrio entre las dos clases de respeto, con la consiguiente ganancia en términos de consenso; y si, por otro lado, nos contenemos a nosotros mismos en la evangelización mencionada, estaremos sacrificando la posibilidad de consenso a tenor del respeto a la autonomía de los otros. Ha de haber pues, evidentemente una suerte de equilibrio entre respeto por uno mismo y respeto por los demás.

Ahora bien, este análisis conduce a N. Rescher a diferenciar la noción de *respeto* a los demás de la de *acuerdo* con ellos; ciertamente no es lo mismo respetar a alguien que estar de acuerdo con él o ella. De ahí que N. Rescher concluya que en alternativa de actitud que estamos tratando (la de *evangelización* del resto en pos del consenso) también es demasiado gravosa para, esta vez, la obligación moral de respeto a la autonomía individual. Afirma N. Rescher que aquí, una vez más, no se trata de que el consenso sea el imperativo moral, sino que el compromiso que aparece manifiesto en el análisis, es el compromiso moral con la autonomía (sea la de uno mismo, sea la de los demás) y el consenso, en todo caso, es un *efecto* –posible, pero no el único, dado que podemos respetar la postura ajena sin estar de acuerdo con ella- del deber moral de respeto a la autonomía; y no así, un imperativo moral en sí mismo.

Entre paréntesis, para J. Habermas estas dos alternativas, que podrían también leerse en clave de *cesión de identidad individual*, no son problema. Porque para él, la identidad del sujeto individual, siempre está construida a partir del entorno, del mundo de la vida inmediato, del contexto colectivo en el que cada individuo nace y crece, de la *eticidad* en la cual cada quién está imbuido desde siempre y que forma y configura la *identidad individual*; no hay pues, en J. Habermas, identidad totalmente individual o aislada del colectivo. De manera que el análisis de costo-beneficio moral al que N. Rescher alude y del que extrae sus conclusiones acerca de la calidad de imperativo moral del consenso, no sería aplicable en una concepción, como la habermasiana, de moral discursiva. He aquí la importancia de haber tenido siempre en mente (como se dijo al inicio del apartado presente) que la concepción de la moral con la N. Rescher trabaja, no es la

misma (o está más restringida al ámbito de la conciencia) que la que utiliza J. Habermas en su tratamiento del consenso, como, por decirlo así: imbricación de identidades morales individuales. EL consenso habermasiano queda, de entrada pues, *inmunizado* contra la crítica que N. Rescher ha construido en torno a una visión individualista de la moral. De todas maneras, el desglose que se ha hecho en las líneas precedentes, sirve, por vía de negación, para ir aclarando la idea del consenso en el que J. Habermas está pensando. Es útil además, para el mismo propósito, presentar la segunda vía de crítica que hace N. Rescher a la hipótesis, (por él rechazada) de que el consenso sea un mandato de la moral.

b.2. Así, la segunda vía circula en sentido contrario a la primera; es la que va del consenso hacia la moral. Aquí N. Rescher²³⁹ se pregunta si es cierto que el consenso puede ser un *vehículo* que conduzca a la moral, o mejor, a la fundamentación de la corrección moral.

La primera premisa que según N. Rescher, de la que parte J. Habermas en la ética discursiva, es que los requisitos del consenso –que es inherente a la búsqueda de la verdad- pueden ser cubiertos propia y únicamente en el seno de una investigación colectiva y mediante una discusión conducida racionalmente. La segunda premisa consiste en que una investigación conducida adecuadamente (es decir, mediante el diálogo racional) requiere a su vez de la adopción de unos principios morales fundamentales (igualdad, franqueza, información compartida respeto por las ideas y juicios ajenos, etc.).²⁴⁰ La consecuencia, siempre en función de la opinión de N. Rescher, es que el compromiso por el consenso ya lleva desde su surgimiento, un pre-compromiso moral (y con principios inherentes a la profundización del bien común)²⁴¹. Esta conclusión da pie a que N. Rescher, aquí, vuelva a criticar la circularidad en la que incurre, la ética del discurso (igual que en el caso de la racionalidad) pues el consenso cargado de antemano de principios morales obviamente conducirá a un resultado lleno de contenido ético, lo que a efectos de indagar sobre la conexión entre el consenso y la moral resulta obvio, pero inútil, pues no da ninguna luz ni razón alguna adicional, sobre la conveniencia moral del consenso. Es más, a N. Rescher le resulta no solamente problemático el grado en que esa circularidad afecta a la teoría de J. Habermas, sino

²³⁹ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 19.

²⁴⁰ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 19.

²⁴¹ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 20.

que cree que la propia teoría resulta claramente defectuosa a causa de su compromiso con el consenso.²⁴²

Volviendo, para finalizar el apartado, al concepto rescheriano del consenso, está claro que Rescher trabaja con una concepción de él, que oponiéndose (quizás en demasía y artificialmente) al pluralismo (que a su vez intenta defender a costa del consenso), trata en su contenido, mayormente, de una suerte de *acuerdo fáctico uniformizador*. Es una versión del significado del consenso, conveniente para los fines de N. Rescher, pero, no la única ni la más adecuada para oponerse al constructo, harto más complejo y abstracto, de la fundamentación de la ética del discurso habermasiana.

5.3. DE LA SUBSIDIARIEDAD DEL CONSENSO COMO CAMINO A LA VERDAD, HACIA LA IDEALIDAD DEL CONSENSO

a) Si algo puede aportar el estudio de N. Rescher es la minuciosidad con la que acomete al análisis del concepto de consenso. Una aproximación importantísima de este autor, que termina en el carácter *ideal* del consenso (como es visto desde la óptica de los filósofos modernos que están a su favor), es la que desarrolla N. Rescher en su exposición acerca de cómo ha sido valorado el consenso por la filosofía, según ha ido evolucionando esa consideración, desde la filosofía antigua pasando por la moderna hasta la contemporánea.

Así, en tanto que el consenso era visto desde la antigüedad hasta bien entrada la modernidad, como un medio subsidiario a la razón, de conducción al conocimiento. Mientras la razón es infalible

²⁴² "But this Habermasian conception of a consensualistic grounding of ethics is deeply problematic. For consensus as such can be the product of morally questionable means –it can be constrained on by force majeure or induced by indoctrination. It is only if we load morality into the particular sort of consensuality that we favour that the transition from consensuality to morality will be unproblematic. But then, of course, the argumentation becomes circular, because if we put rationality and morality into consensuality, then it is an unsurprising -but also uninformative- result that we can get rationality and morality out of consensuality. In such conditions we can extract moral lessons from the conditions of consensuality only because we have insisted on focusing on the good sort of consensuality in the first place. The fact is that when Habermas represents his 'discourse ethics', as providing for a 'programme of philosophical justification' of morality this justificatory programme is fundamentally flawed, seeing that it is only because he fixes upon a good (rationally and morally appropriate) mode of consensus that Habermas is able to extract ethical import from a commitment to its pursuit". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 20.

* Pero esta concepción habermasiana de base consensualista de la ética, es profundamente problemática. Porque *el consenso, como tal*, puede ser el producto de los medios moralmente cuestionables -puede verse constreñido por fuerza mayor o inducido por adoctrinamiento-. *Es sólo en el caso de que se cargue de moralidad la clase particular de consenso con la que estemos a favor*, que la transición del consenso a la moral no será problemática. Pero entonces, *por supuesto*, la argumentación se vuelve circular, *porque* si ponemos racionalidad y moralidad en el consenso, entonces es un poco sorprendente -pero además poco informativo- el resultado que podemos conseguir *de que podemos extraer* racionalidad y moralidad del consenso. En tales condiciones, podemos extraer lecciones morales *de las condiciones* del consenso sólo porque hemos insistido en dar un carácter central a la clase buena de consenso *desde el principio*. El hecho es que cuando Habermas representa su '*ética del discurso*', como se *una teoría que proporciona 'programa de la justificación filosófica' de la moralidad*, este programa de justificación es fundamentalmente defectuoso, *ya* que es sólo porque él fija *el apoyo* sobre una buena (*racional y moralmente apropiada*) modalidad de consenso, que Habermas es capaz de extraer *valor ético del compromiso con la búsqueda del consenso*".

en la tarea de aproximación (siempre imperfecta) a la verdad en sí, el consenso es por su parte un mecanismo menos fiable, pero fácticamente más accesible y a disposición del ser humano.

Según el enfoque de N. Rescher, un hito en la evolución de la concepción recién descrita del consenso, emerge en el pensamiento de John Stuart Mill que en materia de consenso fue más optimista que la filosofía anterior, dado que le otorgó a nuestro concepto un estatuto primordial en el proceso de gestión hacia el conocimiento y la verdad; paradójicamente apoyado también en su contrario conceptual: el disenso. En efecto, para Mill la búsqueda de la verdad es un proceso dialéctico en el que ha de darse amplia libertad al disenso y al conflicto intelectual, bajo cuyo abrigo se manifiestan diversas posturas individuales que, enfrentadas en competencia de opuestos o de diversos, resulten en consenso cuyo objetivo, a su vez, es el encuentro con la verdad misma. Del disenso operativo y activo entonces, emerge el consenso que *natural y automáticamente*, por decirlo así, se identifica con la verdad²⁴³.

En una profundización de la línea mencionada, Charles Sanders Peirce opinaba (ante la postura escéptica acerca de la posibilidad de conocimiento de la verdad acerca de la naturaleza de un objeto de investigación) de forma abierta y directa que la verdad no es otra cosa que lo que la comunidad científica ha logrado consensuar en cada momento histórico acerca de la materia en cuestión, puesto la *verdad* es sencillamente el *límite de la indagación*, esto es, aquello que el emprendimiento científico descubrirá a largo plazo.²⁴⁴

Esta postura implica un verdadero giro de ciento ochenta grados en la visión acerca de la relación entre el consenso y la verdad pues ata a esta última al acuerdo (que en el análisis de Ch. Peirce se refiere a la comunidad científica) entre opiniones originalmente diversas pero eventualmente consensuadas dialécticamente y dialógicamente (en el sentido de un diálogo hipotéticamente

²⁴³ "...free rein should be given here and now to intellectual conflict and controversy because -in the end- the correct position will overcome all the rest in free and open competition. Unfettered rivalry and competition among conflicting opinions and ideas is a means to progress because it is through such conflict that the truth will ultimately emerge and prevail. The power of the truth is so compelling that it will ultimately produce agreement among its sincere devotees". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 23.

* "...debe darse rienda suelta al conflicto intelectual y a la controversia, ya que -al final- la posición correcta superará a todas las demás en una competencia libre y abierta. La rivalidad y la competencia irrestrictas entre las opiniones e ideas conflictivas es un medio para el progreso, porque es a través de tal conflicto que la verdad surge y prevalece en última instancia. El poder de la verdad es tan convincente que, finalmente, producirá un acuerdo entre sus sinceros devotos".

²⁴⁴ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 23.

sincrónico y permanente sostenido en el seno de la comunidad de la ciencia). De ahí que la verdad sea sencillamente lo que al final de cuentas determine el consenso de científicos.²⁴⁵

Con Ch. Peirce, para quien la verdad es algo *firme* en la medida en que opere en su persecución, un método que sea de tal forma reproducible en tanto que cualquiera que lo use, arribe indefectiblemente a los mismos resultados que otros en otros tiempos y lugares y consecuentemente alcance la susodicha firmeza; se establece in hito en la concepción del consenso que, transita del rol subordinado y subsidiario a un papel principal (que conserva pacíficamente hasta ahora en el ámbito de las ciencias naturales) en la generación de conocimiento y en la averiguación de la verdad. La verdad real y el consenso a largo plazo son inherentes y co-extensivos en esta concepción revolucionaria.

Otro hito digno de mención en la evolución de la idea del consenso, es el que establece el filósofo norteamericano Josiah Royce. Para él, el generador de la noción de una comunidad ideal de consenso, nuestras atomizadas identidades individuales están capacitadas para, de alguna manera, *fusionarse* en una sola entidad ideal²⁴⁶ en una materialización del natural ímpetu humano por la intercomunicación como instrumento primario de la formación de la colectividad. Siendo el núcleo de la comunicación primaria, la *voluntad de interpretar* de cada uno de los participantes en ella, los pensamientos de los demás, con el propósito de comprender mutuamente las ideas de otros y de interpretarlas entre sí; dicho propósito, de facto, nunca alcanza a ser logrado completa y perfectamente, aunque puede serlo de forma aproximada. Y tal aproximación termina siendo un *Absoluto*, un constructo teórico que se constituye en la matriz del pensamiento perfeccionado (sea este descriptivo o evaluativo)²⁴⁷ colectiva e hipotéticamente. El consenso *ideal*

²⁴⁵ "Once scientific progress reaches a point at which a question is answered in a way which is thereafter maintained without change within the ongoing community of inquirers, then it is indeed the true answer to the question in hand. A 'Copernican inversion' reminiscent of Kant is at issue in this Peircean approach: it is not that rational inquiry is appropriate because what it ultimately arrives at is the actual truth, but rather that 'the actual truth' qualifies as such just exactly because rational inquiry ultimately arrives at it". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 23.

* "Una vez que el progreso científico llega a un punto en el que una pregunta respondida de una manera que a partir de entonces se mantiene sin cambios en el curso de la comunidad de investigadores, entonces si es la verdadera respuesta a la pregunta en cuestión. En este planteamiento Peirciano se detecta una verdadera 'inversión Copernicana' que recuerda a Kant: no es que la investigación racional sea apropiada porque a lo que llegue finalmente sea a la verdad real, sino más bien, que 'la verdad real' califica como tal precisamente porque la investigación racional finalmente llega a ella".

²⁴⁶ "...a cohesive whole 'acting as if we could survey in one single unity of insight that wealth and variety and connection which, as a fact, we cannot make present to our momentary view'." N. Rescher, Op. Cit., Pág. 25.

* "...un conjunto coherente actuando como si se pudiera medir en una sola unidad de percepción la riqueza, la variedad y la conexión del pensamiento; la cual, de hecho, no podemos hacer presente en nuestro punto de vista actual".

²⁴⁷ "The conception of this Absolute affords the yardstick by which the incompleteness and imperfections of our divided fragmentary thoughts about reality must be appraised. In Royce's theory, the shared insight of such an idealized consensus of a 'perfect community' provides the definitive standard of truth and value". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 25.

que abriga un *único* pensamiento fruto de las perspectivas compartidas (individuales, parciales y atomizadas de la realidad), es el provee el parámetro de determinación de la verdad, el conocimiento y la corrección normativa.

Contemporáneamente, es J. Habermas el filósofo que con más ahínco se ha empeñado en darle centralidad al consenso, siguiendo la impronta, eso está claro, de Ch. Peirce y de J. Royce.

J. Habermas capitaliza el legado de los mencionados precursores. En la valoración de N. Rescher del pensamiento habermasiano, éste cifra en el consenso la esperanza de la racionalidad considerándolo un principio regulativo de la misma y por ende, da a la búsqueda de aquel, el estatuto de piedra fundamental de su filosofía. Para N. Rescher, J. Habermas coordina la búsqueda del consenso con la comunicación, al basar ésta última en un implícito compromiso humano con una *situación ideal de habla* cuya mentalización (en el sentido de elucubración teórica) es condición constitutiva del discurso racional²⁴⁸. La ética del discurso al establecer como su escenario a dicha *situación ideal de habla* se centra en la idea de que todos los involucrados (hipotéticamente, todos los individuos a quienes la *situación* podría afectarles en su intereses) en la comunicación están comprometidos en una búsqueda del consenso, si bien, ojo, de un consenso ideal y normativo producido por razones *racionales y contundentes* y por la peculiar fuerza no violenta del mejor argumento; siendo para J. Habermas, por consiguiente, el compromiso *por* el consenso un componente integral y constitutivo del ímpetu comunicativo (aquel del que J. Royce hablaba), inmanente a la racionalidad humana²⁴⁹. En efecto, en el esquema de la ética del discurso, es esencial a la racionalidad individual y colectiva concebir y fortalecer las condiciones que conduzcan a la realización del consenso racional, en oposición y evitación del estado de cosas profundamente insatisfactorio (además de irracional) que resulta del hecho de que las partes en una discusión abandonen la búsqueda de puntos en común y en efecto renuncien a la búsqueda del consenso. N. Rescher llega a asumir que en J. Habermas el abandono de la

* “La concepción de este Absoluto da el criterio por el que ha de tasarse el carácter incompleto e imperfecto de nuestros pensamientos fragmentarios y divididos acerca de la realidad. En la teoría de Royce, la visión compartida de tal consenso idealizado de una ‘comunidad perfecta’ establece el estándar definitiva *acerca de la verdad y del valor*”.

²⁴⁸ “...which thus serves as ‘the normative foundation of agreement in language!’” N. Rescher, Op. Cit., Pág. 25.

* “...que, por lo tanto, sirve como ‘el fundamento normativo del acuerdo en el lenguaje!’”

²⁴⁹ “Where the ancients contrasted consensus with reason, and in consequence accorded consensus a subordinate place, Habermas sees the impetus to consensus as the constitutive core of rationality itself”. N. Rescher, Op. Cit., Pág. 27.

* “Mientras los antiguos contrastaban el consenso con la razón, y en consecuencia, *otorgaban al* consenso un lugar subordinado, Habermas considera el impulso *hacia el* consenso como el núcleo constitutivo de la racionalidad misma”.

búsqueda del consenso es el abandono de la propia racionalidad; lo que efectivamente es cierto desde la perspectiva de una ética, como la discursiva, que entiende la racionalidad (sobre todo la de orden moral) siempre a partir del acuerdo argumentado y respaldado e inspirado en razones que se ponen en juego en el escenario discursivo²⁵⁰. Así, en la lógica de la Ética del Discurso, la tematización de orden cognitivo, es decir el procesamiento y tratamiento conceptual de los factores que hacen al logro del consenso es, al mismo tiempo, la tematización de la razón práctica-moral a través de medios argumentativos.

Ahora bien, cuestiona N. Rescher si dicha aspiración al consenso mediante el exigente procedimiento de la ética discursiva, en el fondo, ¿No resulta un obstáculo más que una facilitación hacia el logro del consenso? Es posible, sin embargo, hay que tener en mente en todo momento que el propio J. Habermas siempre ha sostenido que su modelo ético es una idea regulativa, útil para el enjuiciamiento filosófico-moral de normas en una dimensión ideal y abstracta y no lo es una búsqueda del consenso fáctico que sirva para la proyección y creación de normas que, de hecho, rijan en la realidad de las sociedades históricas. A J. Habermas no le es ajeno ni indiferente, en ningún momento, el hecho (en el que tanto insiste N. Rescher) de que la imperfección humana limita el logro *real* de un consenso fáctico. N. Rescher sintetiza de forma muy conveniente la conexión consenso-racionalidad habermasiana al señalar que el consenso es el *telos* de la ética discursiva como procedimiento conductor hacia la racionalidad.²⁵¹

b) Así entonces, queda claro que la concepción que se tuvo acerca del rol del consenso desde la filosofía clásica hasta el medioevo, como recurso *suplementario* de la razón teórica, muta desde el tránsito a la modernidad a una concepción del consenso como un componente nuclear de la razón misma. Como N. Rescher resalta, la modernidad, desde los días de la Ilustración hasta J. Habermas, imagina el consenso como el producto del funcionamiento de la razón. En consonancia

²⁵⁰ "Consensus thus emerges as the ruling desideratum of rational inquiry and the issue of conduciveness to its attainment becomes the governing standard of cognitive rationality". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 26.

* "El consenso se convierte así en la aspiración *reguladora* de la investigación racional y la tematización de *la conducción* a su logro se convierte en la norma rectora de la racionalidad cognitiva".

²⁵¹ "It is a normative guide rather than a practically realizable condition -a telos that determines regulatively, procedurally, methodologically the way in which we are to conduct our cognitive business if we are to proceed rationally. What is at issue is something of a Kant-reminiscent 'categorical imperative' of rational inquiry: 'Proceed as if engaged in a communal co-operative venture whose ultimate ruling aim is to arrive at consensus'." N. Rescher, Op. Cit., Pág. 26.

* "Se trata de una guía normativa en lugar de una condición realizable en la práctica, un telos que determina regulativa, procesal y metodológicamente la forma en ha de llevarse a cabo la empresa cognitiva, si es que ha de procederse racionalmente. Lo que está en cuestión es una especie de *remisión al imperativo categórico kantiano* Kant, aplicado en el orden de la investigación racional: '*Procede como en conexión con un emprendimiento colectivo cooperativo, cuyo objetivo final y decisivo es llegar a un consenso!*'."

con la forma moderna de ver la vida, no se puede estar dispuesto a reconocer la categoría probatoria a ningún recurso cognitivo que no sea la razón, la única fuente legítima de consenso.

Asimismo es digna de destacar, como un fruto genuino de la manera moderna de pensar, la evolución del concepto del consenso en relación con el recurso a la idealización. De hecho, es el propio concepto del consenso el que se va refinando desde el *crudo* consenso fáctico de la filosofía antigua, pasando por las nociones de *comunidad final de investigadores* de Ch. Peirce y de *comunidad perfecta* de Royce, hasta llegar a un *consenso regulativo e ideal* de J. Habermas.

En la tabla evolutiva que N. Rescher nos presenta²⁵² -cuyo primer grado de evolución corresponde al pensamiento clásico-, situaríamos al pensamiento de J. S. Mill y de Ch. Peirce como aportantes a la idea de la favorabilidad del disenso, de la centralidad del consenso y de su configuración a largo plazo (es decir en el segundo grado de evolución, según la tabla citada). En tanto que ubicaríamos a J. Royce y J. Habermas en el tercer nivel de evolución (el actual), por la aportación en la que hacen énfasis en la *idealidad* del consenso²⁵³.

5.4. CONSENSO, VERDAD Y OBJETIVIDAD

Se sostuvo anteriormente que el consenso implica un *acuerdo* amplio y generalizado; ahora bien, ¿qué es un acuerdo exactamente? Para no incurrir en una circularidad en el análisis del consenso, N. Rescher toma la estrategia de desenmascarar situaciones cotidianas en las que aparente y supuestamente hay un acuerdo, para luego relacionar el concepto de acuerdo, con otros comúnmente vinculados y entonces tratar de desentrañar con exactitud sus connotaciones. Así pues, no existe en el fondo un acuerdo con solamente cuando hay algún punto de concordancia entre dos opiniones o creencias; hay acuerdo en cambio, cuando además de tal punto

²⁵² N. Rescher, Op. Cit., Pág. 28:

- Defacto consensus *as present here and now in the community ('of all' or 'of the knowledgeable experts')*.
- Ultimate consensus *as it will (presumably) come to exist in the community, in the eventual future ('the long run')*.
- Idealized consensus *as a hypothetical eventuation that would be reached under ideal (though doubtless never actually realizable) conditions*.

*

- Un consenso de facto, *como* presente aquí y ahora en la comunidad ('*de todo*' o '*de los expertos conocedores*').
- Un Consenso definitivo, *como* (supuestamente) llegará a existir en la comunidad, en el eventual futuro (en el largo plazo).
- Un consenso idealizado como un estado hipotético que, se alcanzaría bajo condiciones ideales (aunque, *sin duda*, en realidad nunca realizable).

²⁵³ "Thus the modern partisans of consensus would have us enter into the realm of millenarian thought in a distancing from the workaday realities that removes the reliance on consensus ever further away from the level of accomplished facts". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 28.

* "Así, los partidarios modernos de consenso nos conducen a la esfera del pensamiento milenarista en un distanciamiento de la realidad cotidiana, que elimina la dependencia de un consenso *que está* cada vez más lejos del nivel de los hechos consumados".

concordante, existe correspondencia contextual, es decir una común percepción del catálogo de cuestiones que rodean al punto inicial común. En otras palabras, ha de tenerse en cuenta aparte del punto particular en el que pudiera haber acuerdo, el contexto en el que se enmarca dicho punto. Para ilustrar esto, N. Rescher acude a ejemplos interesantes que demuestran cómo no es suficiente, para que haya acuerdo, una concordancia en la respuesta de unos individuos a determinada pregunta, sino que además es requisito del acuerdo que todos los individuos a quienes se les hace la pregunta, conozcan además todas las demás posibles preguntas que figuran en el contexto temático de la pregunta inicial.²⁵⁴ En efecto, las cualidades de *amplitud y generalidad* con las que habíamos caracterizado al acuerdo involucran precisamente un conocimiento, a su vez *amplio y generalizado* del mentado contexto temático para que el consenso *verdaderamente* surja; y tal condición colisiona con otra característica de la perspectiva particular humana (sea cual sea esta, desde el punto de vista de unos u otros individuos): la escasa esperanza de que *todos* los individuos involucrados logren tener el conocimiento amplio y generalizado que se quiere, dadas las limitaciones de acceso a información, las imperfecciones en la formación de los individuos, los prejuicios, las barreras culturales, etc. Todos estos elementos negativos (entre otros) hacen poco probable que, *de hecho*, puedan cumplirse con la condición señalada y por lo tanto los acuerdos corren el riesgo de no ser tales. Para salvar este obstáculo, sabemos que J. Habermas, ha diseñado su teoría en la perspectiva *idealista*, es decir que, teóricamente, se asume que en condiciones *ideales*, los sujetos idealmente implicados en el discurso han asumido los presupuestos de la argumentación racional y por tanto se encuentran dotados de condiciones morales suficientes para encarar un discurso *en serio*; consecuentemente las limitaciones humanas señaladas se hallan *idealmente* superadas y en efecto, se puede proyectar un consenso que haya cumplido las exigentes condiciones de un conocimiento pleno, amplio y general de todos los aspectos contextuales que influirían en el arribo al acuerdo.

²⁵⁴ "The crux is that the question of agreement/disagreement and consensus/dissensus is crucially dependent on just exactly how the agenda of the questions under consideration happens to be constituted. And if a question does not figure in the agenda of explicitly entertained issues (...) then there simply is no disagreement about it. The salient point is that consensus/dissensus relates not to inferable commonalities but to how we do or would answer the questions that actually arise in the cognitive context at issue. Consensus, then, has to be construed in terms of addressing common issues in a common way". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 45.

* "El punto nuclear es que la cuestión de acuerdo/desacuerdo y de consenso/disenso, es crucialmente dependiente de exactamente cómo la agenda de los asuntos sometidos a examen *está* constituida. Y si una pregunta no figura en la agenda de temas explícitamente entendido (...), entonces simplemente no hay ningún desacuerdo al respecto. El punto sobresaliente es que el consenso/disenso no se refiere a puntos comunes inferibles, sino a la forma en que se responde o se respondería a las preguntas que realmente se plantean en el contexto cognitivo en cuestión. El consenso, entonces, tiene que ser interpretado en términos de abordar los problemas comunes en una forma común".

No es que J. Habermas logre superar las limitaciones e imperfecciones humanas señaladas como parece exigirle N. Rescher, de ningún modo, pues ya analizamos cómo la idealidad del consenso habermasiano es justamente el elemento que en la teoría del discurso le da el mérito a la misma. Así, en *condiciones ideales*, todos los individuos involucrados y afectados serían capaces de, mediante la argumentación racional, alcanzar acuerdos plenos que se acercarían a la verdad de los hechos y la corrección normativa. Solamente de esa forma, con el recurso a la idealidad, J. Habermas llega a asumir que el consenso sería un conductor hacia la verdad y la corrección normativa, mediante el hecho elemental del uso del lenguaje que los seres humanos hacemos para comunicarnos, común a los *todos* afectados idealmente posibles.

No obstante, hay que apuntar lo importante de la crítica de N. Rescher que ve inútil el esfuerzo por diseñar una teoría que probablemente nunca llegaría probarse de facto y a suministrar acuerdos reales que puedan demostrar el acercamiento a la verdad y a la corrección en el vehículo del consenso. De manera tal que N. Rescher, efectúa una distinción entre acuerdo, objetividad y verdad siempre en la perspectiva de negación de las virtudes del consenso como conductor a los otros dos conceptos. Para él y dado que el lenguaje humano²⁵⁵ es tan imperfecto como los humanos mismos, no hay realmente posibilidad de alcanzar objetividad en el discurso humano ni mucho menos, por lo tanto la verdad o la corrección. La crítica deja dos cuestiones abiertas que afectan francamente a la estructura consensual de la teoría del discurso: la primera, la confianza que J. Habermas pone en el consenso, que llega al grado de asumir (utópicamente según N. Rescher) que las condiciones ideales propias de un discurso racional *necesaria e inexorablemente* conducirían a un consenso (y nunca, por el contrario, a un desacuerdo mayor que al inicio del discurso); y la segunda, que tal consenso por ser *racional y normativo*, sería suficientemente entendido como intercambiable funcional de la verdad y de la objetividad.

²⁵⁵ "...languages are the imperfect instruments of imperfect humans, and linguistic appropriateness of itself is no guarantor of truth. The appropriateness of our language use in speaking of a 'sunrise' or 'sunset' does not mean that the sun actually does any rising or setting. The 'objectivity' inherent in the individual-transcendent impersonality of language is nowise a hallmark of truth -it betokens no more than communicative efficacy within a given framework of opinion. Usage that is 'correct' in the sense of appropriateness need not be 'correct', in the sense of factuality". N. Rescher, Op. Cit., Pág. 46.

* "...las lenguaje es un instrumento imperfecto de seres humanos imperfectos, y la adecuación lingüística en sí misma no es garante de la verdad. La adecuación de nuestro uso del lenguaje al hablar de un 'amanecer' o 'puesta de sol' no quiere decir que el sol realmente tiene alguna salida o alguna puesta. La 'objetividad' inherente a la impersonalidad trascendente a las individualidades propia del lenguaje, no es de ninguna manera un sello distintivo de la verdad; es a lo sumo una garantía de eficacia comunicativa dentro de un marco determinado de opinión. Uso que es 'correcto' en el sentido de lo apropiado no tiene que significar 'correcto', en el sentido de la objetividad".

En defensa de la postura habermasiana habría que intentar una conceptualización de ese consenso *racional*/tal como se lo concibe en el marco de la teoría del discurso.

5.5. EL CONSENSO RACIONAL EN JÜRGEN HABERMAS

Después de haber hecho innumerables menciones en este trabajo, al idea del consenso racional, con el respaldo de los aportes críticos de N. Rescher (y como contraparte a dicha crítica), estamos ahora en condiciones de ofrecer una exposición de lo que ha de entenderse, en mi opinión, por el consenso racional que J. Habermas quiere y desarrolla.

Pues bien, cabe entonces distinguir entre el consenso racional y el mero acuerdo fáctico (propio, por ejemplo de las teorías contractualistas que, aun siendo hipotéticas, revelan unas características realistas, en el sentido de no ideales).²⁵⁶ El consenso racional resulta del acuerdo que se pueda alcanzar a partir de los presupuestos de la argumentación y con la mediación del principio moral –es decir con el cumplimiento tanto del principio del discurso, como con la consideración del principio de universalización-. El acuerdo fáctico en cambio puede darse no pues tiene vocación de facticidad; pero es muy poco probable que ocurra como resultado de la presencia fáctica de los presupuestos argumentativos (como la simetría, la búsqueda cooperativa de la verdad, etc.) que han de darse todos juntos y plenamente. Por el contrario, lo más probable es que dichos presupuestos no se den en la cotidiana argumentación de las comunidades reales tratando asuntos de orden moral, político y jurídico; ello está claro.

No obstante, la ética del discurso no ha pretendido ni pretende constituirse en una solución para la mentada improbabilidad real, contrariamente, ha abogado por que el consenso racional (emanado de la comunidad ideal de comunicación operando en condiciones contra-fácticas) se instituya como una *idea* regulativa de prueba, a la que se debería someter a todo posible acuerdo fáctico o consenso real e imperfecto, materializado en normas históricas²⁵⁷. Siendo de orden ideal, debería entonces constituirse, al menos, en un criterio medidor del grado de legitimidad de la realidad normativa.

²⁵⁶ J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 98.

²⁵⁷ “La respuesta de la ética discursiva sería que debemos participar en los acuerdos fácticos, pero teniendo como idea regulativa el consenso. O sea, que debemos procurar, dentro de tales acuerdos, el mayor grado posible de consenso racional, de forma que los primeros se aproximen en la mayor medida posible al segundo. Y esto, tanto en las condiciones en las que se efectúan (simetría, igualdad de oportunidades, búsqueda cooperativa de la verdad, etc.) como en los contenidos normativos que de ellos resulten”. J. García Leal, *Universalidad y Pluralismo en la Ética Discursiva*, en *Discurso y Realidad. En Debate con K.O. Apel*, pág. 99.

Radica ahí la relevancia y la utilidad de la diferenciación entre el consenso ideal y el consenso real, configurando tal relevancia además la firmeza de la contestación a la crítica (como la de N. Rescher) que sostiene que la ética discursiva es inútil para resolver conflictos normativos de la vida real y que dicha teoría confunde o mezcla dos mundos: el del discurso ideal y el real, de los variados discursos plurales.

La legitimidad o corrección de las normas y actos en el enfoque discursivo, depende enteramente del consenso racional (en ese diagnóstico Rescher está acertado) puesto que su racionalidad consensual deviene ya desde la formulación misma de los presupuestos argumentativos y del principio moral. El consenso de esta naturaleza es el elemento legitimador de normas pues transmite el acuerdo sin alternativas, al que no pueden “*escapar*” (por decirlo así) quienes se hubieran involucrado en una argumentación *en serio*, desde la esfera de los presupuestos a la del discurso en sí. Es una suerte de autovía de un solo sentido, de la que no está permitido salir ni regresar una vez dentro, a no ser que se asuma incurrir en una auto-contradicción performativa.

En efecto, se trata de una legitimidad tan racional e ideal como el propio consenso que le da lugar y existencia. El consenso es el contenido esencial del principio moral formulado en la ética discursiva como puente, precisamente, para encaminar tal consenso al discurso como tal. Lo que quiere decir que sin tal consenso o mejor, sin su carácter racional –que a su vez depende de las condiciones de racionalidad del propio discurso, que son los presupuestos de la argumentación– la posibilidad de que el discurso sea el escenario de fundamentación de la moral, cae, no existe.

Aparentemente la ética discursiva como teorización (carácter cognitivo de la ética del discurso) de las condiciones de racionalidad del discurso y como procedimiento mediante el cual, los seres humanos son capaces *idealmente* de alcanzar un acuerdo racional acerca de la moral y así fundamentarla (carácter procedimental de la ética discursiva); se sustenta esencialmente en el consenso racional; ello es cierto aunque no significa necesariamente que el discurso como tal dependa de que el resultado final del mismo sea algún consenso real; es más, el consenso está ya presente desde los presupuestos de la argumentación, residiendo justamente en el acuerdo, tácito o expreso, voluntario o necesario, en el que concurren los participantes del discurso racional al entender que, de no asumir los presupuestos de la argumentación, incurrir en la tan temida auto-contradicción performativa y quedan fuera de juego o sencillamente no argumentan en serio. El consenso racional es ideal tanto de entrada, como de salida.

¿De qué sirve un consenso fáctico, si en esa condición sería siempre subsidiario a la razón?; conviene más *idear* un consenso y de esa manera en el marco de teorías procedimentales y dialógicas como la teoría del discurso, ocurre una suerte de fusión con consenso/razón (en esto también acierta N. Rescher al analizar el pensamiento de J. Habermas), dado que en esas teorías, una de las premisas importantes la *verdad* es aquello que se consensue toda y cada vez que opere el discurso y no algo abstracto e inalcanzable al ser humano, como pensaba Kant de la verdad en si. En este sentido, la teoría del discurso supera la tan asentada concepción kantiana (expuesta y desarrollada en este mismo capítulo) de que el ser humano no puede nunca alcanzar la verdad en si misma, pues esta, *está construida* a partir y mediante del consenso racional.

5.6. CONSENSO EN CUESTIONES AXIOLÓGICAS

Tal como ocurría en relación con cuestiones teóricas, la postura de N. Rescher acerca del consenso en cuestiones evaluativas o valorativas está afincada en un escepticismo radical.

Si partimos, por un lado, de que 1.- los *valores* resultan de la combinación entre manifestaciones de deseos, necesidades o preferencias y 2.- una racional, impersonal y general valorabilidad del objeto valorado y, por otro lado, que las susodichas preferencias, necesidades y deseos son tan diversos y variables como seres humanos (o grupos de ellos) existen; entonces no es racionalmente exigible una homogeneidad o una uniformidad en las valoraciones que harán tales seres o grupos, ergo, no hay consenso en dichas materias.

Ahora bien, revisemos con más calma el concepto de valor que acabamos de describir: en primer lugar, el desear (preferir o necesitar) algo, anima a los individuos a *valorar* ese *algo deseado* (preferido o necesitado). En segundo lugar, ese *algo deseado*, puede ser inocuo, favorable, desfavorable o dañino para el individuo que desea, en una suerte de orden de cualidad. En tercer lugar, entonces, es posible desear -y por tanto valorar de hecho y en principio- tanto lo positivo como lo negativo pues, de facto, es suficiente con que sea *deseado* para pasar a ser *valorado*. En cuarto lugar, más de uno, varios, muchos y hasta todos pueden coincidir en que ese *algo deseado* es positivo, favorable o al menos inofensivo para el sujeto que desea o para los demás, por lo tanto, ese *algo valorado individualmente*, puede pasar a ser *algo valorado colectivamente*, dado que ha habido un acuerdo o consenso que da respaldo a lo valorado; con lo que, estamos aquí ya en la antesala del concepto de valor (un concepto consensual de valor), aunque todavía de un *valor de hecho*, no normativo.

Pues bien y en quinto lugar, el paso de esa calidad de *algo valorado de hecho* (individual y colectivamente, en este segundo caso gracias al consenso) a algo normativamente valioso, es decir valorable racionalmente, que *merece* ser valorado y que por consiguiente *debe ser* valorado (idea normativa de valor); es un gran paso, en el que el consenso (o incluso la unanimidad), no es suficiente razón ni resulta *apropiado* para justificar el paso. De lo contrario, se estaría incurriendo en la conocida falacia naturalista de Hume según la cual, no es dado racionalmente inferir lo normativo de lo meramente fáctico, es decir, que no es fundamento apropiado del deber ser, el mero ser; así sea este consensuado y hasta unánime.

En sexto lugar entonces pues, ha de intervenir, además del consenso (si hubiera) en lo valorado, otro elemento, que es precisamente la calidad de *racionalmente apropiado* de tal algo valorado para convertirse en algo *valorable* o *valioso* (transfiriendo a la vez esa calidad normativa, a su raíz, es decir, convirtiendo el algo *deseado* (o *preferido* o *necesitado*) original, en algo *deseable* (o *preferible* o *necesario*). Y bien, ¿qué es de todos modos, lo racionalmente apropiado? He ahí el problema. Es en este punto en el que surgen complicaciones, principalmente porque no hay una sola versión de lo *racionalmente apropiado* y tampoco hay una sola forma o perspectiva de su fundamentación (ahí están todas las teorías éticas o meta-éticas de orden teleológico). En todo caso, al hablar de *apropiado*, estamos ya moviéndonos en la esfera *lo bueno* o *del bien* y es sabido que es un terreno en el que hay gran disenso teórico.

Si pasamos al mundo habermasiano y al de su teoría ética, veremos que (como vimos ya de hecho, al tratar en este mismo trabajo el tema de las tres modalidades de razón práctica en el pensamiento de J. Habermas) la teoría del discurso distingue las cuestiones éticas -vinculadas al *bien*, a *lo bueno*, lo *apropiado*- en las que rige una razón práctica-ética en la que intervienen los valores de la comunidad como la esfera en la que el individuo se ha formado y ha asumido su identidad desde el nacimiento, como su entorno vital; de las cuestiones *morales*, en las que interviene la razón práctica-moral que por su vocación de universalidad no afectan al individuo o a su entorno solamente, sino a todos los potencialmente afectados ahistóricamente considerados. Lo *debido* ético (en lenguaje habermasiano) es lo *bueno* o *apropiado* para el individuo en el contexto de su entorno vital y de la *eticidad* que le conecta con su esfera social particular. Lo *debido* moral, es lo justo o correcto normativo en el sentido de una normatividad universalmente válida. Lo *debido* moral *discursivo* es lo justo o correcto conforme puede ser validado por un

discurso racional ideal en el que, por consenso *racional*, se asegure tal validez en un auditorio universal.

Está claro que en el caso de la razón práctica-ética el consenso cae o es inalcanzable, pues los contextos vitales sociales varían y difieren históricamente y por lo tanto lo *bueno*, lo *apropiado* puede mutar de un tiempo y espacio a otro. Por lo tanto, los valores, dado que han de haber satisfecho la exigencia de resultar *apropiados racionalmente* (en su paso de lo valorado a lo valioso) pueden ser igualmente variables de un entorno vital a otro. Hay aquí un principio de consenso, o un consenso restringido (a la eticidad concreta de cada comunidad) a lo que en ese tiempo y lugar se considere *apropiado*. Es un consenso que, visto desde una perspectiva universal, se mueve siempre dentro del potencial disenso (entre las diversas y plurales eticidades concretas). Lo racional (de *eso* apropiado) aquí es lo racional-ético y por lo tanto, no necesariamente universal.

Pero, como ya expusimos antes, el consenso habermasiano, es *idea* y su racionalidad no radica en lo que la eticidad mande, sino en los presupuestos de la argumentación y en el principio moral, que es universal. De ahí que la ética del discurso no intervenga en materia axiológica ni verse sobre ella. Es más (puesto que tiene presente la mutabilidad de los valores), la teoría del discurso, asume pacíficamente que los valores han de definirse en el contexto que corresponde (su eticidad concreta) y reserva el discurso racional ideal para las cuestiones de razón práctico-moral, en las que el consenso si es indispensable y en el que han de buscar el entendimiento en cuestiones de corrección normativa universalizables, idealmente, distintas posturas axiológicas, mediante el procedimiento de la argumentación racional, siguiendo sus presupuestos y persiguiendo un consenso, *en esas* cuestiones: las de justicia normativa.

No hay consiguientemente, problema para la ética discursiva en el hecho que los valores muten y sean fruto inherentemente del disenso más que del consenso racional. J. Habermas ha sido claro en la asunción de que su ética es una de mínimos y modesta²⁵⁸, dado que conoce que en cuestiones relativas al *bien* no hay posibilidad de consenso racional e ideal y que por lo tanto su modelo no

²⁵⁸ J. Habermas afirma, sobre el carácter restringido a cuestiones referidas a la "Justicia" y no al "bien" de la ética del discurso: "*La ética del discurso se sitúa en la tradición kantiana sin exponerse a las objeciones que se han dirigido desde sus comienzos contra una ética abstracta de la actitud interior. Ciertamente, con su estrecha noción de moral se concentra en las cuestiones relativas a la justicia. Pero no tiene que descuidar la atención a las consecuencias de la acción, con razón reclamada por el utilitarismo, ni tampoco tiene que excluir del campo de estudio discursivo las cuestiones relativas a la vida buena, a las que la ética clásica concedía un lugar privilegiado, dejándolas en manos de actitudes derivadas de los sentimientos o de decisiones irracionales.*" J. Habermas, *Del uso Pragmático, Ético y Moral de la Razón Práctica*, en J. Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Pág.110.

alcanza al extremo de útil para la determinación de lo apropiado en el sentido de lo *bueno*. Por esa razón, también, es una teoría procedimental y formal.

N. Rescher, por su parte, zanja²⁵⁹ el problema de la falacia naturalista en cuestión de valores, con la mención y justificación del *principio de benevolencia* (y porque conviene a sus propósitos, pues persigue justificar el disenso o por lo menos hacerlo a costa del consenso) según el cual lo *valorado* puede convertirse en *valioso* en atención a que tal constituye algo bueno o no constituye algo dañoso para el individuo y para los demás (en vista de la concepción de lo apropiado de ese contexto, claro está). Lo *apropiado* está entendido aquí claramente como lo que causa *bien* o por lo menos no causa *mal*. Y puesto que en relación al bien y al mal no hay consenso, entonces concluye que tampoco lo hay en materia de valores; con lo que sale airoso y continúa en su exposición sobre el disenso en cuestión de valores y su postura crítica del consenso en esta materia que, como vimos, no alcanza al consenso habermasiano.

5.7. ¿CONSENSO COMO QUIESCENCIA?

Dijimos que N. Rescher, para conseguir su propósito de desvirtuar el consenso, acude a un formulación de este, demasiado extrema, tanto que se aproxima bastante más a las ideas de uniformidad o de unanimidad que a la idea de acuerdo. No obstante, dijimos también que esa caracterización no es la única posible ni la más afortunada (pues con ella el consenso aparece como un cúmulo de defectos solamente). Hay pues, otra concepción de consenso, que el mismo N. Rescher utiliza²⁶⁰ (y definiendo de forma acérrima) y que resulta de alguna manera, cercana a la idea del consenso habermasiano; es la idea del consenso como *quiescencia*. Se trata pues de una especie de acuerdo sobre el desacuerdo, de un consenso nacido de su opuesto, del disenso. Veamos pues, en qué medida el consenso de la ética del discurso puede ser próximo a la quiescencia.

El prerrequisito de la quiescencia es el disenso, la falta de acuerdo o hasta el propio desacuerdo. Supuesto el desacuerdo entre dos o más partes o posturas, ellas “*acuerdan*” en un determinado punto cesar el debate (pero no el desacuerdo) y optan por una tercera vía, menos convincente que sus propias posturas pero que puede mantener el estado de paz y no alcanzar el conflicto. Ambas

²⁵⁹ N. Rescher, Op. Cit., Pág. 129 y 130

²⁶⁰ N. Rescher, Op. Cit., pág. 158 y siguientes.

partes, consideran la alternativa aceptada como de menos condiciones a las óptimas, pero concuerdan en que la otra vía (la del desacuerdo puro y simple) es una peor opción. En este sentido la aquiescencia es cercana a la tolerancia, dado que se constituye en una *aceptación de lo no querido* en aras del mantenimiento de la paz. Ello se reconoce cuando se puede verificar que normalmente, uno da la aquiescencia con relucencia, es decir, sin asomo de satisfacción.

La aquiescencia es definitivamente una forma de resolver conflictos (al menos temporalmente), puesto que es, definitivamente, una vía de "*acuerdo*", no obstante, de acuerdo falso, pues, de hecho no hay en el fondo más que conveniencia, cálculo, resignación o temor. Siendo entonces la aquiescencia una forma de mantener la discordia dentro de los límites verbales, alejando al menos, de momento, la posibilidad del sometimiento puro y duro o la lucha física; por ese motivo, la crítica a la aquiescencia apunta a que esta puede servir de medio de facilitación del debilitamiento y de conducción más llana al sometimiento. Ambos casos, de cualquier manera, conducirían a la reducción de unos a otros por medio de la fuerza bruta.

En condiciones fácticas, las partes intentan convencer con argumentos a otros hablantes solamente hasta cierto punto. Lugo renuncian al intento de conciliación y se conforman con lo que se puede tolerar, en el sentido de *aquello con lo que se puede vivir*, a pesar de resultar insatisfactorio.

Con estas breves consideraciones, hay que concluir que la aquiescencia por la que N. Rescher aboga, en sustitución al consenso habermasiano, es el fruto de una visión típicamente utilitarista²⁶¹, que no hace más que reducir la fundamentación de actos y normas a cálculos costos y beneficios, inclinándose por darle justificación a aquellas posturas que mayor beneficio y menos costo general supongan y todo esto no tiene nada de relacionado con la universalidad y generalidad que el consenso que da lugar y resulta de la ética discursiva.

Aunque puede ser una forma de consensuar, de estar de acuerdo con algo, el hecho de dar la aquiescencia no ocurre por motivos racionales mediados en el ámbito de la razón práctica-moral; sino por razones de fuerza mayor (por así decirlo), por causa de que los costos son mayores que los beneficios, pero nunca porque el individuo que da la aquiescencia esté realmente convencido de que la alternativa por la que ha optado es la mejor argumentada; por el contrario, su anuencia

²⁶¹ N. Rescher, Op. Cit., pág. 169

siempre resulta en un estado insatisfactorio porque, justamente, no está convencido de lo que ha aceptado; aunque lo ha hecho de todas formas.

Ese en definitiva no es el consenso discursivo habermasiano. En ese consenso, se alcanza la aceptación universalizable, de un determinado estado de cosas porque ha vencido la fuerza racional del mejor argumento y ninguna otra fuerza más. En efecto, no hay cabida en el esquema de la teoría del discurso para ninguna otra fuerza aparte de aquella.

CAPITULO III

LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo intentará relacionar la Teoría del Discurso de J. Habermas con la idea de Pluralismo Jurídico; toda vez que en los dos capítulos anteriores se ha expuesto –en el primero- el marco teórico básico acerca del Pluralismo Jurídico y –en el segundo- se han presentado los principales conceptos que hacen a la Ética del Discurso.

Se iniciará ese relacionamiento, trasladando dichos conceptos (que se han presentado únicamente en el contexto y términos de una teoría ética) desde el ámbito de la moral a las esferas del Derecho y de la Política, siguiendo evidentemente en ese traslado, lo que el propio J. Habermas propone. En definitiva, el abordaje que se hace es el de la moral discursiva y del Derecho discursivo.

Luego abordaré de lleno la conexión entre la Teoría Jurídica Discursiva y el pluralismo jurídico, principalmente en base a los conceptos de *Principio Democrático* y de *Derechos Humanos*, derivando luego y partir de las conclusiones de ese análisis, algunas limitaciones e inconvenientes de la noción de *Derechos Colectivos*, que es un concepto significativo para el tratamiento del pluralismo jurídico.

Finalmente y siguiendo la línea de lo dicho al final del párrafo anterior, señalaré y desarrollaré dos de las mayores dificultades práctico-operativas del pluralismo jurídico: la primera, que tiene que ver la titularidad de los derechos colectivos y la segunda con la noción de “representación” de la voluntad y acciones de los colectivos o grupos involucrados en un marco jurídicamente plural; lo que implica una dificultad en el ejercicio de tales derechos.

PARTE I

LA RELACIÓN MORAL-DERECHO DISCURSIVOS COMO VÍA DEL PLURALISMO JURÍDICO

1. LA RELACIÓN MORAL - DERECHO

La moral y el Derecho conforman una pareja que se relaciona dualmente, es a veces y en ciertos niveles armónica, a veces y en otros momentos, tensa. A entender del autor de este trabajo, es una pareja indisoluble; pero tampoco es una pareja de opuestos ni de símiles, es una pareja de distintos, de diversos, pero de raíz común: son emergencias de la racionalidad práctica. Y a la razón práctica hay que entenderla como la parte de la Filosofía, que reflexiona sobre la corrección –o incorrección- de las acciones humanas en sociedad y sobre la consiguiente corrección y justicia –o injusticia- de las normas de acción. En mérito a esa estirpe común, Derecho y moral sin ser idénticos, ni similares siquiera, tampoco estando tan alejados que puedan ser opuestos; yo diría que son consubstanciales; y diría que en virtud a esa naturaleza consubstancial, se atraen y finalmente se compenetran y complementan.

Puesto que moral y Derecho se inscriben en el ámbito de la *razón práctica*, sin subordinaciones ontológicas de uno a la otra, ni reduccionismos positivistas que anulen a aquella, se encuentran en el ámbito empírico de la acción humana y en el terreno teórico de la explicitación y del análisis. En fin, dado que comparten un ámbito de la racionalidad, son piezas de una racionalidad compartida.

No obstante lo dicho y con la aclaración de que aquí se usa el término “consubstancial” en el sentido de *comunidad de raíz*, para evitar dar la impresión de que se confunden ambas esferas normativas, es importante enfatizar que no son lo mismo. Dicho énfasis se hace aquí a través de los siguientes apuntes diferenciadores, que paradójica y sorprendentemente, pueden luego servir de base para establecer líneas de conexión. Es que, a veces, diferenciar sienta las bases para después, conectar. Veamos cómo eso es posible en el siguiente acápite.

2. SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Por lo común el tratamiento de la relación entre el Derecho y la moral se ha planteado a partir de dos estrategias básicas: 1) Una consistente en fijar un criterio de distinción entre ambos conceptos,

por ejemplo, la moral se refiere al aspecto interno de la conducta humana, el derecho al externo; el derecho es coactivo, la moral no, etcétera. 2) Una segunda, dirigida a establecer conexiones entre los dos ámbitos, bien para afirmar que un Derecho contrario a la ética no es un verdadero Derecho (una respuesta de orden iusnaturalista en torno a la cuestión del derecho injusto) o bien la de subrayar la autonomía plena de lo jurídico respecto a la moral (una respuesta de índole positivista).

En una línea aparentemente coherente con la primera estrategia, a Albrecht Wellmer²⁶² se le debe una sistematización de algunos rasgos característicos tanto de las normas jurídicas como de las morales, pero atención, con el deliberado objetivo de establecer una “diferenciación analítica” (no una conceptual) entre ambos sistemas normativos y atendiendo a tres criterios: el concepto de validez, la relación con las prácticas sociales y la coacción. En función a dichos criterios A. Wellmer propone tres rasgos diferenciadores correspondientes:

1. A contrario de lo que ocurre con la validez jurídica, la validez de las normas morales es independiente de su vigencia social -y hasta indiferente, en el caso de la teoría moral kantiana, por ejemplo que centra la validez en la conciencia íntima del ser humano-. Por consecuencia, el concepto de obligación, en la moral, está íntimamente ligado al de la **fundamentación** de una pretensión de validez normativa; en cambio, el concepto de obligación jurídica tiene que ver -en mayor grado por lo menos- con el de **validez social** -y, por ende, hasta cierto punto, fáctica- de una norma. El momento de facticidad existente en el concepto de validez jurídica, prácticamente reduce ésta, a la vigencia social de las normas.
2. Las normas jurídicas son frecuentemente reglas constitutivas de una determinada **praxis social**; establecen y regulan prácticas, instituciones y órganos. Mientras las normas morales carecen de una ordenación de carácter sistémico, las reglas jurídicas se agrupan en “sistemas” o por lo menos en “ordenamientos”, que conforman una suerte de mundo propio.

²⁶² A. Wellmer. “Ética y Diálogo”. Anthropos. Barcelona. 1994. Págs. 135-143

3. Las normas jurídicas están asociadas a la amenaza de sanciones externas, de coacción física; en contraposición, las normas morales están vinculadas sólo con sanciones internas o reproches sociales.

Si, tanto la descripción de diferencias como la propia estrategia de señalamiento de las mismas (primera estrategia) fuera meramente conceptual, en definitiva aportaría claridad, pero realmente muy poco más en términos de razón práctica (pues a más de establecer la línea divisoria entre las dos esferas no dice mucho acerca de cómo tales esferas se presentan en las acciones de los hombres y en los parámetros de acción de las sociedades, o sea, en la vida real y cotidiana). O si, por otra parte, la estrategia de establecimiento de relaciones (segunda estrategia) se hiciese (como se ha hecho tradicionalmente en la Teoría General del Derecho) pensando en prescribir supeditaciones positivistas o iusnaturalistas; el aporte sería igualmente nulo –una vez más- en términos de racionalidad práctica y de una filosofía útil.

Contrariamente, la estrategia que postula A. Wellmer y que apoya J. Habermas²⁶³ (siempre y cuando no se nieguen conexiones éntrelas esferas moral y jurídica) tiene la virtud de diferenciar, pero de hacerlo “productivamente”, pues su análisis puede bien, ser el punto de partida para establecer conexiones, prácticamente útiles y valiosas. Y eso es lo que J. Habermas hace en el fondo, como señala J. C. Velasco: “La estrategia teórica desplegada por Habermas se ha dirigido no tanto a señalar las diferencias entre las normas jurídicas y las morales -cosa que da por presupuesto de antemano- como a plantearse de qué modo se relacionan ambos universos normativos en una sociedad moderna con una configuración post-metafísica y post-convencional (...) Habermas se mostraría de acuerdo con la *diferenciación analítica* entre las normas jurídicas y morales propuesta por Wellmer, pero siempre y cuando se afirmara simultáneamente que no es posible una tajante separación entre ambos sistemas normativos”.²⁶⁴

Y es que Wellmer ha tenido el afortunado acierto de constituir unas proficuas bases temáticas en su análisis, para el desarrollo de una estrategia de conexión, que en el fondo sería una tercera vía.

²⁶³ Jürgen Habermas, junto con Karl Otto Apel, es el creador de la Teoría del Discurso a la que me refiero en la introducción del presente capítulo.

²⁶⁴ J. C. Velasco. “*Teoría Discursiva del Derecho. Sistema Jurídico y Democracia en Habermas*”. BOE/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000. Pág. 98

3. DE LA MORAL DISCURSIVA AL DERECHO DISCURSIVO, A TRAVÉS DE LA TEORÍA DEL DISCURSO

Puesto que la Teoría del Discurso es una teoría normativa, en el sentido de: conjunto de prescripciones que persiguen establecer e identificar –a través de su fundamentación- las mejores acciones y las mejores normas de acción posibles (las más racionales), obtenidas de la interacción argumentativa (ideal) de los involucrados, con la finalidad de construir una convivencia social armónica y justa; ocurre, a partir de la susodicha Teoría del Discurso, una integración y una interacción entre los ámbitos de la moral, del Derecho y además, de la política. Ello porque, en principio, hay entre los dos primeros, una coincidencia innegable: ambos ámbitos constituyen constructos estructuralmente normativos y en ese sentido, forman parte de la razón práctica. La política, por su lado, es el ámbito en que dichas estructuras normativas recalcan; ello, ya en la faceta de aplicación de las normas de acción y de ejecución de las acciones de convivencia, mismas.

La conexión entre moral y Derecho discursivos –que por la identificación de las características del Teoría del Discurso, del párrafo anterior, se traduce en interacción e interrelación- es mutuamente productiva, debido a que entre ambas esferas ocurre una complementación que cubre, las deficiencias de una y de otro.

Contrariamente a la tendencia típica de la Teoría General de Derecho –sea de corte iusnaturalista o sea de orden positivista-, de basar el análisis de la relación entre moral y Derecho, separando, distinguiendo y señalando diferencias; se intenta aquí –dada la integración que la Teoría del Discurso propone, como se ha apuntado- presentar interacciones y coincidencias, es decir, hacer hincapié en la complementariedad.

De partida pues, se deja en claro, como lo hace la Teoría del Discurso, que moral y Derecho son conceptualmente distintos, pero las reflexiones filosóficas acerca de ellos, forman parte de un tipo más general de reflexión racional: la racionalidad práctica; que se dirige, primordialmente a encontrar y señalar, pautas de fundamentación de acciones y de normas de acción que establecen el modo más racional de interacción humana. La vía de señalamiento de coincidencias, interacciones y encuentros de la moral y el Derecho en lugar de sus oposiciones y desencuentros, es útil porque abre la posibilidad de pensar en la complementariedad entre ambas esferas. Así, la obra “Facticidad y Validez”, que en el contexto de la Teoría del Discurso, es el monumental trabajo

en el que J. Habermas desarrolla la relación de complementariedad apuntada.

En ese libro, J. Habermas logra la articulación de una teoría discursiva del Derecho que cierra la triada de la racionalidad práctica configurado por la ética, el Derecho y la política. Elabora una particular teoría del Derecho íntimamente asociada con la ética discursiva (desde una perspectiva de la legitimidad del primero, dada por la moral) que culmina siendo también una teoría política de la democracia.

El Derecho, en esa conjunción, viene a desempeñar el papel de categoría mediadora entre la *facticidad* de la política y de la economía y la pretensión de *validez* normativa de la moral. A través de este enfoque, J. Habermas supera la visión descalificadora del derecho moderno –clásica de las posturas marxistas- que lo considera una suerte de instrumento de dominación y de reproducción de dicha dominación. En el análisis que J. Habermas efectúa, al Derecho se le adjudica la importante “función de bisagra”, de nexo útil entre un *mundo de la vida* integrado simbólica y normativamente y una *esfera sistémica* regida por el poder y el dinero.²⁶⁵ La Teoría del Discurso, conecta en definitiva, moral y Derecho, en aras de lograr una conexión más amplia: la que pueda acontecer entre dos esferas de la sociedad, en principio inconciliables: el mundo de la vida y el sistema.

3.1. LA PRIMERA COINCIDENCIA

La primera de las coincidencias que resulta digna de resaltar en la relación entre Derecho y moral, es la del **carácter normativo** de ambos -de la que resulta el carácter normativo de la propia teoría discursiva-. Pero esta referencia, no se centra únicamente en la característica, por demás obvia, de que tanto la moral como el Derecho son conjuntos de normas o de reglas –lo que es un dato fáctico-; se refiere en cambio, a que dicho carácter normativo consiste en que, desde la visión de la teoría discursiva, tanto la moral como el Derecho constituyen *exámenes* acerca de la corrección de las acciones humanas y por lo tanto, encierra, cada uno a su modo, un test de pretensiones de validez normativa; lo que es en última instancia, hablar de la justificación de la normas (tanto morales como jurídicas).

La expresión de la coincidencia en el carácter normativo, bien puede estar y de hecho está,

²⁶⁵ J. Habermas. “Facticidad y Validez”. Trotta. Madrid. 1998. Págs. 119-120. La explicación de dualidad mundo de la vida – sistema en la teoría discursiva de J. Habermas, está desarrollada brevemente páginas abajo, en este mismo capítulo.

circunscrita a una de las acepciones de la noción de validez del Derecho. Así, en términos de la teoría del discurso, el concepto ético de validez (de la moral y del Derecho también) es la justificación moral de las normas entendida como: rectitud material o corrección de sus contenidos. Empero, por su parte, las acepciones jurídica y sociológica del concepto de validez en el Derecho son, en un sentido lato, tratamientos descriptivos de la cuestión, que requieren ser comprobados empíricamente en cada caso; en el primer caso, se trata de la adecuación de las normas (en su origen) a las formalidades establecidas por el propio Derecho para crearlas y en el segundo caso, se trata del grado de eficacia o aceptación de tales normas en la sociedad en la que ese Derecho está *vigente*.

Sólo el primer sentido (en el sentido ético), la noción de validez implica propiamente una cuestión prescriptiva, sujeta a argumentación práctica, que se circunscribe a la tarea de fundamentación. Es el sentido del que C. S. Nino da cuenta así: “Si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción normativa”.²⁶⁶

Esto es, precisamente, lo que hace la teoría del discurso: reservar el uso del término “validez” a su sentido ideal-normativo, es decir, distinguirlo tanto de la *vigencia* o aceptación de facto, pues eso sólo sería la validez empírica o *facticidad* de una norma, como de la corrección de iure o validez formal.

En efecto, la teoría del discurso, alude al Derecho, ante todo, como un sistema de normas de acción que incorporan una *pretensión de corrección* de un modo más o menos explícito. La teoría discursiva del Derecho es *teoría normativa*, no porque trate, como se apuntó líneas arriba, de que su objeto son normas, sino que porque cumple una función que podría llamarse “normativa”, puesto que no se limita a describir las normas vigentes, sino que propone o sugiere criterios para la resolución de problemas referentes a la legitimación del Derecho. La “normatividad” en este sentido, no constituye una cualidad privativa del lenguaje moral, pues también la comparte el lenguaje jurídico; tanto los enunciados morales como los jurídicos poseen un carácter normativo o prescriptivo (y no meramente descriptivo) en la medida en que operan como *razones para actuar*

²⁶⁶ C. Nino. “Introducción al Análisis del Derecho”. Ariel. Barcelona. 1983. Pág. 134

(correctamente) y se constituyen ellos mismos, en tales razones. De hecho, unos y otros se emplean habitualmente con el fin de exigir o justificar acciones o decisiones, o ambas.

J. Habermas expresa la coincidencia de la siguiente forma:

“La teoría política y la teoría jurídica, desgarradas entre la facticidad y la validez, se encuentran hoy en una situación de aislamiento mutuo en la que no tienen apenas nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre se encuentran en peligro de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas, que ocultan todos los aspectos normativos, puede llegar a entenderse como una advertencia para no limitarse a una dirección disciplinar (...) El planteamiento de la teoría discursiva ha probado su eficacia en el ámbito ético y de la filosofía moral. Pero desde el punto de vista funcional puede fundamentarse por qué la forma pos-tradicional de una moral guiada por principios no puede prescindir de la complementación del derecho positivo.”²⁶⁷

La última frase de la cita anterior, delinea la segunda coincidencia entre Derecho y Moral.

3.2. SEGUNDA COINCIDENCIA

Ninguno de los dos mundos normativos, el de la moral y el del Derecho, es pleno. Ambos tienen tanto ventajas como desventajas comparativas; motivo por el cual la complementariedad no solamente es posible, sino necesaria.

Tal complementariedad se plantea en base a mutuas compenetraciones y coincidencias –en el sentido de incidencias mutuas- que dan lugar a flujos y conexiones.

Evidentemente y aun teniendo compenetraciones y coincidencias, el de la moral y el del Derecho son *mundos* de naturaleza distinta, por lo que sería un despropósito intentar identificarlos totalmente, como sería igualmente, intentar diferenciarlos al punto de negar relación alguna entre ellos. Diremos aquí, con todo, que tanto la moral como el Derecho son incompletos (o deficitarios en distintos aspectos); me explico: una es poco eficaz (su déficit radica en la corta aplicabilidad) y el otro es poco legítimo (su déficit radica en su corta fundamentabilidad). De esa falta de completitud surge la necesidad de complementariedad entre ambos y eso es lo que propugna la Teoría del Discurso, como modelo de diseño prescriptivo de la interacción social y como modelo

²⁶⁷ J. Habermas. Op. Cit. Págs. 68-69

de conjunto normativo de acción.

Así las cosas, el Derecho tiene como ventaja (sobre la moral) el carácter objetivo de sus normas y el modo coactivo con que puede exigir su cumplimiento. Estos dos caracteres proporcionan “estabilidad” a las “expectativas de comportamiento” de la sociedad (las que esa sociedad considera, en el marco de una moral determinada, claro está, en ese momento dado). Estas “ventajas” del Derecho, producen además un “ordenamiento” en el sentido verbal del término, sinónimo de “acción de ordenar”, de ordenación (aunque también en el sustantivo, como “conjunto o colección de disposiciones jurídicas) y reducen la complejidad de las sociedades, que, contemporáneamente, son de suyo, complejas.

El Derecho entonces es más “eficiente” que la moral en el mundo de los hechos, a la hora de la aplicación de sus normas. Empero, las prestaciones apuntadas no pueden, por sí solas, generar una cultura de interacción que derive en una sociedad discursiva (léase aquí sociedad democrática) y de obediencia a normas que convengan a todos (al Derecho no se le debe pedir más de lo que puede dar); es decir una sociedad de diálogo argumentativo y pacífico entre la diversidad de posturas morales y políticas.

Para lograr ese ideal de sociedad, se necesita que el Derecho y la moral se interconecten y complementen. El Derecho es necesario, pero no suficiente para establecer –por sí mismo- los principios que habrá de exigir y proteger. A lo sumo, las regulaciones jurídicas pueden alentar y proteger los valores de la vida en sociedad (los que una determinada sociedad establezca, en un juego discursivo-racional que tiene como límites la autonomía de la voluntad –del colectivo- por un lado y la universalidad, por otro), pero con la sola ayuda de esos medios, no se puede inculcar convicciones morales.

J. Habermas, se ha manifestado al respecto, en los siguientes términos, contenidos en las dos citas que siguen:

El Derecho en general “vive” de unos presupuestos que él mismo no puede crear: “El derecho no puede engendrar una cultura política democrática, sino que siempre dependerá de una cultura (moral) y política que lo fomente, lo facilite y le dé contexto”.²⁶⁸

²⁶⁸ J. Habermas. “La necesidad de Revisión de la Izquierda”. Tecnos. Madrid. 1991. Pág. 76

El derecho contiene una “promesa de emancipación” en la medida en que se constituya como poder legítimo generado comunicativamente y representa un “mecanismo de dominación política” en cuanto que medio empleado por la administración, pues “para hacerse efectivas en las sociedades complejas, las decisiones políticas se sirven de las formas regulativas del derecho positivo”.²⁶⁹

Para esa tarea, la de establecer una estructura de normas de acción respaldadas por razones – por la racionalidad discursiva- que le otorgue *legitimidad* al Derecho, es necesario entenderlo como una estructura *ambivalente* que se conforma no únicamente como un instrumento de opresión y dominación, sino, además y por el contrario, también como un legítimo factor de auténtico cambio social y de real liberación.

Esa es la doble cara del Derecho, que J. Habermas ve ejemplificada en el pensamiento de Hobbes y Kant, respectivamente²⁷⁰, a saber:

Para Hobbes, el Derecho positivo vendría a convertirse, en última instancia, en un instrumento al servicio de la dominación política; para Kant, por el contrario, el Derecho retiene en su seno un carácter marcadamente moral como garantizador de un espacio para el ejercicio de la libertad individual. Y es precisamente en la formulación kantiana del concepto de Derecho, donde se tematiza paradigmáticamente la estrecha vinculación entre esos dos elementos tan antagónicos como son la **libertad** y la **coacción**. Tal relación no es en absoluto accidental, sino que configura la esencia constitutiva de semejante sistema normativo, pues el Derecho ha de pensarse como “la posibilidad de conectar la coacción recíproca universal con la libertad de cada uno”.²⁷¹

Las normas jurídicas deben ser, simultáneamente, leyes coactivas y leyes de libertad. La doble naturaleza del Derecho (subsistema funcionalmente especificado e institución en la que se reproduce la moral social) obedece a dos formas distintas de racionalidad, respectivamente: “de un lado, el sistema jurídico es un orden de vida que obedece a formas de racionalidad práctico-moral, como una materialización de estructuras de conciencia pos-tradicionales (con arreglo a valores); por otro, es un medio de organización social que responde a la racionalidad con arreglo

²⁶⁹ J. Habermas. “La inclusión del Otro”. Paidós. Barcelona. 1999. Pág. 202

²⁷⁰ J. Habermas. “Facticidad y Validez”. Pág. 579-580

²⁷¹ I. Kant. “La Metafísica de las Costumbres”. Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 41

a fines, como materialización de la racionalidad cognitivo-instrumental.²⁷² En suma, el Derecho es, a la vez, instrumento y no instrumento.

Por una de las caras señaladas, el Derecho se nutre de los valores que dan sustento a la fundamentación de sus normas (se hace legítimo) y por la otra, se auto-instrumentaliza como medio por el cual la sociedad logra fines (que igualmente han de estar en consonancia con los valores definidos en la otra faceta).

La doble faceta a la que aludimos, señala claramente un tránsito continuo y de doble sentido que efectúa el Derecho, desde y hacia el mundo de las preferencias o de los valores,²⁷³ que tienen carácter moral antes que de otra naturaleza. Para J. Habermas, eso está tan claro y contundente, como la breve cita que sigue:

“...el ámbito nuclear de los órdenes jurídicos lo constituyen normas morales básicas, que han cobrado fuerza jurídica”.²⁷⁴

3.2.1 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MORAL

Por su parte, la moral tiene la ventaja –frente al Derecho- de su mayor flexibilidad. Aparentemente puede hablarse de una moral por cada individuo, atendiendo a una lectura superficial de la moral kantiana, por ejemplo, que como sabemos, emerge y se procesa en la intimidad de la conciencia humana individual; mas la idea de I. Kant fue establecer que ese desarrollo, dadas las condiciones de racionalidad del ser humano, podría (y debería) ocurrir en cualquier conciencia individual, con lo que estaríamos ante una moral universal (o al menos, con vocación de universalidad). Con todo, la moral social –o eticidad, como también es denominada desde Hegel- tiende a caracterizarse por su mayor flexibilidad o mutabilidad, en comparación al Derecho, dado su mayor dinamismo e informalidad (en el sentido de menor rigidez institucional, no en el sentido de menos abstracción), por estar más próxima al día a día de los involucrados. En contrapartida, la desventaja aquí, radica

²⁷² J. C. Velasco. Op. Cit. Pág. 86

²⁷³ Entendemos por valores, aquellas cualidades, atributos del objeto –o bien del sujeto- que son incorporadas por un individuo o por un colectivo y que hacen que, a partir de tal incorporación dicho objeto sea tenido, visto o considerado de forma distinta (mejor o peor) a como lo era antes de dicha valoración; los valores en consecuencia, no son parte del objeto, por lo menos no en principio, sino cualidades que *pasan a ser* parte de él por una atribución subjetiva que, mudándolo, lo hacen más valioso –o menos valioso- que antes de tal mutación; resultando más atractivo o más repulsivo. Con lo que, al hablar de valores, estamos hablando básicamente de **preferencias** acerca de un objeto; y dichas preferencias –por su origen esencialmente subjetivo- son de orden histórico, consiguientemente también mutables, por lo menos hasta que se renueve el ciclo de preferencias y emerja una nueva atribución.

²⁷⁴ J. Habermas. “Escritos sobre Moralidad y Eticidad”. Paidós, Barcelona. 1991. Pág. 58

en que la moral y su fundamentación está encargada a los individuos (solos con sus conciencias o en colectivo), en cambio, la fundamentación en el Derecho ocurre institucionalmente, por mecanismos establecidos, institucionalizados y regulados para tal fin. Lo consigan o no (es decir, logren legitimidad o no), lo evidente es que en el Derecho, se exige a los ciudadanos de la tarea de fundamentación.

Otra ventaja clara es que puede prestar las razones suficientes para legitimar las normas, sean morales o bien sean jurídicas. Y una moral intersubjetiva y procedimental, como es la que la ética del discurso promueve, presta razones obtenidas del discurso intersubjetivamente elaborado. Posibilidad muy difícilmente imaginable en el caso del Derecho, que está más cerca de la realidad que de la idealidad. Por lo mismo, la moral, aunque menos eficiente que el Derecho en el mundo de los hechos, es mejor que él fundamentando, es más profunda a la hora de justificar las normas puesto que parte de su mundo está conectado con el mundo de los valores y preferencias más generales y fundamentales.

3.2.2. PENETRACION DEL DERECHO EN EL MUNDO DE LA VIDA Y EN EL SISTEMA (LA JURIDIFICACIÓN)

Lo manifestado líneas arriba acerca del Derecho discursivo, muestra cómo este y la Moral (discursiva y post-convencional²⁷⁵) interactúan; pero muestra sobre todo, cómo el discurso mismo,

²⁷⁵ Cfr. L. Kohlberg. "El Niño como Filósofo Moral", en J. Delval (ed.), "Lecturas de psicología del Niño". Alianza. Madrid. 1978. Según Lawrence Kohlberg, a quien se le debe la clasificación de la evolución de la moral, existen tres órdenes (el pre-convencional, el convencional y el post-convencional) en dicho desarrollo, cada uno con un número de etapas. Así, en ese esquema, en el tercer orden, el **Orden pos-convencional y de principios**, las decisiones morales se generan a partir de derechos, valores y principios que son (o podrían ser) admitidos por todas las personas que componen o crean una sociedad que ha de tener prácticas justas y beneficiosas. Consta dicho orden de dos etapas: la **etapa de los derechos previos y del contrato social o de la utilidad**. Cuyo contenido es el que sigue:

Lo justo es respaldar los derechos, valores y pactos legales fundamentales de una sociedad, incluso cuando colisionan con las normas y leyes concretas del grupo.

1. Lo justo es ser consciente del hecho de que la gente sostiene una diversidad de valores y opiniones y que la mayor parte de los valores y normas tiene relación con el grupo de uno mismo. No obstante, se deben respetar estas normas "de relación" en interés de la imparcialidad y por el hecho de que constituyen el pacto social. Sin embargo, algunos valores y derechos que no son de relación, como la vida y la libertad, deben respetarse en cualquier sociedad con independencia de la opinión de la mayoría.
2. Las razones para hacer lo justo, en general, son sentirse obligado a obedecer la ley porque uno ha establecido un pacto social para hacer y cumplir las leyes, por el bien de todos y también para proteger los derechos propios, así como los derechos de los demás. La familia, la amistad, la confianza y las obligaciones laborales son también obligaciones y contratos que se han aceptado libremente y que suponen respeto por los derechos de los demás. Uno está interesado en que las leyes y los deberes se basen en el cálculo racional de la utilidad general: "la máxima felicidad para el mayor número".

Y la **etapa de los principios éticos universales**, cuyo contenido supone:

Una guía por parte de unos principios éticos universales que toda la humanidad debería seguir.

- a) Con respecto a lo que es justo, la etapa 6 se guía por principios éticos universales. Las leyes concretas o los acuerdos sociales son válidos habitualmente porque descansan en tales principios. Cuando las leyes violan tales principios, uno actúa de acuerdo con el principio. Los principios son los principios universales de la justicia: la igualdad de derechos humanos y el respeto por la dignidad de los seres humanos en cuanto individuos. Éstos no son únicamente valores que se reconocen, sino que también son principios que se utilizan para generar decisiones concretas.

va y transita, de una a otro, libremente. Es interesante analizar, igualmente, cómo dicho tránsito puede también expresarse en términos de *juridificación del mundo de la vida* (según J. Habermas entiende y utiliza dicha expresión)²⁷⁶; veamos:

"...*juridificación* se refiere, dicho en términos muy generales, a la tendencia que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la extensión del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el adensamiento del derecho, es decir, el desmenuzamiento de una materia jurídica global en varias materias particulares".²⁷⁷

Siguiendo la construcción teórica de J. Habermas, el "mundo de la vida" corresponde a la esfera natural y no problematizada de la praxis cotidiana, que se caracteriza por ser un presupuesto y no por constituir un hecho en sí mismo; es él *horizonte de los hechos*. Tal trasfondo de lo inmediatamente familiar, que los seres humanos en nuestro relacionamiento, damos por sentado sin cuestionarlo, conformando el saber aporético de la práctica comunicativa cotidiana y un acervo de conocimiento compartido.

En dicha esfera, confluyen tres elementos: la *cultura*, la *sociedad* y la *personalidad*. Tales componentes pueden definirse en los siguientes términos:

- *Cultura*: El conjunto de saber en que los participantes en la comunicación se abastecen de interpretaciones para entenderse sobre algo en el mundo.
- *Sociedad*: El conjunto de órdenes legítimos a través de los cuales los individuos regulan sus pertenencias a grupos sociales, asegurando con ello la solidaridad.
- *Personalidad*: El conjunto de competencias que hacen del sujeto, uno capaz de lenguaje y de acción, es decir, capaz de tomar parte en procesos de entendimiento.

Cada uno de ellos se refiere, respectivamente, a suposiciones básicas sobre la cultura y sobre su influencia sobre la acción (cultura); a pautas apropiadas de relaciones sociales (la sociedad); y a la forma de ser de las personas (la personalidad) y de comportarse. Comprometerse en la acción comunicativa y lograr el entendimiento en cada uno de estos elementos, conduce a la reproducción

b) La razón para hacer lo justo es que, en la condición de persona racional, uno ve la validez de los principios y se compromete con ellos.

²⁷⁶ "Mundo de la Vida" y "Sistema" son las dos nociones o conjuntos de nociones que J. Habermas utiliza, para dar explicación y descripción de las sociedades contemporáneas, sus logros y sus expectativas.

²⁷⁷ J. Habermas. "Teoría de la Acción Comunicativa". Taurus. Madrid. 1997. Pág. 504

del mundo de la vida mediante el *refuerzo* de la cultura, la *integración* de la sociedad y la *formación* de la personalidad.

Mientras que, por otra parte, la noción de Sistema (y de los distintos subsistemas, como el subsistema económico –cuya expresión es el dinero- y el subsistema político –cuya manifestación es el poder y su administración por el Estado) corresponde a la esfera por la que, desde un punto de vista funcional y a través de distintos subsistemas, la sociedad contemporánea se auto-regula. Esta construcción funcionalista original de Talcott Parsons, defiende que las diferentes y principales funciones serían la siguientes: la regulación de la tensión intra-sistémica estaría a cargo del *subsistema cultural*, la distribución de recursos a cargo del *subsistema económico*, la integración del conjunto del sistema sería asumida por el *subsistema legal* y, finalmente, la movilización colectiva y la determinación de objetivos dependería del subsistema político.²⁷⁸

Los funcionalistas y los teóricos de sistemas sostienen entonces que no puede negarse la existencia de una dimensión auto-regulativa de la sociedad, con su propia lógica de desarrollo y manifestación. Así, por ejemplo, cabe entender el concepto de *diferenciación social*, muy característica en las sociedades avanzadas, como un mecanismo empleado por el sistema social para reducir la complejidad de su entorno. De ahí que, en términos habermasianos, la integración sistémica obedece, a una lógica propia e independiente de los sujetos. En el dominio sistema las acciones de los diferentes agentes se organizan formalmente y se coordinan mutuamente mediante el entrelazamiento funcional de consecuencias no intencionales. La acción de cada individuo es determinada por cálculos interesados, maximizadores de la utilidad. El sistema es un ámbito social constituido por una serie de mecanismos **anónimos** dotados de una lógica propia que, en las sociedades avanzadas han cristalizado en dos subsistemas sociales diferenciados regidos por reglas estratégicas y medios materiales o técnicos: el subsistema administrativo-estatal y el subsistema económico. “El aparato burocrático estatal y la economía capitalista han desarrollado una autonomía sistémica y, en sus respectivos dominios, el poder y el dinero se han convertido en importantes medios anónimos de integración situados por encima de las cabezas de los participantes. En fin, esferas de acción y ámbitos de sociabilidad exentos de contenido

²⁷⁸ Cfr. T. Parsons. “El Sistema Social”. Alianza. Madrid. 1982

normativo, cuya consistencia no depende directamente de las *orientaciones de acción* de los implicados en ellos”.²⁷⁹

En el “mundo de la vida” lo moral-normativo resulta naturalmente definido pero informal, en tanto que en el “sistema económico” y en el “sistema político” lo moral-normativo, resulta ajeno y hasta perturbador, pues sigue la lógica de la racionalidad estratégica, en la que no cuentan las fundamentaciones y justificaciones universalizables de las acciones de normas, sino los fines (incluso inmorales) que se persiguen en tales sistemas.

Siendo esas (mundo de la vida y sistema), las dos esferas que la teoría del discurso toma en cuenta para describir la sociedad, desde luego que la juridificación ha de ocurrir en ambas, pero de forma distinta y con diferentes efectos, tal como se verá líneas abajo.

La juridificación entonces, puede acontecer por una parte, mediante la regulación jurídica de asuntos y materias cuya intervención normativa, hasta antes de la conversión de las sociedades actuales en unas muy complejas, correspondía a otras esferas –como la moral-; con lo que se puede hablar de una juridificación *cualitativa*. Pero por otra parte, existe una juridificación *cuantitativa* que consistiría en la densificación de la regulación jurídica en cuestiones en las que tradicionalmente el Derecho intervino. En el primer caso se trata de la juridificación del *mundo de la vida* y en el segundo, de la profundización de la juridificación del *sistema de poder o sistema político*.

La intensificación de lo jurídico ocurre, desde luego, con la multiplicación de demandas de justicia sustantiva en las sociedades complejas antes aludidas. “La utilización del Derecho para la puesta en funcionamiento de programas políticos trae como consecuencia lógica la desformalización del derecho o, al menos, el paulatino debilitamiento de su racionalidad formal.”²⁸⁰

Y, a cada una de esas manifestaciones de la juridificación, corresponde una de las dos expresiones características del Derecho²⁸¹: la *no instrumental*, al mundo de la vida y la *instrumental* al Sistema Político. La juridificación es perjudicial, en la medida que merme o debilite una de las perspectivas

²⁷⁹ J. C. Velasco. Op. Cit. Pág. 23

²⁸⁰ J. Habermas. “Facticidad y Validez”. Págs. 545-555

²⁸¹ Una, que se caracteriza por su no instrumentalidad, es decir la que expresa fines concebidos axiológicamente –de cierto modo, el contenido moral del derecho- actuando como materialización de la justicia; y la otra, la del Derecho como instrumento de la política y del poder.

o perfiles (la más legítima de la dos) del Derecho: la no instrumental y la más comunicativa; en tanto que exacerba la menos legítima de sus facetas: la del derecho como instrumento.

Dicha dualidad queda muy claramente expresada por J.C. Velasco:

“...El derecho moderno se presenta bajo dos aspectos no sólo heterogéneos, sino contrapuestos: por una parte, se nos ofrece el carácter instrumental del derecho, en virtud del cual el soberano puede utilizarlo como un medio para otorgar a sus mandatos un carácter obligatorio y, en consecuencia, el derecho se convierte en un cualificado medio al servicio de un determinado orden político; y, por otra, se nos manifiesta el carácter no instrumental del derecho, esto es, aquel momento de indisponibilidad que exige la realización incondicional de la justicia –fiat justitia, ruat caelum-, tal como aparece reflejado en las tradiciones jurídicas sacras. En este segundo sentido, el derecho no está en situación de ser utilizado libremente por el soberano, sino que se sitúa por encima del príncipe y éste lo ha de respetar en su jurisprudencia ya que se presenta como un principio de justicia imparcial en la regulación de los conflictos, y constituye además el marco legitimador dentro del cual ejerce su dominio profano”.²⁸²

Con el desarrollo del Estado moderno, el equilibrio entre las dos manifestaciones o facetas del Derecho, se rompe con frecuencia y en toda vez que el Derecho se emplea cada vez más al servicio de objetivos políticos particulares: “Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el carácter instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son también medios para conseguir fines políticos”.²⁸³

J. Habermas conceptualiza los dos aspectos mencionados del Derecho moderno mediante la diferenciación entre la noción de “derecho como institución” y el “medio derecho”. Esta distinción se torna comprensible reconduciéndola (como se hizo páginas arriba), en primer lugar, a la diferenciación entre el *mundo de la vida* y el *sistema*, y, en última instancia, a la disociación entre racionalidad práctico-moral y racionalidad cognitivo-instrumental²⁸⁴.

²⁸² J.C. Velasco. Op cit. Pág. 95

²⁸³ J. Habermas. “Facticidad y Validez”. Pág. 559

²⁸⁴ La diferencia entre racionalidad instrumental y racionalidad comunicativa, desde la perspectiva de la Teoría del Discurso, radica en que la primera se utiliza, mediante acciones y actos de habla, para obtener determinados objetivos, convenientes a l interesado, de manera que se considera a los demás participantes en la argumentación y en el discurso, como medios o instrumentos para alcanzar tales objetivos. Por su parte la segunda, la racionalidad comunicativa persigue como único objetivo, el entendimiento entre todos los que participan o podrían participar en la argumentación, de manera que tangen por satisfechas sus pretensiones de validez normativa.

Para J.C. Velasco, con ese paralelismo, en los dos sentidos nombrados, "...puede establecerse una concordancia entre la estructura binaria del derecho y la estructura del entramado social: el "derecho como institución" tiene su propio ámbito de aplicación en el mundo de la vida y el "medio derecho" en el sistema. Mientras que el "derecho como institución" presenta una clara continuidad con los postulados comunicativos, el medio "derecho" centraliza un complejo jurídico meramente **organizativo** e incluye normas que, con su auto-subsistencia inmediata, tan sólo admiten una legitimación legal-procesal. En cambio, los procedimientos discursivos de **creación** y de **aplicación** de normas están limitados a un reducido ámbito y pugnan en franca desventaja con los procedimientos de tipo estratégico o instrumental".²⁸⁵

En el sentido de "medio derecho", el derecho juega un importante rol como herramienta de integración sistémica, como instrumento de organización de los diversos subsistemas sociales, de tal forma que -en palabras de J. Habermas- es posible "considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en poder administrativo".²⁸⁶

Mientras que, el "derecho como institución" se asienta sobre el principio de fundamentación y se hace patente en aquellas normas jurídicas que no pueden legitimarse sola y únicamente invocando su corrección procedimental. Es el caso, por ejemplo de normas constitucionales que presentan justificaciones universales, como las referentes a los derechos fundamentales. Es en este tipo de normas, en que se puede afirmar que "...la juridificación se plantea la cuestión de un enjuiciamiento normativo".²⁸⁷ Por el contrario, es el propio "medio derecho" el que violenta las estructuras comunicativas del ámbito de acción juridificado".²⁸⁸

Numerosos autores marxistas formularon, como es conocido, una crítica general, globalmente descalificadora, al derecho en cuanto generador de considerables efectos cosificadores. Si bien con un tono más matizado, en el sentido de que las consecuencias patológicas no deben imputarse automáticamente a toda regulación jurídica, sino que sólo atañen a algunas regulaciones inadecuadas, dicha cuestión fue ampliamente discutida en los años setenta y ochenta precisamente bajo el epígrafe genérico de la *juridificación*. (...) Tal concepto puede considerarse

²⁸⁵ J. C. Velasco. Pág. 130

²⁸⁶ J. Habermas. "Facticidad y Validez". Pág. 717

²⁸⁷ J. Habermas. "Teoría de la Acción Comunicativa". Pág. 518

²⁸⁸ J. Habermas. "Teoría de la Acción Comunicativa". Pág. 523

también como una modalidad de las teorías de las interferencias, esto es, de aquellas teorías que advierten que determinados procesos y estructuras institucionales básicos en el ámbito de la economía, del Estado y del derecho “interfieren” con las interacciones sociales, formas de vida y formas del orden social en las que se forjan las identidades individuales y colectivas y en las que se reproducen recursos sociales y culturales tales como la solidaridad, las motivaciones morales, los patrones de interpretación, etc. La intencionalidad del concepto resultaría entonces patente:

En el concepto de juridificación se integran componentes no sólo descriptivos sino también críticos: el Derecho es aplicado a relaciones sociales para cuya regulación no es apropiado. O, dicho de un modo más suave, las regulaciones jurídicas (o también, regulaciones jurídicas de un determinado tipo) de ciertos ámbitos de acción social tienen determinadas consecuencias negativas”.²⁸⁹

Históricamente hablando, la juridificación, en sus dos formas, para J. Habermas, ha ocurrido a lo largo de la modernidad en orden secuencial y en cuatro momentos, que coinciden con las apariciones de las distintas formas de Estado de Derecho, es decir, las evoluciones del Estado juridificado bajo un sistema de Derecho.²⁹⁰

Con la dualidad del Derecho: como “medio” y como “Institución”, que J. Habermas defiende, se entiende que el Derecho cumple la función de “bisagra” entre el mundo de la vida y el sistema (de la política). Es más, dado que en el Derecho hay un ingrediente de legitimidad (que tiene contenido moral) entonces la juridificación no sería ya tan nociva, sobre todo si se piensa que es tan posible la “colonización” del sistema por el mundo de la vida como es la “colonización” del mundo de la vida por el sistema (con todas sus implicaciones, como ser la lógica del discurso, de la racionalidad comunicativa, con ese resto de moral que tiene el Derecho atento a los principios y valores morales).

Sobre todo a partir de la concepción simbiótica entre Derecho moderno y Moral post-convencional,

²⁸⁹ B. Peters. “Racionalidad, Derecho y Sociedad”. Suhrkamp. Frankfurt. 1991, Pág. 162

²⁹⁰ Cfr. J. C. Velasco, Op. Cit Pág. 132. Conforme indica J. C. Velasco, “...la situación actual del Derecho contemporáneo es según Habermas (...) el resultado de cuatro series de juridificación que han marcado época: en un primer momento, a través de la positivación de las reglas centrales del derecho privado y del derecho público se conforma un orden político dentro del cual se efectúa la transformación de la sociedad estamental de principios del mundo moderno en la sociedad adquisitiva del capitalismo, esto es, se institucionaliza el “Estado burgués”; en un segundo momento, la consagración constitucional de las garantías individuales negativas y del principio de legalidad en la administración, esto es, su sometimiento al imperio de la ley, son las bases de la institucionalización del “Estado burgués de derecho”; en un tercer momento, aparece el “Estado democrático de derecho”, cuya característica más señalada es la juridificación de los mecanismos democráticos de legitimación (la soberanía popular se asegura mediante la progresiva universalización del sufragio y otros derechos positivos de participación); y, finalmente, en un cuarto momento, la institucionalización del “Estado democrático y social de derecho”, que supone el reconocimiento y puesta en práctica de los derechos económicos y sociales.

que da lugar a una idea de Derecho como *medio de emancipación* y como portador de principios, es posible concebir, que puedan (moral y Derecho) “domesticar” comunicativamente el sistema poder. A esa domesticación apuntan, por ejemplo, los derechos fundamentales y los principios democráticos introducidos históricamente por la idea de Estado de Derecho moderno.

Así, los derechos humanos y los principios democráticos son manifestaciones reales y concretas, además de positivas, de la juridificación del sistema de poder operada mediante la colonización comunicativa o discursiva (a través de algunas instituciones, modeladas en la lógica de la razón práctica comunicativa o no instrumental) del sistema del poder; dando pie en a la realidad de los Estados Modernos. Los derechos humanos, entonces, en conjunto (siempre portadores de una idea de moralidad específica) pueden ser la materialización y particularización de la “bisagra” que es el Derecho entre el mundo de la vida y el sistema.

3.2.3. APUNTE CONCLUSIVO PRELIMINAR, ACERCA DE LA JURIDIFICACIÓN

Después de haber descrito con cierto detalle en las últimas páginas, la juridificación en sus dos manifestaciones; hay que precisar que la modalidad de juridificación que interesa al presente trabajo, es la que se patentiza con la intervención del “derecho como institución” en el mundo de la vida. Lo que da lugar a que el Derecho se empape de valores y principios, mediante la adopción de contenidos morales. La penetración del Derecho en la Moral refleja el tránsito del discurso –y por ende, de la racionalidad comunicativa- en sentido de ida, desde la moral hacia el interior del Derecho, prestándole legitimidad mediante la implantación de los principios y valores aludidos, que le permiten mostrarse como Derecho con pretensión de justicia y de corrección de sus normas. Del sentido de vuelta, de la penetración de la moral en el Derecho se ocupa el siguiente apartado.

3.3. PENETRACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO

La penetración de la moral en el Derecho es un fenómeno que acompaña el desarrollo mismo de la noción moderna de Derecho y, por supuesto, la noción de Derecho discursivo, que es la que aquí se maneja. Sea que se considere la relación entre Derecho y moral como contingente o sea que se la considere necesaria, el hecho es que a lo largo de la historia moderna -sobre todo desde la época de la Ilustración y de modo paralelo a un proceso de creciente diferenciación entre moral y derecho- pueden hallarse huellas reveladoras de cómo la moral ha ido aportando rasgos y

nociones provenientes de su esfera, hacia el interior del mundo jurídico. Y dicho tráfico entre el mundo moral y el jurídico no ha sido en absoluto accidental ni transitorio, sino que afecta a la concepción moderna del Derecho que, inclusive desde el punto de vista del positivismo jurídico, no niega tal relacionamiento. En palabras del Profesor F. Laporta, este fenómeno se explica así como sigue:

“... se ha introducido en la textura de grandes sectores del sistema jurídico un enfoque ético que ha determinado una variación fundamental de su alcance. El caso más evidente de ello ha sido el derecho penal. En segundo lugar, la importación se ha producido también mediante apelaciones directas a normas o principios de ética social o personal que recibían así una inmediata vigencia en el territorio del derecho en virtud de la remisión que éste hacía a esas normas como aplicables en dicho contexto”.²⁹¹

Siguiendo a F. Laporta y otros teóricos se entiende que el Derecho, en su acepción de instrumento del ejercicio del poder político, no es moralmente neutral. “Si bien es posible concebir el mercado como un ámbito “libre de normas”, esto es, como si fuera un sistema de acción éticamente neutralizado (pues en la práctica no sólo no parece que se observe una moralidad de los negocios, sino que ni siquiera se llega a plantear), difícilmente pueden pensarse las relaciones políticas, al menos en una sociedad democrática, ajustadas a ese mismo modelo”.²⁹²

Pero también se sabe, por ejemplo, que el sistema político de los Estados Constitucionales de Derecho, está normativamente asentado en los derechos humanos y la idea/principio de la soberanía popular, o lo que es lo mismo, está justificado por fundamentos consensuales práctico-morales: “El poder político no es un medio sin propiedades; su uso y su organización tienen que quedar sujetos ellos mismos a restricciones morales. A ello responde a su vez la idea de Estado de Derecho”.²⁹³

Y Habermas continúa la idea de una determinada moral política inserta en el Derecho, afirmando: “La forma de Estado más representativa de la época moderna es, no cabe duda, el Estado de Derecho, que en tanto construcción de factura nítidamente liberal se conforma en clara

²⁹¹ F. Laporta. “Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo”. En V. Camps (Ed.). “Historia de la Ética”. Crítica. Barcelona. 1989. Vol. III. Pág. 269

²⁹² F. Laporta. Op. Cit. Pág. 270

²⁹³ J. Habermas. “La Necesidad de Revisión de la Izquierda”. Pág. 176

contraposición al Estado absoluto como un auténtico anti-Leviatán. Puede ser concebido, por tanto, como una concreción del ideal clásico, ya encomiado por Platón, de un *gobierno de las leyes* frente al arbitrario *gobierno de los hombres*. En cuanto tal se define doctrinalmente como “el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el *rule of law* o “imperio de la ley”.²⁹⁴

Del iusnaturalismo racionalista el derecho positivo contemporáneo heredó algunos elementos normativos sustantivos que difícilmente pueden interpretarse como elementos de naturaleza meramente formal. Así, R. Dreier²⁹⁵ ha apuntado la incorporación en el seno mismo del derecho positivo (concretamente, en los catálogos constitucionales de derechos fundamentales) de “principios de la moral y de la justicia, es decir, principios del derecho racional”, lo que le ha permitido sostener que “el concepto jurídico del Estado de derecho ha sido definido constitucionalmente a través de principios ético-jurídicos”.²⁹⁶

En la concepción moderna del Derecho ocupan un lugar central nociones tales como la *igualdad formal* de todos los sujetos jurídicos, la *generalidad* de la ley, la *prohibición* de decisiones legislativas sobre casos individuales (especialmente en materia de derechos fundamentales), la *interdicción* de legislación retroactiva (particularmente en el Derecho Penal y en el Derecho Laboral), la creación *independencia* del poder judicial, la *separación de poderes*, el *control de la administración*, etcétera. La presencia de estos principios en un ordenamiento jurídico permite determinar, a manera de parámetro de medición, la existencia de un “Derecho justo” o de un “Derecho injusto”.

Igualmente, tales principios podrían identificarse tanto con los elementos que para Herbert L. A. Hart²⁹⁷ constituyen *el contenido mínimo del derecho natural* o para Lon L. Fuller²⁹⁸ *la moral interna del Derecho*, como con aquello que en clave socialista F. Neumann²⁹⁹ denominó *la función ética del derecho*, a saber: proporcionar “libertad y seguridad personal, incluso para los más pobres”.

²⁹⁴ E. Díaz. “Estado de Derecho y Sociedad Democrática”. Taurus. Madrid. 1981. Pág. 17

²⁹⁵ R. Dreier. “Derecho y Moral”. En E. Garzón Valdez (Ed.). “Derecho y Filosofía”. Alfa. Barcelona. 1985. Pág. 37

²⁹⁶ R. Dreier. Op. Cit. Pág. 38

²⁹⁷ Cfr. H.L.A. Hart. “El Concepto del Derecho”. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1968

²⁹⁸ Cfr. L. Fuller. “La Moralidad del Derecho”. Yale U.P. Londres. 1969

²⁹⁹ Cfr. F. Neumann. “El imperio de la Ley”. Surkhamp. Francfort. 1980

El hecho evidente de que normas y disposiciones jurídicas con un nítido contenido moral estén incluidas en las diferentes partes de los ordenamientos y sistemas jurídicos, especialmente en los textos constitucionales (por ejemplo, el reconocimiento de que la dignidad humana es inviolable o de la idea de que todos los individuos son por igual sujetos de derechos), hace posible referirse a una *ética jurídica*, y no sólo en el sentido de un conjunto de principios acerca de cómo debería ser razonablemente el Derecho (la validez del Derecho), sino también en el de una moralidad legalizada o institucionalizada. Son principios jurídicos que desempeñan una función de puente entre el derecho positivo y los fundamentos de una ética post-tradicional, y cuya presencia, hace imposible negar la existencia de una cierta conexión categorial (aunque socio-históricamente condicionada y contextualizada) entre determinados sistemas jurídicos y las formas de racionalidad práctico-moral.³⁰⁰

La última referencia, acerca de los principios como componentes de todo sistema jurídico, una idea desarrollada minuciosamente por el filósofo norteamericano Ronald Dworkin³⁰¹ se desarrolla con la aseveración de que es en los principios, el lugar en el que más se refleja la relación de conexión entre el derecho y moral, pues R. Dworkin concibe los principios como cláusulas genéricas que enuncian *modos de ser del derecho* y reflejan la dimensión jurídica de la moralidad. Y tan así puede ser lo anterior que puede llegarse a sostener, como sostiene L. Prieto (se esté o no de acuerdo con él): “que si bien el recurso a los principios no cancela la postulada separación positivista entre el derecho y la moral, sí permite concebir el propio orden jurídico como un sistema normativo cuasi moral”.³⁰²

Son pues, estos contenidos éticos (llamados principios o valores), ahora convertidos en derecho positivo, los que configuran la cuestión de la constitucionalidad de las leyes, pues las disposiciones constitucionales no son meras declaraciones de principios, sino derecho positivo de aplicación inmediata, aunque luego en la práctica no siempre sea así. Con respecto a este punto, obviamente sin negar la conexión ahora referida, J. Habermas³⁰³ plantea la cuestión del carácter incompleto del reconocimiento e implantación de los contenidos universales de los principios legitimadores de la Constitución, esto es, los *valores superiores* reconocidos en el caso alemán (artículo 1.2 de la

³⁰⁰ J. C. Velasco. Op. Cit. Pág. 95

³⁰¹ Cfr. R. Dworkin. “Los Derechos en Serio”. Ariel. Barcelona. 1984

³⁰² L. Prieto Sanchis. “Sobre Principios y Normas”. C.E.C. Madrid, 1992, Pág. 23

³⁰³ J. Habermas. “Escritos Políticos”. Península. Barcelona. 1987. Pág. 85

Grundgesetz, cuyo correlato se encontraría en el artículo 1. 1 de la Constitución Española de 1978 y en el artículo 8 de la Constitución Política del Estado boliviano)³⁰⁴.

Esos valores (que dicho sea de paso, en la Constitución boliviana se denominan expresamente *valores y principios ético-morales*) según J. Habermas, van mucho más lejos en sus aspiraciones de lo que se plasma finalmente en la praxis social, dado que el resto de la propia Constitución y del ordenamiento jurídico, constituirían en realidad lo único alegable como derecho positivo ante los tribunales; esto, sin embargo, no impide la invocación de dichos valores en la praxis política, a no ser que se admita sin más que algunos artículos de la Constitución no son sino letra muerta. “De hecho, muchos mensajes de contenido normativo pueden circular a lo largo y ancho de la sociedad sólo gracias a su traducción en forma jurídica, pudiendo así llegar a algunos oídos sordos que de otra manera no se darían nunca por enterados”.³⁰⁵

Con lo precedentemente afirmado por J. Habermas, está claro cómo, para la teoría del discurso, el Derecho le da fuerza y efectividad a la moral, a través de su aparato coactivo, tal como se sostuvo cuando se trataba, páginas arriba, las ventajas del Derecho frente a la moral.

Con todo lo apuntado y a pesar del ello, igualmente es menester puntualizar que la penetración de la moral en el Derecho, a través del discurso, no es indiscriminada –o no debería serlo-, es decir, dicha penetración no ocurre indistintamente en cualquier faceta o parte del él, ni se da en la misma forma y magnitud en uno u otro ordenamiento o sistema jurídico. Veamos el porqué:

3.3.1. LA CONEXIÓN SE DA INVOLUCRANDO SOLO UNA FACETA DEL DERECHO

Se debe lo expresado precedentemente, a que se entiende aquí (a la luz de la teoría del discurso y sobre todo de la postura de J. Habermas acerca del Derecho) que la relación Derecho y moral está marcada –y limitada- a que tal relación acontezca única y exclusivamente entre la moral (una moral que sea post-convencional) con una parte o faceta del Derecho solamente. Es decir la conexión ha de ocurrir entre la moral y la versión “derecho como institución” del Derecho, que no es otra cosa que la faceta legítima/ legitimadora del Derecho; la que está imbuida de valores universales o al menos universalizables. Es la cara del Derecho en la que aparece el *discurso*

³⁰⁴ Las normas constitucionales contenidas en estos artículos, conforman la parte dogmática de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 (equivalente a la Constitución), de la Constitución Española de 1978 y de la Constitución Política del Estado boliviano de 2009.

³⁰⁵ J. Habermas. “Facticidad y Validez”. Pág. 120

propriadamente dicho. Tal carácter discursivo surge de la tensión de las dos presentaciones del Derecho que, a su vez, configuran sus dos facetas, a saber:

En efecto, el derecho alberga en su seno una tensión estructural interna ocasionada por el hecho de que simultáneamente sus normas deban *imponerse* de modo coercitivo, en tanto y cuanto normas jurídicas, y se *presenten como válidas*, en la medida en que se presupone la *legitimidad* de dicha juridicidad. Siendo ese el panorama interno del Derecho los sujetos destinatarios del mismo coordinan sus acciones por medio de normas jurídicas positivas y consideran aceptable su imposición por la fuerza.

La contraposición entre faceta “facticidad” del Derecho (el que existan o puedan existir ciertas normas con capacidad de imposición, con coercibilidad) y “validez” (el que resulten aceptables o no, legítimas o no), sin embargo no tendría sentido si no estuviera antecedida por una distinción elemental, también dual, entre dos niveles de operación del Derecho: por un lado, el ***nivel de la acción*** referido a las prácticas e instituciones concretas y materiales en donde se desarrolla la vida social; y, por el otro, el ***nivel del discurso*** o la articulación de un momento reflexivo y argumentativo que valora y contrasta esas prácticas e instituciones.³⁰⁶

Dicho lo cual, hay que incidir en que el *nivel discursivo* del Derecho es una suerte de distanciamiento de la acción (cotidiana de operación del Derecho) para hacer operable la crítica y la reflexión de donde surge la legitimidad o ilegitimidad de las normas jurídicas. Y tal ejercicio crítico y proviene, desde luego, de la penetración de la moral (discursiva).

En todo caso la relación (interna) entre las dos facetas del Derecho (su facticidad y su validez) no es pacífica ni armónica; por el contrario es una relación de tensión, de dialéctica, de la que se puede decir, sale como producto, el Derecho discursivo (o pasado por el discurso legitimador) del que se supone, ya con más seguridad, la legitimidad. Esa tensión (o la necesidad permanente de su estabilización) es por consiguiente y precisamente, el punto o momento justificador de la presencia del discurso que no es otra cosa, que la presencia de la moral penetrada en el Derecho para sostener el momento de validez (de legitimidad).

³⁰⁶ J. C. Velasco. Op Cit. Pág. 99. Afirma acerca de estos dos niveles que: “... esta distinción, es la que se encuentra en la base de la teoría de la acción comunicativa y del discurso práctico elaborada por J. Habermas (...). Sobre este distanciamiento crítico con respecto a la *acción* que expresa la idea de discurso, pivota precisamente toda su teoría jurídica que (...) se concibe como *teoría discursiva del derecho*”.

Con lo afirmado, queda claro que sería poco menos que una insensatez, pretender que el discurso penetre al Derecho en la faceta de la facticidad, es decir en su nivel *acción*. Ello no sería posible entre otras cosas, porque la teoría del discurso misma es una *idea regulativa* que se mueve en el orden de la meta-realidad y porque, sobre todo, las sociedades modernas viven -y se alimentan lamentablemente- en la lógica de la racionalidad instrumental, que no es moral, sino estratégica³⁰⁷, ya que apunta a la consecución de fines (no necesariamente generalizables ni universalizables) a costa de la utilización de las acciones de los miembros de la sociedad, como instrumentos de tales fines. El Derecho en su faceta “medio derecho” es uno de los mecanismos de esa utilización de acciones y el nivel de operación es el de la *acción*. Lo sensato es pretender que la moral actúe *en* el Derecho, en el nivel del *discurso*.

La moral se relaciona pues, no con la cara instrumental del Derecho (no con la de la facticidad) sino con la de la validez, porque, justamente, esa es la única parte del Derecho que podría y debería extenderse a un contenido moral.

3.3.2. LA PENETRACIÓN MORAL, AFECTA A LA PROPIA CONCEPCIÓN DE DERECHO

El Derecho así concebido, como el complejo bilátero en permanente tensión interna, que es *medio* y a la vez es *institución*, con su carácter instrumental y a la vez no instrumental; es uno estructuralmente formal y menos parecido a una figura geométrica regular y estática (como la clásica pirámide kelseniana); mas por el contrario, es muy dinámico, más cercano a una forma variable para cuya forma es imaginable él, la forma de cada uno de los elementos huecos componentes de red, de un entramado diverso y flexible.³⁰⁸

De ahí que el Derecho moderno (formal) y la Moral post-convencional (basada en principios universalizables) sean compatibles y de alguna forma conformen un “equipo” conjunto por el que, en base a los principios universalizables (como los que propugnan los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia), se manifiesta un Derecho formal que no se ocupa más que de las cuestiones de corrección y justicia, y deja de lado los asuntos referidos a la “buena vida” (que cada quién en libertad, elige), pero les da margen y contexto de acción. Se explica este carácter formal del Derecho moderno (y discursivo) con las siguientes apreciaciones del autor

³⁰⁷ Cfr. Nota N°23 de éste capítulo.

³⁰⁸ Cfr. F. Ost. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez.” en M. Atienza (Dir.) “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”. N°14. Alicante, 1993

alemán:

Conforme patrocinaba el iusnaturalismo clásico, portador de un fuerte sesgo metafísico, las normas de acción conforme a la moral y al Derecho estaban orientadas a la promoción de la *vida buena* del ciudadano, lo cual no significa otra cosa que vida virtuosa. Por su parte, el Derecho formal de la modernidad no incluye un listado de deberes, sino que exalta un catálogo de derechos (presididos por los derechos humanos). En efecto, se omiten así los requerimientos en favor de un obrar virtuoso y, sobre todo, se prescinde de cualquier análisis de los motivos interiores del agente. El derecho moderno se desembaraza así del orden vital en su dimensión material y privada y a la vez desestima todo modelo sustantivo de persona. Y ese giro formal resulta irreversible porque el Derecho formal, una vez aceptado y respaldado por una moral post-convencional, excluye la posibilidad de volver a situar el punto de partida en la moralidad de contenidos materialmente determinados. Este tipo de Derecho autoriza, más bien, el establecimiento de una esfera personal en la que cada individuo particular, en cuanto que hombre privado, puede, en el ejercicio del derecho a la libertad de desarrollo de la personalidad, seguir metas las propias que él mismo se fije.

El Derecho formal es, en consecuencia, un Derecho que hace posible la libertad de elección, pues permite todas las acciones que no estén explícitamente prohibidas según criterios de comportamiento externo. La otra cara de un derecho así concebido es su marcado carácter coactivo, sancionado por un poder físicamente eficaz, pues para lograr la armonización de los diferentes espacios de libertad individual se torna imprescindible la limitación de la arbitrariedad individual de cada uno en beneficio de todos.³⁰⁹

3.4. VINCULO DEL CONJUNTO MORAL-DERECHO DISCURSIVOS CON LA NOCIÓN DE PLURALISMO JURÍDICO

Si, la praxis social humana es variable, diversa (y comunicativamente válida en tanto respete las reglas del discurso y los presupuestos universalizables de la argumentación) entonces el “soporte” institucional jurídico -por llamarlo de alguna manera- también debería ser variable y diverso, manteniéndose a tono con el dinamismo del binomio moral-Derecho. Entonces ¿qué impide concebir un Derecho que sea plural?

³⁰⁹ J. Habermas. “Teoría y Praxis”. Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 89

Si, el desplazamiento permanente del discurso (componente de la praxis social humana) va de la moral al Derecho (a la faceta adecuada de este) y viceversa, entonces ¿cómo no asumir que ese Derecho, ya legitimado, pueda obedecer a una estructura plural? Puesto que la moral, una u otra moral que forme parte de la sociedad, sea dominante o subalterna, legitima al Derecho (al o a los ordenamientos dominantes o subalternos, a su vez), bien puede asentarse en formas o estructuras jurídicas distintas unas de otras, pero cumpliendo, eso sí, todas ellas, con los presupuestos de la argumentación y la tendencia (al menos) a la universalidad.

Realmente, el objeto que transita entre la moral y el Derecho: el discurso, al que nos hemos venido refiriendo como si se tratara de un verdadero ente, como si fuera una existencia real; no es más que la *racionalidad humana* misma, en una de sus formas concebibles. Racionalidad que, pese a su existencia ideal, es plenamente perceptible y notoria, justamente, en la praxis humana que denominamos: o bien Derecho o bien moral. La percepción es patente en la propia interacción argumentativa que conforma acciones y normas de acción (tanto jurídicas como morales).

Nada impide entonces, asumir que es posible que el tránsito del discurso acontezca involucrando la parte institucional de un sistema jurídico plural o bien, las partes institucionales de varios sistemas jurídicos que se encuentren vigentes simultáneamente en una sociedad dada. Estamos pues ante la posibilidad de conectar la relación Derecho-moral con la idea de pluralismo jurídico, bajo la siguiente hipótesis: Si la moral discursiva penetra al Derecho (a su vez discursivo) puede configurarse en formas distintas – es decir, en resultados discursivos distintos- pero válidas todas ellas en función a las exigencias de la Teoría del Discurso, entonces el Derecho compenetrado de esas formas, bien puede ser también variado (plural) y por consiguiente, obtener validez discursiva. Lo dicho, que puede dar cuenta de una conexión entre discurso (y Teoría del Discurso) y el pluralismo jurídico.

La vinculación de todo el aparato ético-discursivo, propio de la teoría del discurso, con el pluralismo jurídico, se da porque –en contextos sociales plurales- una moral pluralista, que penetra el Derecho de esa sociedad (como cualquier otra) tiene necesariamente que llevar consigo los valores propios del pluralismo y por lo tanto impregnar a su huésped (el Derecho) de tales valores. Por esa causa, el efecto es que el Derecho de que se trate, resulta siendo también pluralista –o mejor, plural él mismo-.

La base del pluralismo jurídico emergente de tal operación hipotética -que es coherente con la

ética del discurso- descansa en primer lugar en una concepción de la razón práctica³¹⁰ que aúna y a la vez coordina los ámbitos de la moral y del derecho (sin caer en un nuevo ius naturalismo, pues no sostiene que la moral se superpone al derecho) y en segundo lugar en que, en el orden ético, es formalista (no se ocupa de la vida buena, sino de la corrección o del justicia de acciones y normas de acción) sosteniendo un universalismo fuerte (por el que en el discurso, vía argumentación, todos los posibles involucrados o afectados por la norma de acción, pueden ponerse de acuerdo) en ética y simultáneamente, sosteniendo un amplio pluralismo en la moral (en la esfera individual o colectiva reducida).

Con todo, hay dos elementos que resultan ser una suerte de condiciones para la aparición del pluralismo jurídico en una determinada sociedad:

1. El principio democrático.
2. Los derechos humanos.

Ambos elementos, que componen la definición, entre otros, de Estado de Derecho³¹¹, merecen un análisis por separado, pero, sin extremar la profundidad del tal análisis desde el punto de vista conceptual, pero sí en función a su vinculación con el pluralismo jurídico, a saber:

3.4.1. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. PRIMERA CONDICIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico, como fenómeno integral y visto teóricamente y no desde ninguna experiencia fáctica concreta (como puede ser el Estado boliviano, que lo reconoce jurídicamente, en la Constitución Política del Estado de 2009), puede ser el resultado del ejercicio discursivo e institucionalizado de la libertad.

³¹⁰ La Razón en términos generales, es la facultad formuladora de principios, conceptos y juicios y suele dividirse en razón teórica y razón práctica. La formulación se le debe a I. Kant y no se trata rigurosamente de dos razones distintas sino de dos **usos** de la misma y única razón. Así, cuando los principios, conceptos y juicios se refieren a la realidad de las cosas, cuando utilizamos la razón para el conocimiento de la realidad, estamos ante el uso teórico de la razón (o *razón teórica*); en cambio, cuando dichos principios tienen como objeto la dirección de la conducta, la razón tiene un uso práctico (que Kant llama *razón práctica*). Cfr. Javier Echegoyen. *"Filosofía Medieval y Moderna. Historia de la Filosofía Vol. II"*. Edinumen. Madrid. 1996

³¹¹ La conceptualización de Estado de Derecho que más y mejor acogida a tenido (por lo menos en el mundo de habla hispana y a pesar del paso de los años) es la de Elías Díaz; para quien el Estado de Derecho es un tipo particular de Estado, caracterizado por 1) El imperio de ley (ley en el sentido de expresión de la voluntad general); 2) División de poderes y no escisión o confusión de ellos; 3) Fiscalización de la administración estatal; y 4) Protección y respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. Cfr. E. Díaz. *"Estado de derecho y sociedad democrática"*. Cuadernos para el diálogo. Madrid. 1966

Imaginar una sociedad en la que se ejerce la libertad jurídica/política/social³¹² de forma más o menos plena; en la que una de las posibles vías de ejercicio de tal libertad permita que la autonomía de la voluntad de determinados grupos componentes de esa sociedad –fruto de la interacción de los individuos miembros de esos colectivos dados- llegue al punto de poder establecer, mantener y perpetuar particulares modos de ver la vida (cosmovisión) o comunidades de sentido; de modo que esos grupos tengan y ejerzan algún grado de autodeterminación que, entre otras facultades, les dé la opción de configurar y aplicar sistemas jurídicos propios y particulares de manera tal que, en conjunto, compongan un escenario de pluralismo jurídico; es posible siempre y cuando rija, en esa sociedad dada, el *principio democrático*, como materialización (una de las posibles) del discurso. Dicho principio es pues crucial como condición de posibilidad del pluralismo jurídico.

Para el filósofo argentino E. Dussel que conceptualiza de forma muy completa el principio democrático, éste puede definirse en los términos siguientes:

“De una manera general, y sin agotar todas sus determinaciones, proponemos como descripción mínima del Principio democrático o formal político el siguiente enunciado, expresado a modo de un imperativo categórico: *Operemos siempre de tal manera que toda norma o máxima de toda acción, de toda organización o de las estructuras de una institución (micro o macro), en el nivel material o en del sistema formal del derecho (como el dictado de una ley) o en su aplicación judicial, es decir, del ejercicio del Poder comunicativo, sea fruto de un proceso de acuerdo por consenso en el que puedan de la manera más plena participar los afectados (de los que se tenga conciencia); dicho entendimiento debe llevarse a cabo a partir de razones (sin violencia) con el mayor grado de simetría posible, de manera pública y según la institucionalidad acordada de antemano. La decisión así acordada se impone como un deber político, que normativamente o con exigencia práctica (que subsume como político al principio moral formal) obliga legítimamente al ciudadano.*

Habiendo cumplido este imperativo, el ciudadano (sea representante o representado) puede tener honesta y seriamente pretensión política de legitimidad, de justicia formal, en su accionar político,

³¹² Asumiendo que la libertad, tiene dos diferentes esferas y tres conceptos distintos para cada una de ellas. Se tiene por un lado, la esfera de libertad como *valor*, como *principio* (que se identifica con el principio democrático) y como *derecho subjetivo* (no necesariamente jurídico); y por otro lado la esfera de la libertad subjetiva, que puede ser *libertad de elección*, la *libertad jurídica/política/social* (negativa y positiva) y la *libertad moral* (plan de vida individual y autonomía para determinarlo).

teniendo como horizonte de referencia desde su comunidad local hasta, atravesando los diversos niveles comunitarios y en último término, a la humanidad en cuanto tal.”³¹³

Como puede apreciarse, el *principio democrático* está íntimamente ligado a la relación moral/Derecho que se ha detallado en las páginas precedentes, puesto que, aunque se circunscribe primordialmente a la esfera política, implícitamente alude a la idea de legitimidad de los actos de decisión del poder que se adoptan a través del *medio Derecho* (Derecho como instrumento). Y la legitimidad de dichos actos (más allá de cumplir los requisitos formales jurídicamente determinados), es un llamado a satisfacer exigencias de orden moral, de una moral post-convencional concretamente. En efecto, la legitimidad del Derecho y de la política, cuando ésta instrumentaliza al Derecho (por todo lo que se ha desarrollado en éste capítulo) es, primariamente, la manifestación de la simbiosis de la moral post-convencional y el Derecho moderno.

3.4.2. TRES FUENTES DE LEGITIMIDAD

El tratamiento de la legitimidad puede provenir de una de las tres estrategias de aproximación teórica que coinciden con otras tantas fuentes de legitimidad. Ésta, puede comprender las siguientes fuentes, o algunas de ellas, o todas:

Siguiendo a F. Laporta³¹⁴ dar cuenta de la legitimidad del Derecho puede implicar una de tres estrategias: la primera consiste en recurrir a la capacidad organizadora o coordinadora del Derecho, es decir una invocación a la seguridad, paz y certeza en las relaciones interpersonales que el Derecho en mayor o menor grado, garantiza; la segunda, en la apelación a la democracia y, en especial, al principio de decisión por mayoría, que a su vez tiene que apoyarse para justificarse en principios éticos distintos a él, tales como la igualdad, la libertad o la autonomía individual; y, por último, la tercera estrategia consiste en la invocación de ciertos derechos básicos de los individuos, esto es, los derechos humanos. La segunda y tercera vías no son incompatibles entre sí, sino más bien complementarias.

³¹³ E. Dussel. “*El principio democrático. Igualdad*”. Artículo publicado por la “Asociación de Filosofía y Liberación”. Disponible en www.afyl.org/fp21.pdf, Pág. 10 (consultado en fecha 05/05/2015).

³¹⁴ F. Laporta: “*Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo*”. En V. Camps (Ed.) “*Historia de la Ética*”. Tres Volúmenes. Crítica. Barcelona. 1989. Págs. 284 y ss.

La primera de las vías, apunta a que la legitimidad proviene del orden estructural del Derecho que, por la naturaleza de sus objetivos, tiende a dar seguridad, paz y certeza. Es considerado más o menos legítimo, aquí, el Derecho que logre acercarse, más o menos a tales conceptos.

La segunda, la que alude al *principio democrático*, implica que es legítimo el Derecho que sea producto de una construcción en la que participan todos los involucrados (o la mayoría de ellos, asegurando los derechos de las minorías al disenso), lo que implica a su vez, que se está apoyando la legitimidad en conceptos de orden moral, como los mencionados (la igualdad, la libertad o la autonomía individual), que en última instancia, concretan la conjunción entre universalidad y autonomía de la voluntad.

Con la tercera vía, de la que se ocupa éste trabajo más adelante, se entiende que Derecho legítimo es aquel que garantice esas manifestaciones jurídicas de origen morales, conocidos como los derechos humanos y que en el entendimiento contemporáneo, son el núcleo de cualquier Derecho.

3.4.3. LA LEGITIMIDAD Y LA MORAL

En efecto, si nos concentramos en la segunda vía, la de la legitimidad como resultado o manifestación del principio democrático, los dicho precedentemente con otros términos, como lo hace C. Nino, se trata de la cuestión de "... cómo construir un grado de consenso tan mayoritario que asegure la obediencia al derecho sin que sea preciso, salvo en casos o situaciones marginales, recurrir a la fuerza".³¹⁵ Puesto que "...es un hecho social aparentemente establecido que ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema".³¹⁶

Por lo dicho, el concepto de legitimidad constituye, en cualquier caso, una noción política, pero provista de connotaciones morales. Y ello es importante de resaltar, si la concepción que se tenga de la moral post-convencional y de su relación compenetrada con el Derecho, da pie a asumir que en tal relación ha de gestarse necesaria y lógicamente, una legitimidad basada en el máximo consenso posible, que, en sociedades plurales como las contemporáneas, bien puede ocurrir en un marco de plena libertad de argumentación y contra-argumentación, es decir en un marco

³¹⁵ C.S. Nino *"Ética y Derechos Humanos"*. Ariel. Barcelona. 1989. Pág. 100

³¹⁶ *ibidem*

discursivo. La legitimidad así lograda, es pues consubstancial al *principio democrático*, que como se ha visto, predica y se define incluso, por el máximo grado de consenso posible.

En el vocabulario moral y político contemporáneo, se predica el término legitimidad de los gobiernos, de los sistemas políticos y, en general, de cualquier modo de dominación. Legítimas -o carentes de legitimidad- son por antonomasia las leyes como expresión del poder. Y, en este sentido, el debate de la legitimidad es una parte del problema de la justificación racional de los enunciados normativos. Resolver esta cuestión resulta perentorio, sobre todo en aquellos sistemas sociales que se basan en una coordinación de las acciones mediante el reconocimiento de normas comunes. En ese contexto se plantea el problema de saber en qué se asientan esas normas básicas de convivencia y con qué criterio podemos juzgarlas.

Por eso, preguntar por la legitimidad de un orden político es examinar las condiciones que permiten considerar aceptable su marco institucional y normativo, de tal modo que dicha consideración sirva para fundamentar la obligación de respetarlo. Contrariamente, cuando de una acción o de un programa político se predica con cierto acuerdo su condición ilegítima, se están dando argumentos para que los sujetos se consideren libres de cualquier obligación política y no se sientan vinculados a quien o quienes detentan un poder injusto.

3.5. LA SIMBIOSIS ENTRE DERECHO MODERNO Y MORAL POST-CONVENCIONAL RELACIONADA CON EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Es indiscutible que la simbiosis entre Derecho moderno y moral post-convencional constituye un rasgo distintivo del Estado Democrático de Derecho. El sistema jurídico (o los sistemas jurídicos componentes de un escenario de pluralismo jurídico) de esta forma de organización política podría presentarse como la institucionalización de una moral pública de matriz universalista, desde una óptica general.

Es igualmente cierto, aunque no se haya dicho en este trabajo explícitamente (hasta ahora), que la relación entre Derecho y moral también responde a razones pragmáticas, en la medida en que la implementación de cualquier concepción ética en una sociedad dada, requiere de un marco institucional sólido, que es proporcionado por el Derecho Moderno. Entre otros motivos para ello, porque para que los sujetos puedan desarrollar plenamente su capacidad moral se precisa un entorno socializador adecuado que facilite el aprendizaje e interiorización de los principios

normativos generales. Pero, por otra parte, no es fácil imaginar cómo justificar instituciones públicas de carácter coactivo, como las del Derecho moderno (o el Derecho moderno mismo), sin contar con unos presupuestos éticos compartidos.

No se trata ya, en esta parte, sólo de un problema de eficacia -o de racionalidad instrumental-, sino de un problema relativo a razones de naturaleza política, que en palabras de Habermas, significa que:

“El sistema jurídico precisa en conjunto de un anclaje en instituciones básicas capaces de legitimarlo (...) éstas son, principalmente, los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular; en ellas se encarnan estructuras post-convencionales de la conciencia moral. Son ellas las que (...) constituyen los puentes entre una esfera jurídica amoralizada y reducida a exterioridad, por un lado, y una moral desinstitucionalizada y reducida a interioridad, por el otro”³¹⁷

La racionalidad de entonces de las normas de acción que el Derecho configura y las acciones (políticas) mismas que se ejercen en función a aquellas; depende el *principio democrático* del que hemos venido tratando.

Luego, si dicho principio es en esencia pluralista, como expresión de una diversidad de manifestaciones (individuales y colectivas) de la autonomía de la voluntad, de la igualdad y de la libertad; se nos otorga la opción de sostener que el Derecho plural y diverso que surge del principio democrático, se legitima en dicho principio; constituyéndose pues tal principio, en una de las fundamentaciones válidas del pluralismo jurídico. Por ello, es posible afirmar que sin principio democrático no es posible un pluralismo jurídico que sea racional o al menos, compatible con la racionalidad como se la entiende desde la perspectiva de la Teoría del Discurso. Así y como efecto de esa afirmación, el pluralismo jurídico resulta siendo, desde el punto de vista de la teoría del discurso, una profundización de la democracia, válida y deseable.

3.6. LOS DERECHOS HUMANOS. SEGUNDA CONDICIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO

Así como el *principio democrático*, los derechos humanos (vistos en conjunto, como una construcción teórica con entidad y como un subsistema componente de todo sistema jurídico,

³¹⁷ J. Habermas. “La Teoría de la Acción Comunicativa”. Taurus. Madrid. 1987. Tomo II. Pág. 252

plural o no) se pueden considerar, desde una perspectiva concreta, como una condición sin la que el pluralismo jurídico, no sería racional. Tal perspectiva concreta (dentro de las muchas concepciones que componen la filosofía moral y la filosofía jurídica de los derechos humanos) ha de coincidir con la que la Teoría del Discurso (y su gestor, J. Habermas) tienen acerca de los derechos humanos. Veamos:

3.6.1. SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA DEL DISCURSO

J. Habermas plantea una insoluble relación entre derechos humanos y práctica democrática (o ejercicio del principio democrático); es decir: sin democracia no hay derechos humanos, de modo tajante.

Sin analizar detalladamente ni por separado el concepto y el fundamento, J. Habermas hace una relación de la historia de los derechos humanos a partir de algunos materiales básicos de la arquitectura de tales derechos: uno de ellos es el *carácter post-metafísico del Derecho y de la cultura moderna*, que es propio de la misma. Dada la ausencia de fundamentos absolutos a los que recurrir (los que configuran las concepciones del Derecho fundado en conceptos de orden religioso, por ejemplo), la problematización de las convicciones compartidas socialmente se hace constante, así como el pluralismo de formas de vida concurrentes en ese contexto y frecuentemente inconmensurables; dan lugar a una situación social que hace necesario algún tipo de regulación normativa integradora cuya validez sea defendible de manera argumentativa y pública, es decir, desde alguna forma de discurso.

Es ahí, en ese contexto, donde entran en juego otros dos ingredientes que son claves: en cuanto medio de integración social comprobado en la práctica histórica como imprescindible funcionalmente, la *forma jurídica de las normas*, y como criterio de justificación y fuente de legitimación social, el *principio discursivo*³¹⁸. Estos dos elementos aportan al sistema jurídico, respectivamente, facticidad o potencial de fuerza coercitiva que respalda a las normas jurídicas, así como la pretensión de validez intersubjetiva, inherente a las normas jurídicas, en cuanto sean *instrumentos regulativos* de una interacción remitida en última instancia al lenguaje y a la argumentación.

³¹⁸ Conforme a su última versión en Facticidad y validez, dicho principio reza así: "Sólo son válidas aquellas normas de acción que podrían ser aceptadas por todos los posibles afectados en cuanto participantes en discursos racionales". J. Habermas. *"Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso"*. Trotta. Madrid. 1998. Pág. 172

Entonces, estos tres elementos, el *carácter post-metafísico del Derecho*, *forma jurídica de las normas* y el *principio discursivo* en peculiar articulación, mediante los cuales opera el Derecho positivo en las sociedades modernas se traduce en una situación de constante tensión, pero con la posibilidad de dar lugar a que el Derecho se sustente en unos derechos de orden subjetivo que sean el resultado de la amalgama de los tres elementos citados. La apoyatura (post-metafísica) consiste en ideas como las de la libertad, la autonomía de la voluntad de los individuos y de los colectivos componentes de la sociedad y en la igualdad entre tales. La legitimidad que los derechos humanos aportan al Derecho, una vez más, descansa en principios de la moral post-convencional llevados al Derecho.

“Los derechos fundamentales encarnan, como es evidente, intereses generalizables y pueden justificarse moralmente desde el punto de vista de lo que todos podrían querer y, por cierto, nadie afirmaría que estos derechos que constituyen la sustancia moral de nuestro ordenamiento jurídico no son relevantes para la eticidad de las formas de vida moderna”³¹⁹

Para Habermas, los derechos humanos tienen un origen lógico que se explicita a partir de los tres elementos antes desarrollados. De entre ellos, el tercero, el principio discursivo, como criterio de aceptabilidad de las normas de acción (sean jurídicas o sean morales), es el que merece mayor atención, en vista de la presentación de los derechos humanos desde la Teoría del Discurso. Así, insiste Habermas en que la fundamentación discursiva de las normas sociales -como son los derechos fundamentales- se ha de separar de cualquier forma de filosofía de la conciencia y debe desarrollarse más allá del monólogo del yo consigo mismo o de los falsos diálogos monologizados. Sólo tras debatir y deliberar en condiciones de simetría, los concernidos por una determinada norma están en condiciones de poder quererla o, al menos, consentirla. La fundamentación debe someterse a aquellas intuiciones normativas que hacen del diálogo intersubjetivo un diálogo honrado (el que cumple con las condiciones y presupuestos de la argumentación). Esas intuiciones se recogen, de manera procedimental, en el principio discursivo concebido como principio regulativo: “Al tener que garantizar un consenso sin coacciones, el principio discursivo sólo se puede hacer valer de una manera indirecta, o sea, por medio de procedimientos que regulan las negociaciones desde el punto de vista de la equidad”³²⁰. Aunque el *principio discursivo* cumple las

³¹⁹ J. Habermas. “Aclaraciones a la *Ética del Discurso*”. Trotta. Madrid. 2000, Pág. 22

³²⁰ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 234

funciones propias de un criterio de aceptabilidad de las normas de acción, los productos normativos resultantes no adquieren, tras superar este test, otro carácter que el de normas morales.

Pero si luego, una vez superado el test indicado, se vincula y complementa el análisis de tal principio (y sus efectos) con su trasladado al Derecho (como se lo ha desarrollado a lo largo de éste capítulo), entonces es posible formularlo ya desde la perspectiva del Derecho y conectarlo con la noción general de derechos humanos, por ende.

En esa línea entonces, en su encarnación institucional en el Derecho, el *principio discursivo* se concretaría en una fórmula como la que sigue: *“Sólo pueden reclamar legítima validez aquellas leyes jurídicas que pueden encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica en un proceso discursivo de creación del derecho que a su vez haya sido instituido legalmente”*.³²¹ Cuando el principio discursivo toma forma jurídica se aproxima muchísimo el *principio democrático* que hemos visto anteriormente. Y, atención, cuando la fórmula aluda a “leyes jurídicas”, lo hace en sentido general, por lo que también incluyen (dichas leyes) a las normas que configuran los derechos fundamentales.

En este marco, ya asumiendo que también tratamos de derechos subjetivos fundamentales y de las normas que los establecen, la justificación del sistema de los derechos no descansa, tal como cabía pensar desde los presupuestos de la filosofía de la conciencia, en las cualidades lógico-semánticas de la ley general (su gramática formal, abstracta y descontextualizada), sino que procede de las condiciones pragmáticas de los discursos “en los que, en base a la información disponible se hace valer la coacción del mejor argumento”³²², esto es, del modo de ejercitar la autonomía política de los ciudadanos.

Aplicando ahora el principio discursivo, del que Habermas ya se había servido en su propuesta de fundamentación de la ética³²³, precisamente a ese medio institucional denominado “Derecho” es posible obtener, more deductivo, el sistema de los derechos:

³²¹ J. Habermas. *“Facticidad y Validez”*. Op. Cit. Pág. 175

³²² J. Habermas. *“Facticidad y Validez”*. Op. Cit. Pág. 168

³²³ J. Habermas. *“Conciencia Moral y Acción Comunicativa”*. Península. Barcelona. 1985. Págs. 57-134

“Con el concepto de forma jurídica, que estabiliza las expectativas sociales de conducta en la forma dada, y con el principio discursivo, a cuya sola luz la legitimidad de las normas de acción pueden ser examinadas, disponemos de los medios suficientes para introducir in abstracto todas las categorías de derechos, que dan lugar al código de derecho en sí, fijando el estatuto de las personas jurídicas”.³²⁴

El uso que Habermas hace de esta estrategia de derivación de los derechos humanos, como señala J. C. Velasco³²⁵, evocará a algunos ciertamente, las maneras propias de la justificación teórica del proceso histórico de positivación del derecho natural de cuño racionalista; pero el mismo Habermas apunta que a diferencia de los derechos fundamentales, que son históricamente contingentes y en todo momento revisables por el legislador constitucional, el sistema de los derechos no es ni arbitrario, ni convencional, sino que es susceptible de “deducción lógica” y, por tanto, de ser configurado de modo abstracto con anterioridad a su proceso de positivación. Y ello queda tan claro que no es posible acusar a Habermas de sostener una postura anti-iuspositivista.

“Pues bien, la mencionada *génesis lógica de los derechos humanos*, que no debe confundirse con una reconstrucción de su “génesis histórica”, se concibe como un proceso circular, en el que los derechos de autonomía privada del sujeto y los derechos de participación política del ciudadano se constituyen mutuamente en un proceso legislativo democrático sin que se pueda señalar prelación alguna entre ambas clases de derechos, pues tanto la autonomía privada como la pública son igualmente originarias. Todos los derechos resultan de una idea común, del concepto de libertad en el sentido de autonomía, y tienen, por tanto, un fundamento unitario. Las dos dimensiones de la autonomía, privada y pública, son mutuamente complementarias, pues precisan una de otra para su realización. La co-implicación lógica, en la que tanto insiste Habermas, de esos dos polos normativos en que se traduce la noción de autonomía es criticable en la medida en que pueda caer en el vicio de la circularidad de la deducción (...) cabría entender ese círculo como hermenéutico o también como una relación dialéctica”.³²⁶

³²⁴ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 188

³²⁵ J. C. Velasco. “*Teoría Discursiva del Derecho. Sistema Jurídico y Democracia en Habermas*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2000. Pág. 160

³²⁶ J. C. Velasco. Op. Cit. Pág. 161

Hechas las consideraciones anteriores se ve que Habermas se distancia tanto de la postura clásica liberal, como de la típica republicana (como veremos más adelante con mayor detalle). En efecto, el gestor de la Teoría del Discurso, no hace suya la concepción pre-política de la naturaleza humana y de los derechos inherentes a la misma. Por lo cual la fundamentación habermasiana de los derechos humanos no radica, por tanto, en el reconocimiento de unos derechos naturales previamente existentes al hipotético contrato social, ni propiamente en el trasfondo cultural de una determinada época. Los derechos humanos han de entenderse, según él, sólo como parte integrante del derecho establecido, es decir, del ordenamiento jurídico positivo; eso sí, no de cualquier sistema legal, sino sólo del derecho instituido democráticamente. El proceso de fundamentación de los derechos acontece lugar en el seno de una relación comunicativa entre sujetos reales y no cabe hablar, por tanto, de una fundamentación objetivista y monológica de los derechos como, en definitiva, subyace en el modo de proceder iusnaturalista racionalista, inscrito aún en el paradigma de la conciencia.

Dicho lo cual, es posible reproducir la clasificación de derechos que Habermas plantea en base a la triada articulada entre 1) *El carácter post-metafísico del Derecho*, 2) *La forma jurídica de las normas* y 3) *El principio discursivo*, cuyo resultado es un listado de derechos mínimos en el sentido de básicos e imprescindibles para la vida en común entre los hombres: “Este sistema ha de comprender exactamente los derechos que los ciudadanos deben concederse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con medios del derecho positivo”.³²⁷

Se efectúa a continuación una síntesis, de la mano de J. C. Velasco³²⁸, de dicho sistema de derechos habermasiano, a saber:

Los derechos que la Teoría de los Derechos Humanos nomina y clasifica convencionalmente en tres tipos de derechos: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales; en el sistema de derechos concebido por Habermas, se despliegan en cinco categorías, de las cuales sólo las tres primeras -las que corresponden a los denominados derechos civiles- se deducen

³²⁷ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 184

³²⁸ J. C. Velasco. Op Cit. Págs. 164 y ss.

directamente de la aplicación del principio discursivo al medio jurídico.³²⁹ La primera categoría de derechos se describe así:

- 1) Derechos fundamentales derivados de la configuración políticamente autónoma del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.

Este derecho general a iguales libertades tiene la evidente impronta de la formulación kantiana del principio general del Derecho, que (...) establece que una acción (o la máxima que le incumbe) es *conforme a Derecho* cuando permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal.³³⁰ De lo que se colige que sólo son legítimas aquellas regulaciones que satisfacen estas condiciones de compatibilidad de los derechos de uno con los iguales derechos de todos. El concepto de ley demuestra la exigencia (que de hecho está ya comprendida en el concepto de Derecho de Kant), de un trato igual, en la forma de una ley general y abstracta: a todos los sujetos les corresponden derechos iguales.

Luego y a su vez, los derechos de la primera categoría exigen como correlatos necesarios las siguientes categorías jurídicas:

- 2) Derechos fundamentales derivados de la configuración políticamente autónoma del *estatuto* de miembro de una asociación voluntaria de sujetos jurídicos.
- 3) Derechos fundamentales derivados directamente de la reivindicabilidad de los derechos y de la configuración políticamente autónoma de la protección jurídica individual.

La segunda categoría de derechos (el “derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada”) asegura al individuo el reconocimiento efectivo de cualquier otro derecho. Este derecho general de toda persona a ser considerada como sujeto de derechos ocupa un lugar central en el sistema de derechos propuesto por Habermas: “El *medio derecho* como tal, presupone derechos que definan el status de las personas jurídicas como portadoras de derechos en general”.³³¹ El “derecho a tener derechos” sería el proto-derecho en sentido lógico, la condición de posibilidad de los derechos humanos: en virtud de este estatuto básico el individuo es objeto

³²⁹ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 188

³³⁰ Cfr. I. Kant. “*La Metafísica de las Constumbres*”. Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 3

³³¹ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 184

de la protección del ordenamiento jurídico y se erige en titular del resto de los derechos. Se define comúnmente el estatuto de miembro pleno de una comunidad política -al que se refiere el segundo grupo de derechos- mediante el término ciudadanía, noción que en el actual vocabulario político se encuentra íntimamente asociada al término jurídico de nacionalidad y con frecuencia sólo denota la condición de miembro de un Estado soberano reconocido por el derecho internacional. En un Estado democrático, auto-concebido como asociación de ciudadanos libres e iguales, esa comprensión formal del término resulta, sin embargo, insuficiente. La noción democrática de ciudadanía ha de configurarse, más bien, como principio igualitario de pertenencia a una comunidad política, con la consiguiente asunción de responsabilidades y prerrogativas imputables a todos sus miembros. Es inherente a esa noción democrática que la integración de los individuos en la *polis* descansa en un consentimiento otorgado, al menos, implícitamente; y sólo cabe calificar la aceptación del vínculo social como voluntaria si puede ser renovada, suspendida o reanudada libremente. De la aceptación voluntaria del vínculo social como supuesto normativo se deriva, entre otros, el siguiente derecho: "Cualquier persona ha de ser protegida del desposeimiento unilateral de los derechos de nacionalidad, pero ha de conservar el derecho a renunciar al estatuto de nacional".³³²

Al subrayar la voluntad de participación en las instituciones políticas de una sociedad como elemento definitorio de la ciudadanía, Habermas imprime a esa noción un marcado sesgo democrático, haciendo hincapié en la idea de una sociedad democrática pluralista.

El tercer grupo, por su parte, atribuye a los sujetos garantías de defensa y de protección jurisdiccional ante posibles vulneraciones de los derechos: "A la luz del principio del discurso se pueden fundamentar los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, que aseguran a todas las personas idéntica protección jurídica, igual derecho a ser oído, igualdad en la aplicación del derecho, igual trato ante la ley, etc."³³³

Estas garantías procesales tienen, no obstante, el riesgo de resultar insuficientes o hasta inoperantes allí donde los individuos no pueden ejercer activamente los denominados derechos políticos. Una cuarta categoría jurídica se refiere a esos derechos:

³³² J. Habermas. "*Facticidad y Validez*". Op. Cit. Pág. 190

³³³ J. Habermas. "*Facticidad y Validez*". Op. Cit. Pág. 191

- 4) Derechos fundamentales a la participación, en igualdad de oportunidades, en aquellos procesos de formación de la voluntad y de la opinión a través de los cuáles los ciudadanos ejercen su autonomía política y establecen derecho legítimo.

Los miembros de una sociedad que proclama y hace suyos estos derechos ya no son considerados como meros sujetos de derecho, es decir, como destinatarios de una ley a la que están obligados a obedecer en cuanto súbditos. Los individuos adquieren la condición de colegisladores, esto es, de coautores del ordenamiento jurídico. Ser un ciudadano, en sentido estricto, se reconoce en el hecho de participar simultáneamente en el papel de autor y destinatario del Derecho. Como efecto de estar sometido al deber general de obediencia, el ciudadano goza de un estatuto merced al cual puede tomar parte, de modo más o menos directo, en el proceso de elaboración de las normas jurídicas, así como reclamar sus derechos a la administración pública y hacerlos valer ante otros ciudadanos.

Un ejercicio completo de las cuatro categorías de derechos requiere asimismo, de condiciones de relativa simetría entre las posiciones sociales de todos los ciudadanos. Nadie puede actuar de forma autónoma en el ámbito político si no tiene garantizadas las condiciones materiales para desarrollar su autonomía privada. El esquema queda completo con la articulación de una nueva categoría de derechos que asegure las condiciones fácticas de utilización de los derechos fundamentales iguales:

- 5) Derechos fundamentales a la concesión de condiciones de vida que estén aseguradas social, técnica y ecológicamente en la medida en que sea necesario para disfrutar, en igualdad de oportunidades, de los derechos civiles anteriormente mencionados, del 1) al 4), en las diferentes circunstancias dadas.

3.7. SÍNTESIS DE LA CONEXIÓN PLURALISMO JURÍDICO/TEORÍA DISCURSIVA

Si la teoría del discurso apuesta (como lo hace, sin duda) por que los procedimientos que promueve para alcanzar el acuerdo (y hasta el consenso) entre los involucrados, se basen en un alto fomento del ejercicio de la libertad y de la igualdad; entonces debe asumir que los resultados (en el ámbito del Derecho particularmente) también demuestren muy intensamente una apuesta por la libertad y la igualdad. Luego, la apuesta mencionada,

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, que se justifica como una manifestación clara de un

impulso fuerte de la libertad y de la igualdad, entonces queda contundentemente claro que el pluralismo jurídico encuentra un fértil terreno de desarrollo fáctico y de fundamentación teórica en sociedades en las que sean exacerbadas la libertad y la igualdad, y allí, en ese concreto punto es que, se entiende a partir de ésta investigación, radica la posible conexión entre la Teoría del Discurso y el pluralismo jurídico. Por eso es que se afirmaba al iniciar el análisis del principio democrático y de los derechos humanos (vistos desde la peculiar lente de la teoría discursiva) que la democracia y los derechos humanos, resultan ser **condiciones** de posibilidad de fundamentación del pluralismo jurídico. Evidentemente el pluralismo jurídico visto como un hecho, existe, ha existido en el pasado y puede seguir existiendo en el futuro, sin necesidad de conectarlo a la teoría del discurso (o las nociones filosófico-morales de la libertad e igualdad, inclusive), pero el pluralismo jurídico, visto ya desde la perspectiva de su fundamentación teórica, puede recibir una importante contribución de parte de la teoría del discurso, si se lo conecta a ella. Así y en mérito a tal conexión, el pluralismo jurídico (como hecho de la vida de las sociedades) no es únicamente posible, sino deseable y mejorable.

La teoría del discurso, que en principio es una construcción acerca de una forma de ejercicio de la razón práctica, dado que principalmente se ocupa de estructurar, desde su particular punto de vista, la fundamentación de normas de acción que, los hombres de sociedad, utilizarían como las más justificadas para desenvolver una convivencia pacífica, útil pero sobre todo emancipada. Tal teoría tiene como su ámbito inicial y natural, el de la filosofía de la moral. A pesar de ser raíz kantiana, innova en relación a Kant, puesto que introduce una visión de la moral que ya no es introspectiva sino por el contrario, intersubjetiva. En la intersubjetividad, que es el campo propicio para la aparición exterior de diversidad de pareceres, posturas y manifestaciones, se puede decir que el pluralismo aparece. Por su parte, en función a la presencia, estructural, del principio democrático y de los derechos humanos, tal pluralismo puede convertirse en un principio del Derecho en tanto sea el efecto del traslado desde la moral al Derecho y a la política. Luego, da lugar, por las mismas razones a la aparición, casi inevitablemente, del pluralismo jurídico.

PARTE II

LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO VÍA DEL PLURALISMO JURÍDICO

A día de hoy, el desarrollo de la teoría de los derechos humanos es muy vasto y diverso; existen tantas posturas, construcciones, perspectivas y debates que no sería posible abordar en este trabajo, siquiera resumidamente, todas ellas. No obstante y puesto que al finalizar la parte anterior de éste capítulo se ha concluido que los derechos humanos (en general, como entidad reconocida jurídicamente con la calidad de subsistema dentro de los sistemas jurídicos) constituyen un componente esencial de la Teoría del Discurso llevada a la esfera del Derecho y a la vez, pueden considerarse una suerte de condición de posibilidad del pluralismo jurídico concebido desde la óptica de la mentada teoría discursiva. Por esas dos razones, con el objetivo (como parte del análisis del presente trabajo de investigación) de señalar un par de dificultades prácticas del pluralismo jurídico, entendido como vía de ejercicio de los derechos humanos (concretamente de los derechos colectivos o de grupos específicos de las sociedades). La indicación y descripción de esas dificultades, sirve (por defecto) a la finalidad general de ésta tesis, de establecer algunas bases teórica del pluralismo jurídico, en clave de fundamentación y desde el concreto punto de vista de la Teoría del Discurso habermasiana.

1. LAS PERSONAS COLECTIVAS COMO ARTIFICIOS RESULTANTES DE LOS DERECHOS

La existencia de las personas colectivas en el mundo jurídico es indudable. No es posible concebir al Derecho sin aquellas ficciones, denominadas de esa manera. Las personas colectivas abundan en todos los ámbitos del Derecho, tanto reconocidas por las normas del Derecho Positivo, como en las construcciones teóricas que las distintas dogmáticas jurídicas han desarrollado en función a la necesidad de darle respaldo científico a la concepción y aplicación de tales normas.

El propio Estado, como institución matriz del Derecho Positivo, es una persona colectiva sin cuya existencia (así sea ficta), no es posible concebir algo así como el Derecho –y esto sin entrar en el debate acerca del Estado como fuente exclusiva o no, de producción normativa jurídica; pues, aunque no se adoptara una postura monista al respecto, el Estado sería cuando menos, una de las sedes de producción normativa, entre otras-.

Ocurre una situación similar respecto a otras instituciones jurídicas, tanto en el ámbito supra-

estatal como en el infra-estatal. En el primero de tales ámbitos, está el caso de las organizaciones internacionales, de los mecanismos institucionalizados de integración interestatal de índole económica, comercial y política o el caso de las corporaciones multinacionales privadas que actúan libremente en el espectro supraestatal.

Acontece otro tanto, en el segundo de los ámbitos citados, pues el Derecho Estatal está cargado de instituciones, públicas y privadas, que se manifiestan exclusivamente a través de la idea de persona colectiva; como ser, las universidades o las administraciones territoriales por una parte, o las sociedades civiles y comerciales por otra parte; a más de esas otras personas colectivas de estatuto mixto, como las familias, los sindicatos, las asociaciones sin fines de lucro que prestan servicios públicos, los gremios profesionales, los partidos políticos, las asociaciones culturales y las comunidades indígenas; en este último caso, en los Estados (como Bolivia) en los que existe una fuerte presencia indígena.

Otra cuestión de innegable, es que esas personas colectivas detentan derechos y deberes, acordados en el ámbito en el que operan o provistos por el orden normativo positivo en cuyo ámbito funcionan. Así, las sociedades comerciales por ejemplo, celebran contratos por un lado y pagan tributos por otro.

Desde una determinada perspectiva, se podría afirmar que la existencia misma de las personas colectivas, es el efecto del ejercicio de otros derechos, más abstractos y fundamentales (como la libertad de pensamiento, de comercio; como la igualdad, formal o de género, etc.), entonces, las personas colectivas existen, no por causa del azar o por acción de la naturaleza, sino por acción derivada de otros entes denominados de distintas maneras por la Teoría de los Derechos Humanos, como derechos humanos, derechos naturales, libertades individuales básicas, derechos morales, derechos fundamentales, etcétera; dependiendo de la corriente de pensamiento que al respeto sea adoptada.

Puede decirse, por ejemplo, que las personas colectivas denominadas partidos políticos nacen de la combinación de la titularidad y del ejercicio del derecho individual de libertad de pensamiento y de la titularidad del derecho individual de asociación; esta simplificada combinación de derechos fundamentales, es el germen de la configuración de una clase específica de personas colectivas, denominadas partidos políticos. Si se deseara ir aún más lejos con la ejemplificación, el origen del propio Estado, es el fruto de la combinación de titularidades y ejercicios de derechos naturales; de

ello dan buena cuenta las clásicas teorías contractualistas del periodo de tránsito a la modernidad³³⁴.

En consecuencia, se puede afirmar que la existencia innegable e indudable de personas colectivas, está íntimamente vinculada a los derechos humanos, cuando no, que tal existencia se debe siempre y necesariamente a derechos de orden más abstracto que los que las susodichas personas detentan y ejercen en su vida operativa.

Ahora bien, no resulta ya tan sencillo afirmar que esas personas –que aquí asumimos como “productos” de los derechos humanos-, tengan ellas de suyo, la titularidad y el ejercicio de derechos humanos (de todos ellos, quiero decir). Lo que es decir, que no es ya tan indudable e innegable que las personas colectivas tengan derechos humanos independientes de los derechos humanos que –evidente e indudablemente tienen- las personas naturales o individuales que forman parte, asociadas o reunidas, de las personas colectivas. Por esa línea, como se verá más adelante, corre el pensamiento de J. Habermas.

Surge aquí pues el planteamiento del problema nuclear acerca de los derechos colectivos: habiendo personas colectivas y siendo ellas el producto de un artificio o de una combinación de artificios ¿puede afirmarse que son titulares de derechos naturales? Entonces ¿existen o no los denominados derechos humanos colectivos?

Así pues, una cosa es afirmar que haya personas colectivas y otra muy distinta es que de tal existencia, siempre ideal, se derive otra afirmación consistente en que tales personas tienen derechos humanos, del mismo “peso” o “calibre” que los de las personas individuales en tanto seres humanos.

Esta problemática cuestión puede ser analizada a partir del desglose del problema principal aquí planteado, en otros menos generales o derivados, a saber:

Si la cuestión de la detentación de derechos es separada, por una parte, en titularidad de derechos y por otra en el ejercicio de los mismos, ¿qué significa ser titular de derechos? y ¿qué significa ejercer derechos?

³³⁴ Posturas contractualistas o pactistas de las que, como se ha dicho páginas arriba, se distancia J. Habermas de manera contundente, en lo que respecta a la fundamentación de los derechos humanos.

Al abordaje de estas dos cuestiones derivadas se destinará el análisis ulterior de este capítulo.

Con todo y como se había anunciado líneas arriba, se utilizará como base del análisis, la peculiar forma en la que J. Habermas, concibe la noción de derechos humanos y su postura acerca de una categoría específica de dichos derechos: los derechos colectivos.

2. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONCEPCIÓN DE J. HABERMAS

Pues bien, Habermas no está plenamente de acuerdo con la existencia de la categoría “derechos colectivos” dado que, para él, serían nada más y nada menos que: ampliaciones de derechos individuales ejercidos en el marco del Estado democrático de Derecho, por determinados grupo o colectivos que hacen valer sus pretensiones y reivindicaciones.³³⁵ Aun asumiendo lo dicho, al referirse a ese tipo de derechos J. Habermas invoca a otro filósofo contemporáneo, el canadiense Will Kymlicka, quién efectúa una clasificación de los derechos colectivos, que podemos utilizar para contextualizar nuestro análisis:

Como ha propuesto el filósofo canadiense referido³³⁶, entre los derechos colectivos que puede reclamar un determinado grupo, deben distinguirse al menos dos tipos: Por un lado, en el ámbito de las relaciones intra-grupales, se encontraría el derecho del grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza cultural: éstos son los derechos colectivos como *restricciones internas*. Por otro lado, en el ámbito de las relaciones inter-grupales, estaría el derecho de un grupo contra el resto de la sociedad, con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de los que depende el grupo (usualmente con estatus de minoría) no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría: éstos serían los derechos colectivos entendidos como *protecciones externas*.

Los derechos del primer tipo tratan de proteger al grupo del impacto de la disidencia interna y los del segundo tipo, de las presiones externas. En función a la tipología señalada, Kymlicka afirma, dese un óptica claramente liberal, que se pueden y se deben defender los derechos colectivos entendidos como *protecciones externas* (pues así se garantiza impedir que unos grupos opriman a otros) mientras que han de excluirse las *restricciones internas*. En efecto, “los derechos de las minorías no deberían permitir que un grupo dominase a otros grupos y tampoco deberían permitir

³³⁵ J. Habermas. “*La Inclusión del Otro*”. Paidós. Barcelona. Pág. 194

³³⁶ W. Kymlicka. “*Ciudadanía Multicultural*”. Paidós. Barcelona. 1996. Pág. 58-71

que un grupo oprimese a sus propios miembros. En otras palabras, [...] deberían asegurar la existencia de igualdad entre los grupos y de libertad e igualdad dentro de los grupos”.³³⁷

Si asumimos la plausibilidad de la postura descrita, entonces estamos frente a la típica fórmula jurídica incluida en las Constituciones modernas, por la que se preceptúa que el único límite de los derechos humanos (sean individuales o colectivos), está determinado por los derechos humanos del resto de los miembros (individuales) de la sociedad. Pero no al revés, esto es, que los límites no pueden determinarlos los derechos colectivos, porque se estaría validando la posibilidad de reconocimiento de derechos colectivos en tanto *restricciones internas*, lo que es incompatible con la génesis lógica de los derechos humanos, que se han expuesto páginas arriba.

Así, los derechos colectivos, tendrían cabida en el sistema de derechos humanos, siempre y cuando no afecten derechos (individuales) de sus miembros o de cualquiera de los miembros de la comunidad más amplia, esto es, la sociedad misma.

Ahora bien, el pluralismo jurídico concebido desde la opción subjetiva que aquí se intenta presentar, es decir, como producto de la vigencia de los derechos humanos en su manifestación colectiva (y por ende de la titularidad y ejercicio de derechos colectivos) tendría que estar, asimismo, limitado por la titularidad de derechos individuales de los miembros de la sociedad general.

Entonces, con esa limitación, por lo demás es perfectamente aceptable que en el marco del Estado Democrático de Derecho construido deliberativamente –o discursivamente- se reconozcan únicamente derechos colectivos en el sentido de *protecciones externas* puesto que, a la vez que aseguran la autonomía del grupo en cuestión en los asuntos que tengan que ver con su pervivencia cultural, mantienen la posibilidad de que los miembros de ese grupo o colectivo, libre y voluntariamente, continúen su pertenencia a tal grupo. Lo contrario, es decir, el reconocimiento de derechos colectivos en el sentido de *restricciones internas* implica la posibilidad de que los derechos individuales de libertad (sobre todo positiva, pero también negativa) sean coartados bajo el justificativo de la pervivencia cultural del grupo.

Desde el punto de vista discursivo, la justificación de normas que reconozcan derechos colectivos en el segundo sentido, debería ocurrir superando el test de universalidad, es decir, que la

³³⁷ W. Kymlicka . Op. Cit. Pág. 266

argumentación supere la posibilidad de crítica de todos y cada uno de los involucrados (presentes o futuros); lo que parece difícil de suponer en términos ideales. En todo caso la limitación de la idea de derechos colectivos, únicamente a la dimensión protectora externa, es una buena forma de conciliar la tensión entre autonomía y universalidad, que es, la que late en el fondo de toda discusión acerca de ese tipo de derechos y; por ende en cualquier discusión –normativa- acerca del pluralismo jurídico.

En cuanto a la tensión entre autonomía y universalidad, el principal escollo consiste en cómo armonizar valores igualmente legítimos, pero dispares: el principio básico e irrenunciable de la igual libertad de todos y la igualdad de todos ante la ley y el derecho de los individuos y grupos a mantener sus rasgos culturales diferenciales. Se trata, de garantizar la coexistencia de los derechos humanos como derechos individuales con los derechos de las minorías como derechos colectivos con el fin de no desequilibrar la tensión entre la pretensión universalista propia de cualquier Estado democrático de Derecho y el particularismo inherente a toda comunidad histórica.

La justificación normativa de las políticas de reconocimiento de las minorías y de los derechos colectivos que detentan, ha sido el objeto central de una disputa entre Ch. Taylor y J. Habermas. Los dos están de acuerdo, por supuesto, en que las demandas de reconocimiento que elevan las minorías culturales deben ser atendidas en virtud del ideal de justicia. El punto de divergencia entre ambos autores estriba fundamentalmente en el hecho de que mientras Taylor postula un reconocimiento diferenciado de las culturas minoritarias, Habermas aboga por una política del reconocimiento de los individuos pertenecientes a esos grupos culturales en el marco común de una democracia deliberativa y participativa. De hecho, el objetivo central de Habermas al respecto, como ya se ha afirmado páginas antes, es mostrar que no resulta necesario establecer derechos colectivos para asegurar las pretensiones de reconocimiento de las identidades colectivas y las demandas de igualdad formuladas por las minorías culturales.

“...una cultura política basada, no en la identificación de los ciudadanos con los códigos específicos de una determinada tradición cultural, sino con los principios y procedimientos que aseguren la convivencia en igualdad de derechos entre personas y grupos con diferentes formas de vida, constituye la condición necesaria para el reconocimiento público de los diversos particularismos

culturales presentes en una sociedad, tal como muestran los distintos ejemplos de sociedades multiculturales existentes”.³³⁸

La postura de J. Habermas acerca de los derechos colectivos queda definitivamente vinculada a la idea de democracia deliberativa, fruto del traslado de los postulados de la Teoría del Discurso al Derecho y, por medio del él, a la política. El universalismo de Habermas recalca claramente en una compatibilización discursiva de aquel con la autonomía y queda patente en la siguiente cita:

“¿Qué significa universalismo? Que se relativiza la propia forma de existencia atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que se reconocen iguales derechos a los otros, a los extraños con todas sus idiosincrasias y todo lo que en ellos nos resulta difícil de entender, que uno no se empeña en la generalización de la propia identidad, que uno no excluye o condena todo cuánto se desvía de ella, que los ámbitos de tolerancia deben hacerse infinitamente mayores de lo que son hoy”.³³⁹

En efecto y en definitiva, J. Habermas toma distancia de algunas de las tradiciones ideológicas más fuertes (en algún grado, dominantes) acerca de la justificación de los derechos humanos (sean éstos individuales o colectivos, para él no hay gran diferencia en la justificación) pues, para él los derechos humanos no son anteriores a la convivencia social, sino justamente, producto de esa convivencia en términos y condiciones democráticas, como resultado de una relación comunicativa entre los miembros de la sociedad. No serían en todo caso, unos derechos naturales o inherentes a la condición humana, sino inherentes a la *convivencia comunicativa humana* que, necesariamente ha de ser producto de la vigencia de la soberanía democrática (efecto del principio democrático); de ahí que entre otras cosas, esos derechos y la soberanía democrática sean dos caras de la misma moneda. En cambio, como describe J.C. Velasco, en la tradición liberal no ocurre lo mismo: “...conforme a las *concepciones liberales* más habituales desde J.Locke, los derechos humanos se presentan como derechos inherentes a cada individuo y previos a la experiencia social. En los orígenes de dicha tradición, esa consubstancialidad (entre seres humanos/derechos) no impedía (ni impidió buscar la justificación teórica) tratar de buscar mediante la celebración del contrato social el efectivo reconocimiento y la adecuada garantía jurídica. Sin embargo, los derechos como tales no podían quedar sometidos a la discusión

³³⁸ J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 628

³³⁹ J. Habermas. “*La Necesidad de Revisión de la Izquierda*”. Tecnos. Madrid. Pág. 218

democrática como se hace con cualquier otra norma legal (pues son ellos los que establecen las condiciones que hacen posible cualquier proceso de decisión colectiva). Así, una de las finalidades, quizás la más preponderante, de una declaración de derechos era la de substraer ciertos asuntos a las vicisitudes del debate político, la de colocarlos más allá del alcance de las mayorías y de los funcionarios, y la de darles el estatuto de principios del Derecho, a ser aplicados por los tribunales. Así, el derecho de los individuos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, de prensa, de conciencia y de reunión, y demás derechos fundamentales, no pueden (según ésta tradición) ser sometidos a debate ni dependen del resultado de ninguna elección”.³⁴⁰

Tampoco en la tradición republicana, la relación derechos humanos y soberanía democrática es la misma que en Habermas, así:

“Desde los presupuestos de una concepción *republicana*, por el contrario, la voluntad soberana del pueblo no se pliega ante ninguna ley, pues ella es la fuente exclusiva de toda legitimidad; nada puede substraerse a la deliberación y decisión de los ciudadanos y, por tanto, también el fundamento de los derechos ha de reposar en el proceso político de autodeterminación democrática”.³⁴¹

La problematicidad de la relación entre derechos humanos y soberanía popular se hace también manifiesta en la tradición constitucional norteamericana, en donde se observa “...una tensión entre el impersonal imperio de la ley fundado en los derechos humanos innatos y la auto-organización espontánea de una comunidad que se da a sí misma sus leyes a través de la voluntad soberana del pueblo”.³⁴²

Y tal tensión puede ser resuelta por un lado o por otro dependiendo, claro está, de las fuerzas sociales hegemónicas en cada momento. Es ahí precisamente donde Habermas intenta situarse. “Su posición teórica pretende evitar aquella interpretación sustancialista según la cual, los derechos humanos, dado que constituyen la condición de posibilidad de un sistema democrático, han de substraerse al libre ejercicio de las decisiones democráticas. Una pieza clave (...) es el reconocimiento de que la democracia, entendida como el pleno desempeño de la soberanía

³⁴⁰ J.C. Velasco. Op Cit. Pág. 169

³⁴¹ Ibidem

³⁴² J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 165

popular, y el libre ejercicio de los derechos humanos guardan entre sí una estrecha relación de tensión y complementariedad, de tal modo que la plausibilidad tanto de la democracia como de los derechos depende de su estrecha relación conceptual y normativa. Entre los derechos humanos, como expresión de la autodeterminación moral del individuo, y la soberanía del pueblo, como expresión de la auto-realización ética y modo de auto-organización ciudadana, se da no sólo una posible *relación de dura competencia* sino también *una relación de complementariedad recíproca*. A lo largo de la obra de Habermas (...) con la intención de examinar la realización práctica de la legitimación democrática, exploró aquellos momentos históricos en los que por primera vez se logró llevar de modo consciente esas nociones teóricas a la vida de una comunidad política como pautas reguladoras de su praxis. De ahí que se detuviera con relativo pormenor en los debates preparatorios de la Declaración de 1789 en la Asamblea General, en donde se hizo pública la idea de que “la declaración de los derechos humanos es sinónima de la constitución de la voluntad general, a cuya formación contribuyen todos y ante cuyas leyes todos son iguales”. Según Habermas, los revolucionarios franceses se empeñaron en combinar la declaración de los derechos humanos con la proclamación de la soberanía popular, de tal modo que los derechos encontraban su fundamento en la capacidad de autogobierno del pueblo soberano.

En el propio desarrollo de los sucesos revolucionarios del XVIII puede advertirse una tensión entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la soberanía popular, una tensión que supone una causa constante de conflictos: la primacía de un elemento u otro genera concepciones antagónicas de la política que van desde el liberalismo individualista hasta el republicanismocomunitarista. Habermas pretende mediar explícitamente entre la concepción republicana y la liberal de los derechos humanos. Su postura teórica persigue un difícil equilibrio entre ambos polos y de ahí que sostenga que los clásicos derechos humanos constituyen las condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía popular y ésta a su vez asegura el disfrute de aquéllos (...) es decir, que derechos humanos y soberanía popular se presuponen mutuamente y que por tanto, no puede existir ninguna relación de jerarquía que sea apropiada entre ambos principios. Ésta es una tesis que el autor considera representativa de una concepción demócrata-radical (...) los derechos humanos no limitan ni restringen la soberanía popular, sino que, por el contrario, permiten que el destinatario del ordenamiento jurídico sea también él autor del mismo, que todos

sean simultáneamente súbditos y soberanos. La idea de la autolegislación debe unir derechos subjetivos con soberanía popular, legitimidad con legalidad.”³⁴³

³⁴³ J. C. Velasco. Op. Cit. Pág. 170- Cfr. J. Habermas. “*Facticidad y Validez*”. Op. Cit. Pág. 160-165

PARTE III

PROBLEMAS DEL PLURALISMO JURÍDICO, COMO RESULTADO DE LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE DERECHOS COLECTIVOS

Dos problemas relacionados con los derechos colectivos y su conexión con la Teoría del Discurso, pueden y deben ser abordados y modulados, cuando el objetivo es dilucidar la fundamentación de una teoría normativa del pluralismo jurídico.

Al abordaje de estos dos problemas se dedicará esta última parte del presente capítulo, con la consciencia inicial, de que, un estancamiento en alguno de los dos problemas citados, provocaría una gran dificultad en la tarea de fundamentar una teoría del pluralismo jurídico basada en derechos colectivos. Serán esos problemas las dos líneas maestras del resto del presente capítulo.

En ese marco, el pluralismo jurídico (considerado como materialización del ejercicio de uno a más derechos colectivos) ha de vencer un primer problema; uno que ronda la cuestión de la titularidad de los derechos colectivos. Problema que, (para algunas posiciones ortodoxas de los derechos humanos –como la que afirma que los derechos humanos empiezan y terminan con los derechos liberales- puede derivar en la negación misma de la existencia de derechos colectivos) ha de ser abordado en función a la necesidad de tratar todas las cuestiones posibles que hacen a la fundamentación del pluralismo jurídico que, en éste trabajo, se intentan dilucidar.

1. EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS, DE LAS ENTIDADES COLECTIVAS.

En la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos, la afirmación de que los derechos humanos corresponden solamente a seres humanos individualmente considerados ha sido y aun es, la regla³⁴⁴ y que correspondan a colectivos humanos, es la excepción.

Lo que implica de entrada y rotundamente, la negación de que otros seres vivos (los animales y las plantas) tengan tal correspondencia y también la negación, no tan rotunda, de que ficciones tales como los sujetos de existencia ideal –como las personas colectivas- tengan la correspondencia a la que nos referimos. Digo que la negación no resulta tan rotunda porque, de

³⁴⁴ Así es el pensamiento, por ejemplo de los Profesores Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández, impulsores del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Cfr. G. Peces Barba Martínez y Eusebio Fernández García (Dir.) *“Historia de los Derechos Fundamentales”*. Dykinson. Madrid. 2010

hecho, hay un debate teórico al respecto.

Y dicho debate, abierto, se concentra en la discusión (ya adelantada en el acápite anterior) acerca de la condición moral de los titulares de los derechos colectivos. No hay acuerdo sobre si la capacidad de moralidad sea o no una condición *sine qua non* de la titularidad de derechos humanos –colectivos-, como hasta ahora parece serlo, firmemente, en relación con los derechos humanos individuales.

El debate transita pues, por la aproximación a los siguientes asuntos:

1.1. EL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sobre el concepto de los derechos humanos, se ha trabajado desde distintas ópticas. Dado que no es precisamente esta temática, el objeto principal de esta tesis, no haré más que alguna mención breve acerca de ellas, pero me concentraré en algunos abordajes del concepto, que configuren una construcción teórica útil a la finalidad de relacionar dicho concepto, con los contenidos de la ética del discurso habermasiana, a objeto de alinear esas dos aproximaciones a la fundamentación del pluralismo jurídico, tal como se lo ha concebido en el capítulo primero de este trabajo.

Dejo de lado entonces y desde ya, las posturas que, a partir de una mirada estrictamente positivista, construyen –siguiendo una concepción sobre el Derecho, también positivista– un concepto de derechos humanos ligado estricta y específicamente a las normas jurídicas, es decir, me aparto de aquellas concepciones que ven en los derechos humanos únicamente un sistema de normas positivas, nacionales o internacionales, fundado, precisa y exclusivamente en la existencia –vigencia de– dichas normas como efecto de la potestad y voluntad normativa estatal, en el contexto del Derecho Constitucional del Estado de que se trate, o de la suma de voluntades y potestades estatales, en el ámbito del Derecho Internacional Público.

Parto, por el contrario, de unas concepciones que ven el fundamento de los derechos humanos, tanto dentro del espectro jurídico, como también fuera de él, o sea, en esferas normativas éticas; y que, como efecto de esa postura sobre el fundamento, conciben un concepto de derechos humanos perteneciente a ambos mundos, el jurídico y el moral.

Pues bien, hay pacífico acuerdo en la teoría de los Derechos Humanos, sobre la vinculación necesaria e indisoluble entre el concepto de *derechos humanos* y su fundamento. Y dicho acuerdo se expresa precisamente en las diferentes posturas sobre el concepto de *derechos* y su tipo de vinculación con el fundamento.

De esas posturas, la que desarrollaré aquí con alguna profundidad, es la del positivismo “incluyente”. Desde esa perspectiva teórica, cuyo mejor desarrollo en el mundo de habla hispana, sin duda, corre a cargo del fallecido profesor universitario español, Peces-Barba; los derechos humanos son pretensiones morales justificadas en valores, positivadas en un ordenamiento jurídico en particular y hechas efectivas mediante determinados mecanismos y garantías igualmente jurídicas, también positivadas en dicho ordenamiento normativo.

Siendo ese el concepto, el fundamento, radica precisamente en los valores –que el propio concepto alude-, que justifican las pretensiones devenidas en derechos y que configuran manifestaciones de la dignidad humana.

Esbozada la conceptualización, es necesario efectuar un breve recorrido por el proceso analítico que da lugar a la misma; para ello me serviré de los aportes de un par de respetados profesores españoles contemporáneos, además del propio Peces-Barba.

En esa línea de entendimiento, una de las definiciones más aceptadas dentro de la doctrina de los derechos humanos, es la que propone Antonio Enrique Pérez Luño, quién entiende que los Derechos Humanos son *“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*³⁴⁵

Por su parte, Alfonso Ruiz Miguel afirma que: *“...cuando se postula la existencia de los derechos humanos (...) se presuponen por lo menos tres rasgos conceptuales: que los derechos humanos son: a) exigencias éticas justificadas; b) especialmente importantes y c) que deben ser protegidas eficazmente en particular a través del aparato jurídico”*.³⁴⁶

³⁴⁵ A. E. Pérez Luño. “Delimitación conceptual de los Derechos Humanos” en la obra colectiva: “Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema”, Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 14-15

³⁴⁶ El Fundamento de los Derechos Humanos, Edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989. Págs. 321-326

Aunque las concepciones mencionadas, tienen en común origen extra-jurídico de los derechos, Peces-Barba, particularmente, no concuerda con la terminología utilizada por los dos académicos mencionados precedentemente y prefiere, en su construcción del concepto que nos ocupa, referirse a derechos *fundamentales* en lugar de derechos *humanos*. A no ser por dicha salvedad, es notable, que Peces-Barba coincide con Ruiz Miguel y con Pérez Luño en que cuando se trata del concepto, en los *derechos* ocurre y se materializa un “encuentro” que relaciona el mundo moral y el mundo jurídico.

Las “*exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas*” de Pérez Luño y las “*exigencias éticas justificadas, especialmente importantes*” de Ruiz Miguel y las “*pretensiones morales justificadas*” de Peces-Barba son elementos que pertenecen a la dimensión moral; en tanto que el “*reconocimiento positivo por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*” del que habla Pérez Luño y la “*protección eficazmente particular a través del aparato jurídico*” de Ruiz Miguel; componen el mundo jurídico.

Construye así, el profesor Peces-Barba su concepto, Indicando: “*...Es cierto por consiguiente que cuando hablamos de derechos humanos estamos refiriéndonos, al mismo tiempo, a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el Derecho Positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad*”³⁴⁷.

Desarrollando más a fondo las ideas antes expresadas, señala que “*...se deben abarcar ambas características para alcanzar la comprensión de los derechos humanos (...) el fundamento responde al por qué de los derechos humanos y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto (...) responde al para qué de los derechos humanos, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho Positivo*”.³⁴⁸

Por lo tanto, los derechos fundamentales son:

- 1) Una pretensión moral justificada,** “*...tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices*

³⁴⁷ G. Peces-Barba. “*Teoría General de los Derechos Fundamentales*”. Universidad Carlos III de Madrid- BOE. Madrid. 1999. Pág. 102

³⁴⁸ G. Peces-Barba. Op. Cit. Págs. 102 y 103

*que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en el mundo moderno”.*³⁴⁹

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, *“...lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma que pueda obligar a los destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo”.*³⁵⁰

3) Una realidad social, *“... actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultura, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad”*³⁵¹

Nótese que en la conceptualización –sincrónica- precedente, laten con fuerza los valores, como contenido moral del concepto de derechos humanos; siendo evidente la concurrencia de dos de ellos: el valor libertad y el valor igualdad. Por razones limitación en espacio y tiempo de este trabajo, me concentraré únicamente en el valor libertad.

Si entendemos por valores, aquellas cualidades, atributos del objeto –o bien del sujeto- que son incorporadas por un individuo o por un colectivo y que hacen que, a partir de tal incorporación dicho objeto sea tenido, visto o considerado de forma distinta (mejor o peor) a como lo era antes de dicha valoración; los valores en consecuencia, no son parte del objeto, por lo menos no en principio, sino cualidades que *pasan a ser* parte de él por una atribución subjetiva que, mudándolo, lo hacen más valioso –o menos valioso- que antes de tal mutación, resultando más atractivo o más repulsivo. Con lo que, al hablar de valores, estamos hablando básicamente de preferencias acerca de un objeto; y dichas preferencias –por su origen esencialmente subjetivo- son de orden histórico, consiguientemente también mutables, por lo menos hasta que se renueve el ciclo de preferencias y emerja una nueva atribución.

³⁴⁹ G. Peces-Barba. Op Cit. Pág. 109

³⁵⁰ G. Peces-Barba. Op Cit. Págs. 109 y 110

³⁵¹ G. Peces-Barba. Op. Cit. Pág. 112

Sin embargo, cuando del ser humano se trata (visto ahora como el objeto al que atribuirle valor), la posibilidad de mutación es menos clara. Máxime si, se considera al ser humano como un fin en sí mismo, como es considerado desde la teoría de los derechos humanos.

Pues bien, si, como hemos visto, los valores que fundan los derechos humanos, son producto de una determinada concepción subjetiva e histórica, también los derechos humanos mismos, deberían tenerse como un producto subjetivo e histórico; empero, la fuerza fundadora de la doctrina de los derechos humanos (basada en valores que, en última instancia, recalcan en la dignidad del ser humano) es tal, que discutirla o rebatirla implicaría un enorme esfuerzo, a un grado que, se pondría en riesgo la idea misma de derecho humanos. La doctrina de la dignidad humana, en la que se fundan los derechos humanos, bebe de corrientes siempre progresistas, tales como el racionalismo, el humanismo y claro está el liberalismo.

La libertad, como el resto de valores fundantes de los derechos humanos, es un despliegue de la idea de dignidad humana, que, ayuda en el ámbito político y jurídico a su desarrollo. Ahora bien, sabemos con Kant, que la dignidad humana vista desde la perspectiva de la libertad se refleja en una de las tres formulaciones³⁵² del imperativo categórico, por la que se entiende que el hombre (el ser humano) es un fin en sí mismo y no tiene precio, por lo tanto, no puede ser usado como medio.³⁵³

En esta perspectiva de libertad /dignidad, anida la noción de autonomía humana y ella, llevada al ámbito público (político y jurídico) torna en la configuración de un Estado que tiene como razón de su ser, la protección de la autonomía de todos y cada uno de los individuos componentes de dicho Estado en un contexto normativo organizado, en el que las autonomías individuales se armonizan en lo que se ha considerado como uno de los elementos esenciales el Estado de Derecho: la consagración, respeto y protección de los derechos individuales; se sintetiza en la configuración de un Estado en el que el Derecho (las leyes en sentido lato) sirve a la no intromisión de nadie – ni del propio Estado- en la autonomía de sus individuos componentes. Ese es pues, el Estado Liberal, primer modelo histórico de Estado de Derecho.

³⁵² Cfr. I. Kant. Op. Cit. La formulación reza exactamente: *“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”*.

³⁵³ Ibidem

Lo dicho queda claramente demostrado en un texto, de muchos que originan el pensamiento liberal, Así Johann G. Fichte afirma en su *Reivindicación de la Libertad de Pensamiento* que: *“el hombre no puede ser heredado ni vendido ni regalado; no puede ser propiedad de nadie; porque es y debe seguir siendo propiedad de sí mismo, lleva en lo más profundo de su corazón una chispa divina que lo eleva por encima de la animalidad y lo hace ciudadano de un mundo donde Dios es su primer miembro: la conciencia (...) así como debe obedecer esta voz interior que le ordena absolutamente, tampoco debe ser constreñido por nada externo y deberá liberarse de todo influjo que le sea externo. Por eso nadie que no sea él puede gobernarle, él mismo debe hacerlo siguiendo la ley que tiene en sí es libre y debe permanecer libre...”*³⁵⁴

Y ¿qué es ser propiedad de uno mismo? Nuevamente autonomía, sostengo. Porque implica que los hombres y las mujeres libres son los amos y dueños de su destino; aquel que cada una y cada uno de ellas y ellos logra siguiendo, además, como componente de un plan de vida definido, igualmente, en plena libertad de conciencia y según sus propias normas. Claro está que el cumulo de autonomías individuales ha de estar armonizada, para evitar la posibilidad de que algún plan de vida individual afecte la autonomía de otro u otros individuos; de ahí que el mismo Kant nos ofrece una segunda y una tercera formulación del imperativo categórico:

- *“Obra sólo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal”.*
- *“Obra como si, por medio de tus máximas, fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de los fines”.*³⁵⁵

La necesaria armonización entre autonomías individuales, en el escenario de la convivencia social -de toda sociedad, se entiende-, sale y emerge de la alusión directa y expresa a la *universalidad*, que se verifica (en ambas formulaciones) como una máxima de acción que todos y cada uno de los seres humanos quisiera para sí. Lo que no es otra cosa que decir, en términos más simples, que el límite de la autonomía individual está determinado por la autonomía individual de todos y cada uno de los demás seres humanos.

³⁵⁴ Johann Gottlieb Fichte. *“Reivindicación de la Libertad de Pensamiento y Otros Escritos Políticos”* en *“Artículos Políticos de la Enciclopedia”*. Selección, Traducción y Estudio Preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porras. Tecnos. Madrid. 1986. pág. 82

³⁵⁵ Op Cit. Pág. 134

Esta idea, transbordada a la normativa –moral o jurídica- del ámbito público, es la que en el Estado Liberal se traduce en la garantía los derechos y libertades básicas, o derechos civiles (en otra nomenclatura) que están en la base de ese modelo de Estado, de ahí que se les llama también *derechos liberales*.

Quién mejor expresa, a mi criterio, la base esencial de este tipo de derechos con su noción de “coto vedado”, es el profesor argentino Ernesto Garzón Valdez, en referencia al límite a la posibilidad de que la regla de las mayorías –propia del pensamiento democrático, diferente del liberal- opere vulnerando los derechos fundamentales individuales. Con dicha noción se alude al conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido -ni siquiera aquél de la mayoría en los Estados democráticos de derecho, puede violar. En el centro del *coto vedado* se encuentran los derechos fundamentales individuales³⁵⁶, que no son otros que los que venimos describiendo.

Los derechos liberales y su contenido estrechamente ligado a la idea de dignidad humana son, en razón a la fundamentalidad que les caracteriza y por causa de su condición de necesidades primarias o básicas, condicionantes para que cualquier individuo pueda diseñar con autonomía su propio plan de vida y pueda perseguirlo y llegar a cumplirlo; son en suma, merced al “coto vedado” un territorio inviolable por otros individuos y menos por el colectivo social, bajo el razonamiento de la regla de la mayoría.

Ahora bien, ¿por qué el valor libertad y no otros?

Hay que destacar que el valor libertad preside el ideario liberal –que además está integrado por otros, como el de la igualdad, la seguridad y la solidaridad- porque sin una deliberada preferencia, sin una expresa apuesta por la libertad no hay desarrollo moral alguno del individuo ni de la sociedad humana.

Así, los filósofos precursores de la aparición positiva de los derechos –cuya primera muestra son los derechos de libertad- distinguen tres clases o nociones de libertad; siendo una sola de ellas, la

³⁵⁶ Al respecto, Norberto Bobbio afirma, en su libro *“Teoría General de la Política”*. Madrid. Trotta. 2005. pág. 478: *“Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de «inviolables». Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría, y en algunas constituciones se garantizan jurídicamente por medio del control constitucional de las leyes (es decir, de las decisiones tomadas por mayoría), declarando ilegítimas las leyes que no respeten tales derechos. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”*.

libertad jurídica/política/social –la que, hecha valor- fundamenta y a la vez da cuerpo a los primeros derechos.

Las tres nociones de libertad que refiero son: la libertad de elección, la libertad jurídica/política/social y la libertad moral.

La primera, la libertad de elección consiste en: la facultad natural y propia del hombre, del ser dotado de racionalidad, por la que es independiente, en relación con sus acciones, de la voluntad de cualquier otro hombre y por cuya virtud, en tanto que no actúe contra el derecho ajeno, puede seguir el propio juicio en la determinación de sus acciones. El filósofo Juan Jacobo Burlamaqui en su obra “Principios del Derecho Natural” publicada en 1747, la reflejaba en los siguientes términos:

“Se llama libertad a esta fuerza del alma por la cual [el hombre] modifica o regula las operaciones como le parece, de tal forma que puede o suspender sus deliberaciones y sus acciones, o continuarlas, u orientarlas en otro sentido, en una palabra, determinarse y actuar con elección según lo que juzgue más conveniente...”

Siendo esta forma de libertad la interpretación de un dato antropológico, ya que elegir y determinarse parece ser un rasgo común a todo ser humano; es la libertad de partida, con la que todo hombre y toda mujer se encuentra dotado o dotada, para trazar racionalmente un plan de vida sin oposiciones.³⁵⁷ Es la libertad a la que Christian Wolff se refería expresando: *“... ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre los otros. La libertad es un regalo del cielo y cada individuo de la misma especie tiene el derecho a gozar de ella de la misma manera que goza de la razón”*.³⁵⁸

Ahora bien y aquí viene la segunda noción de libertad, la libertad jurídica/política/social; serviría de poco la libertad de elección, sin una estructura (ya no, natural sino cultural) que la proteja, la ampare y establezca las condiciones que garanticen que el plan de vida de cada cual (la elección de cada quien) se realice sin interferencias.

³⁵⁷ Abstracción hecha del marcado carácter ius naturalista de estas posiciones sobre la libertad (postura que se puede discutir con las herramientas filosóficas contemporáneamente conocidas, pues no hay que olvidar que aquellas datan de la filosofía racionalista del siglo XVIII), ellas resultan plenamente coherentes con la idea de unos derechos inalienables, imprescriptibles e inviolables, que fueron desde el inicio del constitucionalismo, los derechos humanos.

³⁵⁸ Cfr. Christian Wolff. “Principios del Derecho Natural y de Gentes”. Universidad de Caen. 1990. Tomo I pág. 6

Por eso entonces, es que la libertad jurídica/política/social se define como: aquella libertad medial, por la que se asegura que, ya en la vida social, el pueblo (como la suma de individuos libres) goce de independencia en relación a los actos requeridos para el mantenimiento y progreso del bien público; donde, el bien público es el bien conjunto de cada uno de lo que los individuos considera como bueno, según su elección. Es pues claramente una manifestación social de la libertad por la que, el Estado garantiza las condiciones mínimas para que todo individuo se desarrolle y progrese en libertad y según su libertad.

Pues bien, las condiciones mínimas a las que me refiero en el párrafo anterior, pueden tener distintas concepciones e interpretaciones; de ahí que la libertad jurídica/política/social, como libertad medial, tiene a su vez, tres manifestaciones conocidas: 1) La libertad protectora (o libertad civil o libertad negativa o libertad como no interferencia)³⁵⁹ la que resguarda que la libertad de elección de cada uno no sea interferida por otros, ni por el Estado mismo; 2) La libertad participativa o positiva, por la que los ciudadanos ejercen libremente el diseño de la estructura de poder, sus titulares y sus condiciones de actuación; y 3) La libertad promotora o igualdad de condiciones para la satisfacción de las necesidades básicas.

Mientras que la libertad jurídica/política/social, actúa como vehículo por el que la libertad de elección se realiza en sociedad; la tercera noción de libertad que los filósofos racionalistas y liberales del siglo XVIII construyeron, es la de la libertad moral. Precisamente como una libertad/fin, como el punto de llegada de la libertad de elección, como la finalidad última del ser humano en virtud de su racionalidad. Tan última que se identifica con la propia dignidad humana.

En efecto, la Libertad Moral es la concordancia entre las máximas de la voluntad (las guías matrices de la libertad de elección) del hombre y la dignidad humana, realizada en la propia persona de cada individuo. Consiste en la prohibición de despojarse del privilegio de la condición de ser un *Ser Moral*, que consiste en obrar, en todo momento, según principios, es decir, en la prohibición de despojarse de la libertad interna convirtiéndola en un juego de meras inclinaciones y por tanto

³⁵⁹ Esta libertad es la que en Kant, es el único y originario derecho que corresponde a todo ser humano: *"la libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro) en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro, según una ley universal (...) es el que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad"*. Siendo la libertad jurídica la base de su definición del Derecho como tal: *"...el Derecho es 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..."* I. Kant, Op Cit. Pág. 48

de convertirse en *cosa*. En suma y fin, la libertad moral es la meta de todo ser humano, de estar a la altura y dar la talla de ser racional y digno de considerarse tal.

La relación que se da entre las tres nociones –acuñadas por la filosofía liberal, en el periodo de tránsito a la modernidad- es dialéctica pues la libertad de elección tiene como contrapunto medial a la libertad jurídica/política/social que la garantiza –pero a la vez, la frena-, para alcanzar en forma síntesis, la meta de la libertad moral como realización de la dignidad humana.

Por las razones anotadas, es que la filosofía de la modernidad, pensó en el valor libertad antes que en otros.

Dejemos este apartado, estableciendo como conclusiones preliminares que:

- Los derechos humanos son materializaciones de valores que parten y retornan de y hacia la dignidad humana.
- Los derechos humanos, en su primera gestación, son un producto del pensamiento liberal.
- El valor libertad, en el ámbito público, es una manifestación de la autonomía humana, armonizada en el Estado de Derecho, a través del Derecho y protegida contra la regla – democrática- de la mayoría, por el “coto vedado” que los derechos liberales mismos, son.
- El valor libertad está en la base del pensamiento liberal.
- Sin una valoración positiva de la libertad, no hay desarrollo ni progreso moral, político o jurídico, en las sociedades humanas.
- La libertad moral, nacida como resultado de la interacción complementaria entre la libertad de elección y la libertad jurídica/política/social, es en última instancia la realización de la dignidad humana.

1.2. LAS IDENTIDADES INDIVIDUALES Y LAS IDENTIDADES COLECTIVAS

Todo el abordaje precedente tiene la finalidad de servir de base para afirmar que, en principio y de acuerdo a la postura teórica adoptada, la titularidad de los derechos humanos únicamente incumbe a los individuos humanos, dado que aquellos, teniendo asiento en la esfera jurídica, se originan y fundamentan en la esfera moral y puesto que, los seres humanos individuales son los únicos sujetos capaces moralmente hablando. Empero, igualmente, tiene la finalidad de poner en cuestión esa afirmación inicial, complementando el análisis con una remisión a la idea de “identidad” y su construcción en las sociedades contemporáneas.

Tal como se adelantaba páginas arriba, en el contexto conceptual que se ha desarrollado, surge la disyuntiva acerca de si la capacidad de moralidad sea o no una condición *sine qua non* de la titularidad de derechos humanos –incluidos los colectivos-. Lo que parece ser cierto e indiscutible, pues siendo los derechos humanos entidades de orden moral (al menos en origen) entonces no es concebible que sus sujetos involucrados, sean de una naturaleza distinta a la moral, o al menos, que no posean capacidades morales.

Pues bien, a partir de la consideración de la noción de “identidad” y sobre todo de su manera (o maneras) de construcción es que se puede intentar, creo, una argumentación en dirección a sustentar que, aunque los grupos humanos no cuentan con capacidad moral *per se*; ella (en el caso de grupos) no es necesaria para ser titulares de derechos colectivos. Esa argumentación remite en el fondo, a la discusión sobre la forma de creación y naturaleza de las identidades colectivas.

Este problema remite necesariamente a la cuestión de la posibilidad o imposibilidad de considerar a los sujetos colectivos (a las personas colectivas) como personas morales, capaces de autonomía, tal como son, las personas individuales. Se trata de la cuestión, en el ámbito moral, de la posibilidad o imposibilidad de adjudicación de condición moral a los grupos o colectivos, ya que, en principio y desde perspectivas distintas a la discursiva, se tiene entendido que los sujetos morales son únicamente los individuos y no así los grupos de individuos y que, en efecto, la interacción moral puede acontecer solamente entre sujetos individuales (personas naturales o individuales, en términos de la Teoría General del Derecho).

Sin embargo, el desarrollo que ya se ha hecho en éste capítulo acerca de la conexión íntima de la moral y el Derecho, puede resultar suficiente para dar por resuelto el problema; a través del traslado de la teoría del discurso al ámbito jurídico. Allí (en el ámbito jurídico como tal), no cabe duda, no hay problema con la existencia reconocida, del concepto de sujeto colectivo de Derecho y de derechos. La pauta la da la propia teoría discursiva de J. Habermas, cuando aborda la cuestión de las *Identidades Colectivas*, veamos:

El concepto de identidad es altamente difuso y además de contenido múltiple. Pero además, la constitución de la identidad individual puede también asumirse como un proceso en el tiempo. Así, los individuos, a lo largo de su vida, debido a la variedad de roles que asumen en las sociedades modernas dependiendo del contexto particular (la familia, el trabajo, el círculo de

amistades, etcétera) pueden adoptar más de una identidad (identificación o sentido de pertenencia con algo) en el sentido de identificarse con diversas cosmovisiones y comunidades de sentido, sin que ello signifique un quiebre o un colapso de su personalidad.

El proceso de individualización tiene lugar, dice Habermas apoyándose en los trabajos de G. H. Mead³⁶⁰, a la par que el proceso de socialización de los sujetos. La especificación de las condiciones y cualidades que individualizan a las personas, y el relacionamiento con sus semejantes son procesos simultáneos, inseparables e interdependientes. En ambos procesos, los sujetos humanos construyen su identidad (o mejor, sus identidades).

El ser humano, en cuanto animal político (en el sentido de componente de una colectividad dada), es incapaz de desarrollar todas sus potencialidades sin interactuar con otros sujetos. Esta dimensión social (o, si se prefiere, comunitaria) emerge visiblemente en el hecho de que “las identidades que no son reconocidas por aquellos con los que nuestras vidas y destinos están trabados, son inherentemente inestables”³⁶¹. Asumida esa postura como plausible, puede apuntarse de un modo más concreto la necesidad de que dicho reconocimiento se efectúe en un marco cultural estable, lo que implica que los individuos necesitan estar seguros de su identidad étnico-cultural. “No pueden definirse como individuos sin experimentar su pertenencia a una cultura específica y a un idioma”³⁶². Los seres humanos, requieren pues, de una estabilidad cultural en el proceso de desarrollo de su identidad individual (o sus identidades individuales) o al menos una posibilidad de adoptar, establemente, algún contexto cultural (si hay varios disponibles) como trasfondo de su identidad o sus identidades.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en el caso de la construcción de la o las identidades colectivas. Dicha construcción (igualmente social e intersubjetiva) de la identidad colectiva es absolutamente diferente y además mucho más simple. Dice Habermas que “sería falso representarse las identidades grupales como “identidades del yo” en gran formato; entre ambas no se da ninguna analogía, sino tan sólo una relación de complementariedad”³⁶³. En consecuencia, el “derecho” de los individuos a ser diferentes (a ser como son y ser como quieren o pueden ser) no debe

³⁶⁰ J. Habermas. *“El Pensamiento Postmetafísico”*. Taurus. Madrid. Págs. 188-239

³⁶¹ T. McCarthy- *“Universalismo Multicultural”*. BBV. Madrid. 1993. Pág. 16

³⁶² I. Fetscher. *“La Tolerancia”*. Gedisa. Barcelona. 1995. Pág. 157

³⁶³ J. Habermas. *“Identidades Nacionales y Postnacionales”*. Tecnos. Madrid. Pág. 100

confundirse, en principio, con la defensa de la identidad de los distintos grupos humanos. Los individuos deciden (con mayor o menor autonomía) su propia adscripción cultural, que además podrá adoptar, por ejemplo, la forma de un sincretismo cultural (como de hecho sucede con frecuencia en las sociedades modernas más abiertas, donde las identidades cobran una calidad mestiza). Los individuos no deberían estar necesariamente aferrados a un determinado código cultural, sino que en unas determinadas circunstancias, deberían poder optar por uno y en otras, por otro.

De hecho, en las sociedades modernas, profundamente variadas, un sujeto individual sólo con enorme dificultad es capaz de amoldarse a una única forma densa de identidad colectiva. Por ello, para poder abarcar la multiplicidad de situaciones sociales, las identidades colectivas tienen que definirse mediante rasgos genéricos: “Las identidades modernas han tenido que hacerse más abstractas conforme ha crecido y se ha ensanchado la diversidad de roles y escenarios, normas e instituciones, subculturas y grupos de referencia en que han de actuar las gentes”.³⁶⁴

Entonces, las entidades y comunidades sociales y políticas son construcciones sociales y, en cuanto tales, productos históricos. La identidad colectiva, es decir, la idea que los miembros de un grupo concreto o de una sociedad entera tienen sobre sí mismos, no se descubre ni es objeto de revelación, sino que se cimienta y se edifica en común, de forma intersubjetiva. “...las identidades colectivas más bien se hacen, ya que no se encuentra hechas”,³⁶⁵ sobre la base de un código cultural (o de varios códigos culturales) presente en ese ámbito social dado, que necesariamente presupone la emergencia de instancias encargadas de su definición y administración.

Pues bien, una vez asumida la posibilidad de desarrollo de las identidades colectivas, como un hecho complejo pero corriente y cotidiano en las sociedades actuales, sobreviene la cuestión de definir si tales identidades colectivas (traducidas ya en “entidades colectivas”) pueden ser (ya en el mundo jurídico) sujetos de derechos y, de ser afirmativa la respuesta, emerge la subsecuente cuestión de cómo y con base a qué fundamentos, es que acontece esa atribución de titularidad de derechos.

³⁶⁴ T. McCarthy. Op. Cit. Pág. 15

³⁶⁵ J. Habermas “La Constelación Postnacional”. Paidós. Barcelona. Pág. 34

La respuesta no puede ser otra que simplemente asumir que, dentro del Derecho, no hay distinción entre todas las personas, naturales o jurídicas, en la atribución de derechos subjetivos, a no ser la que pueda corresponder al contenido esencial de cada derecho fundamental de que se trate. En el caso de los derechos (colectivos) de los grupos o pueblos, aquellos siempre serán (por la propia configuración conceptual a la que obedecen) de titularidad colectiva, siendo ella misma la razón de ser de tales derechos –sea en el ámbito de las *protecciones externas* o en el de las *restricciones internas* de W. Kymlicka. Otra cuestión es la del ejercicio de dicha titularidad. De ese problema se ocupa el siguiente acápite.

2. SEGUNDO PROBLEMA – EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

El segundo problema de la relación derechos colectivos/pluralismo jurídico/teoría del discurso, es el que se refiere al ejercicio de los derechos colectivos. Y dentro de él, se materializa en cuestiones más particulares tales como: quién, cómo, cuándo, bajo qué condiciones y por qué naturaleza de acciones, asume la *representación* de la persona colectiva, dado que ésta no tiene existencia física y que para actuar, necesariamente requiere de la presencia de uno o más individuos. Así pues, una vez asumido que los sujetos colectivos tienen derechos subjetivos (son titulares de ellos), hemos de remitirnos a la cuestión del ejercicio de tales derechos, y ello equivale a abordar la temática de la *representación de la personas colectivas*, que necesariamente debe ser materializada, por personas individuales.

Para entrar al tratamiento de la temática de la figura de la *representación* para el caso que nos ocupa, no es suficiente hacerlo con una mirada estrictamente jurídica privatista puesto que no se resolvería nada con ella; urge además encarar una tipo específico de representación: la Representación Política, porque ella es la que se necesitan las entidades colectivas para ejercer sus derechos y ello principalmente porque los derechos colectivos concretos mismos, son de naturaleza política (como el derecho a la autodeterminación o los que conciernen al gobierno interno del colectivo).

De manera que se hace necesario investigar la *representación política* desde la teoría y la filosofía política. Para ello, se ha acudido al análisis detallado y crítico del trabajo contemporáneo más conocido y serio sobre la representación política, que es el de la filósofa política británica Hanna Pitkin. A continuación se presenta tal análisis, que seguramente dará luces para (después de

concluido el mismo) pronunciarnos acerca del problema del ejercicio de los derechos colectivos vía representación política. Vemos pues, a que nos referimos cuando hablamos de ella.

2.1. ANALISIS DEL CONCEPTO DE REPRESENTACION POLITICA DE HANNA PITKIN

La discusión que aborda Hanna Pitkin³⁶⁶, cuyo objeto y objetivos se refieren al planteamiento de la problemática de un concepto autónomo de *representación política* que no recurra a la cláusula de imposibilidad (imposibilidad fáctica de la democracia directa en las sociedades actuales altamente complejas como elemento fundamental de la representación) y que por el contrario se plantee la búsqueda de un concepto que prescindiera de esa razón fáctica, apelando a razones morales; es objeto de reflexión en el presente apartado.

2.1.1. TIPOLOGÍA PRESENTADA POR HANNA PITKIN

La clasificación que Hanna Pitkin hace de las diversas formas en las que se puede entender la idea de representación, que ha servido de sustento conceptual para otros trabajos sobre el tema que se han ocupado de indagar sobre la justificación de la representación, como el de Francisco Laporta y el de Ernesto Garzón Valdez en el ámbito de la filosofía del derecho y de la política en España³⁶⁷; es una clasificación que deriva de una variedad de acercamientos que hace a dicha idea para tratar de alcanzar el objetivo construir un concepto claro que refleje sobre todo, algún contenido material.

La autora se refiere en primer lugar a la aproximación formal a la idea de representación, dentro de la que identifica dos clases de representación: como autorización, como responsabilidad.

En un segundo grupo, que ella ya define como no formal Pitkin presenta dos clases de representación: como simbolización, como reflejo que son ambas ejemplos de la idea de representación como suplencia “de otros”.

Finalmente y como ejemplos de la idea de representación como actuación “por otros”, desarrolla dos subtipos de representación de intereses –de intereses desvinculados y de “personas con intereses”- siendo muestras posibles de la representación substancial.

³⁶⁶ H. F. Pitkin. “*El Concepto de Representación*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1985

³⁶⁷ F. Laporta, “*Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate*”; E. Garzón Valdés, *Representación y democracia*, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 1989

Arriba al concluir a su difuso concepto de *representación política* que resulta una especie de simbiosis de todas las perspectivas (que tipos revelan tipos). A grandes rasgos son las siguientes:

2.1.1.1. PERSPECTIVAS FORMALISTAS

2.1.1.1.1. REPRESENTACION COMO AUTORIZACION

a) FORMULACION PIONERA: THOMAS HOBBS

En la propuesta de Pitkin, inicialmente se hace una descripción de la representación entendida como *autorización*. Ella aborda este tipo de representación como la primera de sus aproximaciones dado que considera que es también la concepción cuyo desarrollo teórico es el de más antigua data históricamente hablando (en el mundo anglosajón cuando menos), dentro de la tradición del pensamiento contractualista y liberal-ilustrado que surge con la obra de Thomas Hobbes como una de sus manifestaciones centrales.

Hobbes, en su *Leviatán* dedica un capítulo completo al tema que nos ocupa, el N° 16 titulado *De las Personas, Autores y Cosas Personificadas*, en el que traza las líneas maestras con las que fundamenta este modo de concebir la representación, que entiende –según Pitkin- como uno de los elementos centrales de la justificación del poder del soberano (y del poder mismo conceptualmente hablando); en otros términos, la representación es el mecanismo por excelencia, a través del cual el poder del soberano (la institucionalidad jurídico-política) encuentra su legitimidad –dentro de la lógica contractualista-.

Se circunscribe la representación, según Hobbes a la idea base de que existen dos tipos de *personas*: naturales o artificiales o ficticias, siendo las primeras aquellas cuyas palabras y acciones se considera que son suyas; mientras que las segundas serían aquellas cuyas palabras y acciones se considera que son de alguien más. Algunas –cuando no todas- de las personas artificiales según Hobbes, son *representantes*. Se aclara que no se trata aquí precisamente de una acepción del término *artificial* equiparable a la que actualmente denotan (en Teoría General del Derecho) “asociación”, “corporación” o “entidad” como grupo de dos o más personas físicas que tomadas conjuntamente constituyen otra persona, una jurídica (ficticia); sino que se trata de una consideración que entiende que la ficción radica en que las acciones del personero (la persona física misma que actúa por cuenta de ajena), no son de su “propiedad”, sino de la de otro u otros. Hecha la aclaración (indispensable) acerca de la manera como debe entenderse “persona

artificial” en Hobbes, ocurre que esta idea está en la base de su formulación de la representación dado que el autor inglés extrapola el concepto de propiedad de las cosas (objetos materiales e inmateriales) a las acciones y a tal formulación le llama *autoridad* (entendida como derecho a ejecutar una acción). Así, *autor* para Hobbes es el propietario de la acción (el titular del derecho) y *actor* el que la ejecuta por delegación (autorización, por autoridad) de aquel. El vínculo que se establece entre autor y actor es el que para Hobbes, entonces, configura la idea de representación. Las acciones del actor, al ser meras ejecuciones en mérito al pacto de autoridad, son atribuibles al autor que queda en esa virtud *vinculado* por ellas “no menos que si él mismo las hubiera ejecutado y no menos queda sometido a todas las consecuencias”³⁶⁸ debido a que el autor es el *propietario* de la actividad. Hobbes identifica dos posibles facetas de esa condición: el derecho a realizar la acción y entregarla a otro para que la realice por una parte y la condición de hacerse responsable de la acción de otro, como si él mismo la hubiera realizado, por otra parte. En ambas dimensiones –señala Pitkin- hay de parte del *actor* (el autorizado) un incremento de derechos y privilegios; contraria y correlativamente un incremento de obligaciones y responsabilidades de parte del *autor*. Para Pitkin, ello demuestra que en la postura teórica de Hobbes la representación como autorización es esencialmente una relación formal de derechos y responsabilidades, en la que el mayor peso de los primeros se sitúa en el actor (representante) y la mayor carga de las segundas recae en el autor (representado). Este es, creo, el núcleo de la construcción hobbesiana respecto del valor (utilidad) de la representación pues esta concepción formal de una relación derechos-responsabilidades que es un elemento central de la teoría de legitimación del Estado en Hobbes, explica como unos individuos “libres”, en el proceso de tránsito del estado de naturaleza al de sociedad, debido a su necesidad de seguridad, *autorizan* al soberano –individual o colegiado- a *actuar* por ellos. Se identifican aquí en consecuencia las dos figuras: la del *actor* y la del *autor*, con las del gobernante y gobernado.

Ahora bien, Pitkin pone de relieve asimismo otra faceta, una más compleja y elaborada, que hace el propio Hobbes de la representación. Aquella con la que explica, siempre sobre la base de la construcción teórica ya descrita, que las figuras de *autor* y *actor* pueden confluir en el mismo sujeto³⁶⁹. Este aspecto de la construcción hobbesiana, se puede ver en su explicación sobre el concepto de *persona*. Dado que la etimología misma de la palabra (disfraz, apariencia externa,

³⁶⁸ T. Hobbes. “*Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica o Civil.*” Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Cap. XVI

³⁶⁹ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág.25

máscara) connota una idea de manifestación (representación) exterior del sujeto, las personas de una forma u otra siempre *representan*, tanto cuando lo hacen respecto a otro como cuando lo hacen respecto a su propio interior. Actuar siempre es, en este sentido, representar, sea a un autor externo o sea uno interno (las condiciones de autor y actor se reúnen en un sujeto).

Tal faceta de la *representación* es muy interesante, por lo siguiente: se sale ya del esquema básico y formal de la representación como autorización, pues da a entender (a través del recurso metodológico a la figura de que no es forzosa la presencia concreta de más de una persona en la relación de representación) que además de esa formalidad hay algún componente material en la representación. Elemento sobre el que luego hace hincapié Burke para diseñar su concepción de la representación de *intereses no vinculados* que habla de la representación de otros sujetos sin necesidad de una autorización real (que abordo más adelante, en la tercera parte de este trabajo) y que configura el génesis del mandato libre propugnado por el propio Burke en sus intervenciones en el parlamento inglés. Consecuentemente, hay más en Hobbes de lo que Pitkin quiere ver.

b) FORMULACION DEFINITIVA

i) La peculiaridad más notable de la representación entendida como autorización es: que el representante es alguien a quien se le ha otorgado el derecho para actuar **que no tenía anteriormente** mientras que el representado asume la responsabilidad de tal actuación, como si el mismo la hubiera ejecutado³⁷⁰. Esta estructura, como señala Pitkin, establece claramente un desequilibrio ya que se da un amplio margen de acción en favor del representante y una consiguiente restricción de la del representado; o lo que es lo mismo visto desde la óptica del segundo, éste ve sus posibilidades de acción reducidas y sus responsabilidades acrecentadas, mientras que el representante no acrecienta responsabilidad alguna, solamente adquiere el derecho a actuar. Derecho que no tiene, en principio, más límites que los que se hayan señalado en el pacto de autorización por el que originalmente ocurre la relación de representación.

ii) Una formulación que parte de las bases señaladas por Hobbes pero que a diferencia de él aborda el tema tomando como punto de partida una concepción organicista (también desarrollada por Pitkin) de la sociedad, es la de Max Weber. Para él la representación significa básicamente un estado de cosas en el que “la acción de algunos miembros del grupo es imputada

³⁷⁰ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 41

al resto, o donde se supone que el resto, y de hecho es así, que el resto considera la acción como legítima y vinculante para ellos (...) de modo que los beneficios les enriquezcan y las consecuencias caigan sobre ellos".³⁷¹ La diferencia entre esta y la posición de Hobbes es que para Weber la verdadera representación existe únicamente allí donde ciertos miembros selectos tienen *autoridad* para actuar por el grupo, en tanto que otros miembros carecen de ella. Solo desde una visión democrática la autoridad (jurídica en términos de weberianos) a la que se refiere Weber, es la que el pueblo confiere a los gobernantes mediante el mecanismo de las elecciones, pues hay modalidades de autoridad en Weber que devienen de otros criterios (la tradición por ejemplo).

iii) Otra construcción que también rescata Pitkin en esta línea de la autorización pero que es una perspectiva que va más allá y trata de corregir errores y falencias de las anteriores, es la de Phillips Griffiths³⁷² que hace la distinción entre 1) acciones, 2) consecuencias de las acciones y 3) *consecuencias normativas* de las acciones; para llegar al concepto de *adscripción* de una acción de un sujeto a otro. Elemento este que subyace a toda la construcción de la representación como autorización. El trabajo de Griffiths tiene la virtud de haber aclarado que lo que se *adscribe* en la relación de representación *no son* necesariamente (o no siempre) las acciones como tales *ni* sus consecuencias simples sino sus *consecuencias normativas* (que son las que pueden otorgar, modificar o extinguir derechos, obligaciones o status de las personas; es decir las moralmente relevantes). De tal manera que lo que se atribuye a los representados por los actos del representante, no son las acciones mismas (en algunos casos porque es imposible, en otros porque es irrelevante o innecesario) sino las consecuencias normativas de esas acciones. Como consecuencia del trabajo de Griffiths descubre (y detalla) Pitkin una serie de posibles situaciones (de representación) en las que las acciones del representante se adscriben al representado pero *no* implican que haya una relación de subordinación de la autoridad de este a aquel. Descubrimiento este muy importante pues resulta ser un elemento nuevo dentro de las teorías de la representación como autorización. Resulta entonces un cuestionamiento de la *subordinación a la autoridad* del representante está presente en Hobbes y también en Weber hasta el extremo que la propia Pitkin señala que para ellos todo gobierno es representativo; elemento que no está, está claro, en esta visión de Griffiths (aunque no deja de ser una perspectiva de autorización) cuyo aporte *afina* la perspectiva de la autorización pero no la despoja de su condición de noción

³⁷¹ Cfr. M. Weber. "*Economía y Sociedad*". Edición de Johannes Winckelman. Fondo de Cultura Económica. México. 1984

³⁷² H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 53

eminentemente formal que no contiene ningún elemento material nuevo (que es lo que Pitkin busca). En síntesis, Griffiths añade a la teoría de Hobbes la importante idea de que no necesariamente se da una relación de subordinación (sometimiento al poder de) del representado al representante, en la representación; lo que en definitiva aporta a la complejidad formal del concepto que analizamos y deja entrever otra característica de gran importancia del mismo: el cuestionamiento acerca de quién está subordinado a quién (¿el representante al representado o el representado al representante?) que en definitiva tiene que ver con las bases mismas de la democracia.

Con estos aditamentos, ya resumiendo, los elementos esenciales de esta clase de representación (la de la autorización) son los que siguen: 1) Autorización individualmente o colectivamente considerada que se hace a favor de uno o más sujetos para que actúen en nombre de los que autorizan. 2) Adscripción de las consecuencias de las acciones de los representantes a los representados.

2.1.1.1.2. REPRESENTACION COMO RESPONSABILIDAD

El segundo tipo de *representación* que Pitkin desarrolla -dentro de las que ella denomina, perspectivas formalistas- es el que resalta la característica de la responsabilidad. Lo hace como consecuencia de la asimetría y desequilibrio que Pitkin halla entre las condiciones de representante y representado en cuanto a las consecuencias de los actos del representante, dentro de la perspectiva de la autorización. Tratase entonces de la visión que completa el cuadro de las perspectivas formalistas y que de cierta forma complementa la perspectiva de la autorización; en fin, es su versión opuesta y complementaria.

Consiste en³⁷³ que un representante ha de ser tenido siempre como *responsable*: alguien que habrá siempre de responder a otro por lo que haga. En un sentido completamente contrario al de la autorización, el representante aquí está plenamente vinculado por sus actos y el representado es, *aparentemente* al menos, libre de las obligaciones que se generen por los actos del representante; el primero adquiere sobre todo responsabilidades. La obligación de responder a su autor es el elemento esencial de la representación en esta visión, sin importar – ¡atención!- que la condición de representante se logre democráticamente o no. Como decía, el representado aquí es libre de

³⁷³ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 60

obligaciones, por lo menos así es como Pitkin describe esta corriente del concepto de representación; no obstante, me permití matizar la idea con el adverbio “aparentemente” pues creo que Pitkin no repara en que es posible concebir desde esta visión que el representante deba responder por sus actos ante el representado, pero que ello no es decir necesariamente que el representado *deje* de estar vinculado por los efectos o las consecuencias que generen dichos actos. Es decir que una cosa es que los actos del representante sean solamente atribuibles al representado por ser el “propietario” de la acción (como ocurre en la perspectiva de la autorización) y otra es que (en la perspectiva de la responsabilidad) dichos actos generen la obligación en el representante de responder por ellos ante su autor pero cuyas consecuencias siguen siendo atribuibles a este último. De tal manera que esta perspectiva no es exactamente la opuesta a la de la autorización, como señala Pitkin, sino que solamente le añade a dicha perspectiva, en cuanto al representante, la obligación de *responder* y en cuanto representado, la facultad de controlarlo. Por eso dije que esta es una perspectiva complementaria a la primera.

Creo que un autor que desarrolla, con las mismas bases, pero de manera más detallada en cuanto que profundiza más en los pormenores que esta perspectiva encierra, es Giovanni Sartori. Para él la representación desde la perspectiva de la responsabilidad puede entenderse en dos dimensiones distintas, cada una con consecuencias también diferentes para el concepto de *representación*. Una entiende la responsabilidad como *eficiencia, competencia o habilidad* en la realización de las tareas de gobierno y la otra como *capacidad de responder* al representado en sus intereses o deseos³⁷⁴. Siguiendo una combinación de elementos de las perspectivas formalistas de la representación (como la ve Pitkin) Sartori plantea que se trata de una concepción a partir de la cual, por contraposición con la de *representatividad* (que Pitkin encasilla entre las clase de representación que identifica con la idea de “suplir a alguien”, que desarrolla con posteridad a las perspectivas formalistas bajo la denominación de *representación descriptiva*), se puede delinear la idea de *gobierno responsable*.

Para Sartori resulta intuitivamente lógico que la *representación política* haya surgido históricamente (en sus manifestaciones primarias reales, no teóricas) a partir de la concepción sociológica que implica un hecho existencial de *semejanza, de pertenencia común a una misma matriz de extracción* de los representantes y los representados; o sea a partir de la

³⁷⁴ G. Sartori. “*Elementos de Teoría Política*”. Alianza Editorial, Madrid, 1999, Pág.257

representatividad. Así se entiende, considera el autor, como en las corporaciones de la edad media sus miembros se sentían representados no porque eligiesen a sus mandatarios, sino porque mandatarios y mandados “se pertenecían”. Este sentimiento común de pertenencia del representante y representado hacía que este se sintiera mejor representado cuando aquel era un *alter ego*, alguien “como él” dice Sartori. Sin embargo, cree el autor que se puede pensar sobre esas bases, en el órgano estatal de representación política siendo un “perfecto espejo” de similitudes de extracción pero que, paradójicamente, en ocasiones y rompiendo la lógica, no reciba las demandas de la sociedad que refleja. Esta paradoja se explica, según G. Sartori, porque la realidad de la representación política plantea un dilema entre *representatividad* y *responsabilidad*; dilema en el que una de las dos formas de entender la responsabilidad (que él desarrolla) vence a la *representatividad*. Consecuentemente, describo en seguida estas dos facetas de la responsabilidad a las que Sartori se refiere, en sus términos: 1) La *personal*, que encierra la obligación del representante de responder al titular de la relación (el representado) en su actividad. 2) La *funcional o técnica*, que implica la obligación del representante de alcanzar, exhibir y desarrollar en su actividad un nivel adecuado (mínimo) de capacidad y eficiencia. La primera es una responsabilidad dependiente y la segunda una independiente pues se remite únicamente a la *competencia* y *conciencia* del representante. En el ámbito de la representación política estas dos caras de la responsabilidad denotan a su vez, dos formas distintas de entender la idea de *gobierno responsable* atribuibles los representantes: una de ellas en términos de *representación (gobierno) receptiva* y la otra en los de *representación (gobierno) eficiente*.

Para el autor, la primera opera justificadamente en ámbitos privados en los que el representante normalmente persigue el interés de su mandante excluyendo los demás intereses (particulares o generales), pero no es posible o deseable pretender que lo haga en el ámbito público pues los representantes, siendo *independientes* deben preferir perseguir el interés común de todos sobre cualquier interés particular, “... es sobre la base (...) de la responsabilidad funcional, por lo que un gobierno tiene “derecho” a subordinar los intereses sectoriales en la búsqueda de los intereses colectivos. Por el contrario, en el momento en que la responsabilidad funcional cede el paso a la responsabilidad dependiente, es asimismo probable que el interés general se sacrifique a los intereses parciales (...) no es paradójico afirmar, por lo tanto, que un gobierno responsable puede ser también un gobierno altamente irresponsable. Cuanto más receptivo se convierte un gobierno tanto menos se encuentra en condiciones de actuar responsablemente. Por lo tanto, se llega a un

punto en el cual la elección entre representatividad -sensibilidad por un lado, y responsabilidad-eficiencia, por otro, no puede eludirse.”³⁷⁵

Expuestos los extremos del dilema y pese a que al propio Sartori afirma no saber declarar un claro vencedor, por el tenor de su redacción resulta evidente se decanta por la concepción *funcional* de la responsabilidad como preferible o más adecuada que la *personal*. Es posible decir que esta preferencia del autor italiano se explica por qué él, igual que Hobbes y Weber, cree que en la representación se da esencialmente una subordinación del representado al representante.

Con la alusión a esta construcción de Sartori (cuyo aporte creo que constituye un enriquecimiento de la perspectiva de la representación como responsabilidad de Pitkin, que ella misma extrañaba en el libro base del presente trabajo), se aluden un par de elementos que desbordan la formalidad de la perspectiva de la responsabilidad y se irán tocando más adelante en el presente trabajo (al menos esquemáticamente, como planteamientos a ser abordados en detalle en el trabajo de tesis): 1) La tensión dependencia-independencia que deriva en *mandato imperativo o mandato libre* de los representantes políticos y 2) La idea de *interés general* que tocaré cuando (siguiendo a Pitkin) aborde las líneas generales de la teoría de Edmund Burke sobre la representación de intereses. En fin, se va perfilando la idea, igual que en el anterior apartado, de que la representación (como también Pitkin afirma) no puede verse desde una sola óptica y que se trata de un concepto altamente complejo y multidimensional.

Queda hasta aquí completada la descripción de las perspectivas formalistas, cabe ahora efectuar algunos cuestionamientos que destacan de su análisis.

2.1.1.1.3. LA CUESTION DE LOS LIMITES, UN PROBLEMA QUE LAS PERSPECTIVAS FORMALISTAS NO RESUELVEN

Los límites a la actuación de los representantes, que para las perspectivas formalistas existen, se circunscriben exclusivamente a los que impone la posibilidad (fáctica) de renovación de la autorización que los hagan los representados. Este es, por supuesto, un límite formal solamente ya que una perspectiva formal puede imponer a lo sumo u límite de similar índole, pero de ninguna manera, algún límite material. La cuestión de los límites entonces, es un problema que las perspectivas formalistas abordan desde su visión (formalista) y que resuelven en esa medida. No

³⁷⁵ G. Sartori, Op. Cit., Pág. 268

se puede pedir más a ellas pues es esa especie de *vacío* material el que en la dinámica de la democracia representativa y pluralista, los gobiernos, las oposiciones, las mayorías y las minorías (la sociedad civil representada) rellenan con sus acciones de ideologías y tendencias diferentes y determinadas. Es un espacio en el que se *construye* día a día, mediante el debate, la deliberación y la adopción de decisiones, pero siempre bajo el marco formal de que es posible, ante errores, acciones insatisfactorias o no responsables, que los representados no renueven el pacto de autorización y se lo otorguen a otros.

Ahora bien, hay que tener siempre en mente que en el marco de la teoría del contrato social, éste, igual que el otorgamiento de autoridad (del representante al representado) no es un real; por el contrario es solamente un recurso teórico al que se apela para legitimar un hipotético pacto de autorización y de responsabilidad. La perspectiva de la autorización, entonces, debe entenderse así: como una ficción teórica que da luces formales sobre un concepto (el de representación) delineando sus límites externos (iniciales), pero nada más. Si se piensa en la organización de la sociedad como un proceso continuo, dinámico y mudable y en cuán democrática puede ser la representación (vista como autorización) como mecanismo bajo el que opere ese proceso (pues nada en esta perspectiva formalista señala rotundamente como necesaria la presencia de mecanismos democráticos), entonces el recurso teórico al contrato ya no es suficiente; hay que acudir a otros elementos, así sean formales. Para ello Pitkin tiene la virtud de exponer y completar (por eso me resultaba tan llamativa la propuesta) con el pensamiento de Griffiths, las perspectivas formalistas –no ya solamente la de la autorización, sino su corolario, la de la responsabilidad-. Esa aportación de Griffiths, sin salir de los lineamientos formales de estas perspectivas, al tiempo que contribuye a ellas, genera un cuestionamiento de tal magnitud que puede destruir la base misma de la perspectiva inicial (pues la perspectiva de la autorización sirve a la justificación del gobierno representativo); lo que no es otra cosa que una señal de que Pitkin tiene razón al decir que las perspectivas formalistas son *una* forma de concebir la representación, no la única ni la más completa. El cuestionamiento al que me refiero surge de lo que había antes resaltado sobre Griffiths respecto a su concepto de *adscripción*, a saber: Con el aporte de Griffiths a la perspectiva de la autorización, queda en entredicho una cuestión que Hobbes y Weber daban por supuesta (por necesaria) por estar en la base de la legitimidad de su concepción del gobierno: el que, por el contrato social mismo, la representación es un concepto que importa fatalmente que los representados se encuentran sometidos y subordinados, sin remedio, a la autoridad de los

representantes. Con Griffiths esto no ya queda tan claro pues la idea de adscripción vinculada a la de responsabilidad abre la situación opuesta: la de subordinación del representante al representado, que invierte los roles. Esa inversión de roles es la que a efectos de la democracia podría denotar algún límite algo más que formal a la acción de los representantes (que tanto busca Pitkin y extraña en estas perspectivas formalistas).

2.1.1.2. PERSPECTIVAS DESCRIPTIVAS, QUE SUGIEREN “SUPLIR A OTRO”

Lo que Pitkin quiere en definitiva (y lo confiesa) es encontrar la *sustancia* de la representación, un *objeto material generalizable* de esa relación; que no es otra cosa que saber qué se puede considerar dentro de la relación y qué no, es decir, los límites materiales de la *representación*. Dado que las perspectivas formalistas no satisfacen ese objetivo que la autora se plantea (y es evidente que no son del todo satisfactorias desde la óptica de la justicia aunque también está claro que rebasan la formalidad, como hemos visto) recurre a otras explicaciones menos formales en el intento de encontrar esa parte material de la representación que persigue. Expone, en ese cometido dos nuevas versiones (la del símbolo y la del reflejo) que encuadra en una misma perspectiva: la descriptiva.

Se refiere a esta óptica de la representación como descriptiva porque a partir de ella, lo que se intenta teóricamente es demostrar que la *representación* es una realidad (limitada, racional y manejable teóricamente) que describe otra realidad mayor (menos limitada, amplia y racionalmente difícil de abarcar). La representación es aquí lo que Sartori (ya lo vimos) llama *representatividad*. Los representantes son una especie de *muestras*, de *prototipos* de la sociedad y la describen en dos modos: como símbolos y como reflejos.

2.1.1.2.1. REPRESENTACION COMO SIMBOLIZACION

A partir de esta perspectiva, lo que se pone de relieve es el hecho de que es posible entender la *representación* como una relación que puede establecerse prescindiendo del elemento humano, al menos directa y concretamente; es decir que esta visión trata de la *representación* de ideas, ideales, conceptos generales y contenidos abstractos que no se conectan forzosamente con sujetos humanos específicos y/o sus intereses, aunque sean el reflejo generalizado de ellos.

Aquí lo que se representa pueden ser objetos conceptuales o valorativos como, verbigracia, la unidad nacional o una creencia religiosa; a través, generalmente de objetos perceptibles por los sentidos (símbolos) como una bandera, un emblema, un himno, una cruz, etc. Pitkin además menciona como relevantes para la cuestión de la representación política, el caso de individuos que en ocasiones hacen las veces de símbolo –cuyo ejemplo más fácilmente identificable es el del rey en las monarquías constitucionales- tanto como puede serlo el escudo o la bandera de ese Estado nacional.

En esta perspectiva se enfatiza el grado de aceptación, de creencia que -en el estado de ánimo (subjetivo) que genera determinada actitud de beneplácito y satisfacción- no siendo racional, hace que el representante sea tenido como tal por el representado o por terceros. Pitkin llega a esa caracterización a través del análisis minucioso de las diversas maneras como puede concebirse la idea de *símbolo* y relaciona, en cuanto pueda haber conexión, dichas concepciones con la de *representación*. Así, a partir de la noción de arbitrariedad (como convención establecida en determinado momento y lugar) que caracteriza a algunos símbolos como los algebraicos, la autora señala que estos, debido a la condición de haber sido convenidos, no encierran básicamente nada relacionado con lo que simbolizan sino que solamente resultan útiles para facilitar determinadas operaciones; en tanto que existen otros símbolos que, no obstante haber sido inicialmente convencionales (pues tampoco comparten ningún rasgo objetivo con lo que simbolizan) de alguna manera (por el hábito primordialmente), encierran el *poder de generar una reacción o una actitud* en alguien, similar a la que se tendría, si se encontrara frente al referente del símbolo –tal el caso de la acción de besar una cruz o la de inclinarse ante una bandera-; con lo que se puede decir que aun siendo arbitrario el símbolo, este puede provocar una *identificación* con aquello que refiere y por lo tanto es, en esa medida, un *suplente*, un *sustituto* de lo que simboliza y esta idea, está vinculada ya con la de representación. Aquí el símbolo (como representante) no suple al representado porque se le asemeje sino porque ocasiona una reacción similar a la que provocaría el representado mismo. De ahí que Pitkin afirme que el símbolo es una especie de recipiente u objeto de sentimientos, de expresiones, de sentimientos o de acciones orientadas hacia lo que representa.³⁷⁶ Este elemento no racional sino emocional es el que caracteriza al símbolo.

³⁷⁶ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 109

Ahora bien, ¿de qué manera y en qué medida es útil esta concepción de la representación-simbolización, para la noción de representación política? A saber: si se extrapola esta perspectiva a la figura de un representante político, evidentemente se puede ver que en la figura tal se puede encontrar ese elemento irracional de generación de creencia y satisfacción y de formación de hábito que caracteriza al símbolo. El *liderazgo* de un representante político está en gran medida apoyado en la posibilidad de que él mantenga y acreciente en el pueblo, el sentimiento de creencia, de identificación y de satisfacción con la relación representante-representado. Entonces representar al pueblo, no es, desde esta perspectiva y en cuanto a la actividad, muy diferente de simbolizar una abstracción como la unidad nacional que simboliza un emblema, pues aquí *representar* significa ser creído y aceptado como representante, estando todo en la mente del representado. Digo actividad porque siguiendo a la autora, la actividad principal del representante entendido como símbolo será la de *hacer* que el pueblo crea en él como *su* representante, que se identifique con él. En principio esta tarea se ve claramente fácil en el caso, ya mencionado, de las monarquías constitucionales en las que el rey no tiene ninguna otra actividad aparte de esa.

Estas ideas –la de creencia, de convicción y la de acción que se dirige a crear y mantener dicha creencia o convicción- conduce a la que sostiene cierta doctrina alemana de la representación simbólica según cita Pitkin³⁷⁷ representada por Hermens y Wolff que postula que en la *representación* siempre hay tres partes, una que representa, otra que es representada y una tercera ante la que se ejerce o se hace valer la representación. De las tres partes, al menos la tercera (y la segunda óptimamente hablando) *debe* de alguna manera crear, estar convencida, tener el ánimo de que la condición de representante de la primera, existe.

Esta postura se inscribe dentro de la perspectiva de la simbolización, pues resalta el elemento anímico (sea emocional o no) de *crear* en que el representante es tal y tiene estrecha relación con las *función integradora* de la sociedad que los representantes-símbolos cumplen (los reyes en el caso de las monarquías históricas y en las constitucionales actuales).

La crítica a la que es susceptible esta postura (y la de la perspectiva simbólica de la representación en general) es que ese elemento anímico y emocional en el que inciden, puede obtenerse por cualquier medio, sea democrático o no democrático, es más, puede ser más fácilmente

³⁷⁷ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 127

conseguido por medios no democráticos y operar en regímenes totalitarios y autoritarios (como es el caso de las dictaduras caudillistas) ya que lo que importa es la *identificación* y la *creencia* en el representante importando poco cómo se alcance.

2.1.1.2.2. REPRESENTACION COMO REFLEJO

En esta otra manifestación de la representación como “suplencia de otro” se da importancia fundamental a la idea de que *el elemento que es representado y el elemento que representa* sean semejantes y se correspondan; que el este sea un reflejo lo más fiel como sea posible de aquel; que el segundo sea una suerte de *muestra (representativa)* del primero. Es en esta concepción, en la que se asocia hasta el extremo de la identificación, el concepto de representación con el de *representatividad*.

No tiene mayor interés desde esta perspectiva que exista o no una autorización del *representado* a favor del *representante* o que uno u otro o ambos se hagan responsables por las actuaciones del representante (es decir, las formalidades y límites que se han resaltado en las primeras perspectivas); aquí lo esencial es la idea de fidelidad en la *descripción* del representado, que haga el representante. Por lo dicho, también aquí cabe la representación de objetos y de ello da cuenta Pitkin con un detallado desarrollo de ejemplos (ajenos a la reflexión sobre la sociedad o sobre la política) como el de los mapas geográficos, el del arte figurativo, la fotografía, el teatro que *representan* en el sentido que *describen o se asemejan a* una realidad física determinada o unas situaciones o sujetos determinados; ejemplos que Pitkin utiliza para dar cuerpo e ilustrar esta perspectiva.

La lógica que exhibe Pitkin a través de tales ejemplos, es luego trasladada a la sociedad y a la política, para construir esta perspectiva que básica y someramente se concentra en la idea de *cuerpos legislativos representativos* compuestos por representantes que se corresponden, se conectan, se asemejan (en el sentido de que tienen las características típicas) o se constituyen en *reflejo* de los sujetos y grupos de la sociedad. La *composición* (fiel a la de la sociedad) de los cuerpos legislativos es resaltada con prioridad sobre las actividades de los mismos. De esta visión se derivan los fundamentos de los sistemas electorales proporcionales que pretenden que los cuerpos legislativos sean miniaturas de las sociedades en las que todos los grupos de opinión, de interés, de características, sean mayorías o minorías estén presentes para, principalmente, ser escuchados y para debatir. Dichos fundamentos, por otra parte, hacen hincapié, en coherencia

con esta postura, en que las funciones de los cuerpos legislativos son principalmente las de debatir y deliberar con el objeto de criticar, diseñar, conducir y controlar las acciones del gobierno (cuya función es ejecutar); están entonces relacionados también con el mecanismo de separación del poder en órganos diferentes e interdependientes y más estrechamente con los sistemas parlamentarios. Surge aquí nuevamente, esta vez a la luz de esta perspectiva, la idea de que no hay una identificación forzosa entre *representación* y *subordinación* (de Hobbes) o lo que es lo mismo entre *representación* y *gobierno*.

Una de las críticas más importantes que recibe esta perspectiva es que, al resaltar más la *composición fiel* como reflejo de la sociedad y menos la *actividad* (más eficiente o menos eficiente) propia del representante, queda aún muy distante la posibilidad de que en su base se pueda construir una concepción material de representación, que, connote *qué* deben hacer los representantes antes que *cómo* debe estar compuesto un cuerpo representativo.

Otra crítica importante es que, tampoco parece haber nada en esta perspectiva que conecte *representación* con procedimientos democráticos, pues es perfectamente posible (al prescindir de las ideas de *autorización* y de responsabilidad) prescindir del mecanismo del sufragio para constituir un cuerpo legislativo que sea un reflejo *fiel* de la sociedad. Aquí Pitkin³⁷⁸ (que Sartori también menciona, pero rebate³⁷⁹) señala y desarrolla otros mecanismos, como el muestreo o el propio azar que, con gran probabilidad, producirían un cuerpo representativo bastante descriptivo de la sociedad.

En resumen, esta perspectiva puede caracterizarse porque implica una *suplencia* por medio de correspondencia en características que ejerce algo o alguien en un medio determinado y diferente del aquel en el que se encuentra algo o alguien (que está ausente por lo tanto) al cual se representa. El representante (sujeto o grupo) tiende a parecerse en la mayor medida posible al representado (sujeto o grupo). Estas ideas centrales, más que connotar la idea de actuación de alguien por otro que está ausente, implican la idea de *información* acerca de las características del otro (del representado).

³⁷⁸ H. F. Pitkin. Op. Cit. Págs. 81 y 82

³⁷⁹ G. Sartori. Op. Cit. Pág. 264

2.1.1.2.3. OBSERVACIONES A LAS PERSPECTIVAS SIMBOLICA Y DESCRIPTIVA

Estas perspectivas contienen y constituyen, igual que las formalistas, formas parciales de ver la representación que, a pesar de aportar más componentes del concepto, no se preocupan especialmente sino superficial o tangencialmente por el *contenido u objeto* de la representación, que es como dijo antes, el objetivo de Pitkin. Se trata de posiciones que advierten la presencia de un factor emotivo (irracional) presente en la relación de representación o que muestran, dan información (como se señaló en la parte final del anterior apartado) una vez más, sobre las estructuras de dicha relación, pero que no dan cuenta de ese *contenido material* que tanto preocupa a la autora. Son, como afirma Pitkin, perspectivas plausibles y muy útiles para entender y alguna manera alcanzar el concepto, pero siguen siendo incompletas pues en lugar de incorporar las aportaciones formalistas las critican y soslayan completamente, en el intento de demostrar ser las “verdaderas” aproximaciones al concepto que ocupa este trabajo.

Sin embargo, esos elementos nuevos que sin lugar a dudas son contribuciones teóricas valiosas de estas perspectivas pueden verse también como complementos, como piezas que van llenando vacíos en un rompecabezas. Es el caso de la perspectiva simbólica que advierte acerca del elemento emotivo. Si se relaciona con lo visto en la primera parte, volviendo a la perspectiva de la autorización, este elemento emotivo faltaba y creo que puede tomarse en cuenta, pues para que haya y se mantenga esa relación de subordinación de representado al representante (necesaria para Hobbes y Weber en la representación) debe haber algún grado de *sentimiento* de satisfacción, de identificación del representado con el representante, más allá de que tenga la posibilidad de exigirle responsabilidad.

Asimismo, tampoco puede decirse que la noción de *representatividad* (perspectiva descriptiva) no tenga nada que complementar a las perspectivas formalistas, ya que teóricamente el concepto de *informar* sobre la composición material de la sociedad puede considerarse un supuesto útil, previo y necesario para descubrir como intenta Pitkin, si hubiera, una cierta *actividad sustantiva* que caracterice a la representación constituyéndose en el posible contenido material de esta; es decir, el contenido material puede ser variable dependiendo de que la relación de representación se de en una sociedad más o menos homogénea, más o menos pluralista, o más o menos diversa. Ello porque la naturaleza de esa actividad (ya hablando de ser aplicada a casos concretos de

sociedades específicas) tendría que tener algo que ver con que la naturaleza de la tal o cual sociedad.

2.1.1.3. PERSPECTIVAS QUE SUGIEREN “ACTUAR POR OTRO”

La *actividad* que aludo en el final del párrafo inmediatamente anterior, es la que Pitkin analiza en las últimas perspectivas que presenta en su libro. Deja entonces de lado ya la estructura de la representación e intenta verla como una forma o formas particulares de actividad que serían las *actividades propias del representante* como el componente base de su nuevo análisis. Es entender la representación como actuar “por otros”, sin que implique solamente suplirlos, ni simbolizar algo en lo que ellos creen y que tampoco involucre solamente la autorización abierta que haga un sujeto a su representante esperando una asunción de la responsabilidad, igualmente abierta de su actuación.

2.1.1.3.1. REPRESENTACION COMO ACTUACIÓN POR OTROS

Aquí Pitkin, ante la dificultad de encontrar una situación de actuación *típica* de la representación, recurre a un estudio por analogía terminológica, de varias palabras que semánticamente se aproximan a la idea de “actuar por otros” que en el lenguaje común se utilizan como sinónimos de *representar* pero que tienen (cada uno de ellos) un significado exacto peculiar y de esa forma, diferente de la palabra *representar*. Así la autora intenta descubrir cuál de los términos que analiza puede ser entendido como el más ajustado en su contenido semántico a la actividad de *representar a otros* en el ámbito político.

En tal proceso identifica cinco grupos de términos que tienen connotaciones de “actividad por otros”. Ahora bien, debemos entender la utilidad de este proceso de identificación solamente si está ligado a otro concepto: el de interés. Precisamente al analizar la representación como una peculiar actividad por otros, es cuando surge el cuestionamiento siguiente: Actuar por otros, bien, pero ¿En qué sentido? ¿Actuar “por” otros en el sentido de “para” otros? O dicho de otra forma ¿actuar “para” los intereses de otros? Evidentemente la respuesta a la última interrogante es sí. La expresión “actuar por otros” aquí no debe entenderse (no entiende así Pitkin) como suplencia –puesto que esa perspectiva ya fue discutida y agotada antes- sino como “actuar para” otros, *actuar a favor de sus intereses*. Esa es la perspectiva de la representación que Pitkin quiere relacionar con los términos análogos que desmenuza buscando unos *criterios generales rectores*,

unos *principios guía* de la actividad de los representantes. Dos de ellos (criterios generales) los describe Pitkin incluso antes de entrar en análisis de los diferentes términos análogos³⁸⁰; los halla, creo, intuitivamente y los formula, el primero de ellos en términos de que cuando ocurre una actuación “por otros” –precisamente porque esa actuación está ligada a los intereses de quien sea el representado- debe regir un criterio de *cautela* mayor que la que se pueda tener cuando se actúa en nombre propio pues en términos generales, cada uno de nosotros, no debe estar dispuesto a sacrificar a alguien más –a otro- en la misma medida que nos sacrificaríamos a nosotros mismos; así, la valentía o audacia cuando se actúa en nombre propio puede convertirse fácilmente en irresponsabilidad (en el sentido de responsabilidad funcional de Sartori) cuando asumimos compromisos en nombre de otros.

El otro criterio general, es el de la *racionalidad* en la actuación “por otros”. Se refiere a que el que actúe por otros, debido a que en algunas situaciones de actuación por otros, hay un grado alto de libertad del que actúa en nombre ajeno, *normalmente* debería evitar en lo posible actuar por impulso, lo que implica que deba en sus actuaciones intentar siempre hacerlo solo cuando existan razones atendibles para hacerlo, lo que importa necesariamente una actuación “como si” se tuviera la obligación de rendir cuentas y asumir la responsabilidad por las consecuencias, así luego no exista de hecho tal obligación.

Como podrá advertirse, ambos criterios intuitivos suenan mucho a complementos de las perspectivas formalistas (autorización y responsabilidad) y dan cuenta de que dichas perspectivas, lejos de estar más menos vacías o de tener o no aplicabilidad práctica, pueden ser consideradas como **recursos metodológicos** en base a los cuales es posible descubrir principios o criterios rectores de la actuación por otros (como los referidos), por ende, de la actuación del representante.

Con esos presupuestos, Pitkin menciona los siguientes grupos de términos antes citados:

- Actor, factor, agente
- Fideicomisario, tutor, procurador
- Comisionado, abogado, lugarteniente, vicario
- Enviado, delegado embajador, comisario
- Especialista o experto

³⁸⁰ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 130

Esta es una clasificación, como se dijo, efectuada con arreglo al criterio de analogía y no toma en cuenta que los significados de cada término pertenecen a diversos contextos e incluso que algunos de ellos pueden variar de significado dependiendo del contexto en el que se utilizan. No obstante lo dicho, lo que interesaba a Pitkin era agrupar los términos, reitero, conforme a la analogía en el *contenido* de la acción y en relación al grado de dependencia o de independencia que tenga el que actúa por otros en cada caso. No creo necesario ni útil, hacer un detalle de los pormenores de cada grupo; lo que resulta interesante son las conclusiones a las que pude conducir un proceso como el que emprende Pitkin; a saber: una vez agotado el análisis de cada término, queda claro para la autora que, en la *representación política*, hay muchas de las características de varios de los grupos terminológicos y que otras definitivamente no están ahí (como la del enviado o el embajador que se subordinan completa y permanentemente al representado). Algunos de los términos resultan demasiado generales –en el sentido de poco afinados- para vincularlos a la representación en el ámbito político, es el caso de *actor*, *agente*, y otros como *fideicomisario*, *tutor*, *procurador*, *abogado*, *lugarteniente*, *vicario* parecen muy vinculados a contextos diferentes del político, aunque puede decirse que ocasional y circunstancialmente en el ámbito político, los representantes actúan “como si” fueran alguno de los citados, pero no es el caso general, hay más en un representante político que las funciones que denotan de esos términos o la mera acumulación de ellas. Sin embargo, es útil tomar en cuenta, lo dicho, que la representación política tiene algo de esas funciones.

Además de haberme evocado la concepción de Satori respecto a la *responsabilidad funcional* desarrollada en el apartado de la representación como responsabilidad, me ha llamado, por otra parte, particularmente la atención (por su utilidad teórica) el quinto grupo de términos, el que incluye la visión de la actividad del *especialista* como análoga a la del representante, por dos razones fundamentalmente: En primer lugar porque abre la puerta del debate sobre la tensión entre mandato imperativo – independencia, clásica ya en la teoría de la democracia representativa y en segundo lugar porque da cuenta de un elemento conceptual que me parece crucial en la justificación misma de la democracia representativa: ese elemento es la libertad moral del individuo entendida como la posibilidad de que cada sujeto diseñe, persiga y actúe conforme a su propio plan de vida. Si se considera que en alguna medida la representación en el ámbito de la política, tiene mucho de la apelación al concurso de *especialistas* –que es ver en los

representantes políticos como especialistas- entonces se están dando las condiciones para que la figura de la *representación* en la democracia se justifique, porque, como dice Pitkin, siempre que se busca una ayuda o unos servicios profesionales, se está invitando a que se represente; y eso lo hace la gente pensando en que su plan de vida, trazado conforme a su libertad moral, se lo permite y a la vez les conduce a ello. Aquí el representante especialista actúa por otros porque ellos lo han querido y decidido así como opción moral. Esto en relación a la segunda razón que apuntaba.

En relación a la primera razón apuntada, si se considera a los representantes como especialistas y conforme a ello, se considera que se busca en los representantes una actuación “por otros” que el sujeto representado *no pueda* hacer por el grado de complejidad o especialidad que requiere la actuación, se está diciendo que se *confía* en los representantes-especialistas porque cuidarán de los intereses de los representados mejor que si lo hicieran los propios interesados o inclusive porque el especialista conoce la *voluntad real* del representado –postura paternalista-, en caso de que este se oponga. Ello combinado con el presupuesto adicional de que el hombre medio carece de la pericia y del conocimiento para gobernar, pero sabe evaluar con suficiencia cuán bien está siendo gobernado, deriva en la justificación de mecanismos de renovación de la confianza señalada, como el de las elecciones como contexto de ejercicio de un derecho de sufragio restringido únicamente a la elección/remoción del representante pero de ninguna manera a intervenir cuestionando sus decisiones directamente. Como dije, la cita y desarrollo que hace Pitkin de la perspectiva del especialista tiene implicaciones que derivan en la discusión sobre la tensión mandato-independencia, crucial en la teoría de la democracia representativa y que es el objeto de tratamiento del siguiente apartado sobre la *representación* como representación de intereses, en el que se discute sobre todo acerca de qué intereses y si se debe atenderlos con dependencia o independencia de la voluntad de los representados. He ahí la utilidad de esta perspectiva.

Las conclusiones a las que arriba Pitkin sobre las analogías, merecen ser anotadas porque resaltan tres ideas generales que apuntan hacia tres direcciones distintas: 1) la idea de representante como *sustituto en la actuación* que apunta a las perspectivas formalistas; 2) la idea de cuidar o de *actuar en interés de* que apunta hacia la teoría del mandato libre y 3) la idea de *actuar como subordinado* que apunta hacia la teoría del mandato imperativo. Con la combinación de estas ideas generales se puede ya tratar con algún detalle el tema de la tensión mandato imperativo versus independencia en relación al concepto de interés.

2.1.1.3.2. REPRESENTACION DE INTERESES

Para llegar a la formulación de que la representación entendida como acción o actividad *sustancial* en la que afloran, así sea de modo general, las obligaciones (por ende los límites) que configuran ese concepto, Pitkin recurre a un planteamiento en el que a través de una revisión de la tensión mandato versus- independencia, deriva en una enunciación del concepto de *interés*. Creo, lo adelanto, que en este análisis está el meollo de la contribución de Pitkin acerca de la representación política.

De manera somera, las posturas enfrentadas en el conflicto teórico entre mandato imperativo e independencia del representante (en su actuación) se pueden enunciar, en sus extremos, como sigue (tomando en cuenta la idea esencial de que representar es una actividad por la que se *hace presente a alguien ausente*):

- a) Por una parte, la postura del mandato imperativo se basa en el supuesto de que el representante debe actuar (haciendo presente al representado) *como lo haría* el representado (que está ausente), según sus deseos.
- b) Por otro lado, en la postura de la independencia se presupone que el representante debe actuar (también haciendo presente al representado) *como lo haría* el representado (que está ausente), pero según su propio criterio, pensando más en el interés del representado que en los deseos que tenga.

Siguiendo los resultados del análisis de analogías, la postura a) encuentra engarce con la tercera conclusión, la que ve en el representante como un *subordinado* del principal, que no da un paso y no toma decisión alguna sin tomar en cuenta el probable consentimiento del representado (en similitud con la noción de responsabilidad personal de Sartori expuesta supra). Actúa el representante como un simple *agente* que expresa los deseos (sean racionales o irracionales) del principal, como una *prolongación de él*. Su obligación es precisamente esa actuación de intermediario. No tiene aquí el representante ningún margen de independencia.

Por su parte, la postura b) que se relaciona con las conclusiones primera y segunda de las analogías, la idea de representante como *sustituto en la actuación* y la idea de cuidar o de *actuar en interés de*. Sugiere esta postura una actuación, ligeramente relacionada con la idea de actuación *como lo haría* el representado, aunque se acerca más a una actuación *como el representante cree que lo haría racionalmente* el representado, haciendo énfasis en los intereses

a mediano y largo plazo (o los que serían unos deseos racionalmente aceptables) de este; es una actuación aceptable inclusive sin que el probable consentimiento del principal medie. Aquí el representante tiene un amplio margen de independencia y su obligación reside en *escudriñar* esos intereses y actuar cuando *crea* que los ha descubierto y en su conformidad.

Ahora bien y como la propia autora indica, existe una serie de posibles enfoques intermedios que en realidad serían atenuaciones de una y otra posición que lo que hacen es acercarse a uno u otro extremo. Empero, no hay forma de conciliar las dos posturas así planteadas *conceptualmente*; no hay cabida para una convivencia entre ambas, aparte de la hipótesis (incierta) de que es posible pensar que en muchos casos los deseos y los intereses del representado coinciden. De cualquier modo, en el planteamiento extremo, para Pitkin nos encontramos aquí frente a un dilema en el que lo que salta a la vista con un poco de detenimiento, es que en ninguno de los casos parece encontrarse *representación* alguna (a pesar de que ambas visiones se justifiquen en *su propio* concepto de representación) pues lo que hay es una adaptación del concepto a las ideas centrales de cada posición, para fundamentarla.

Pitkin señala claramente que en ninguna de las dos situaciones puede existir *representación*, pues ambas expresan una negación de tal. En el primer caso porque el representante está *tan* sometido a las instrucciones de los representados que en rigor no es posible pensar en él como un representante. Se asemeja más a la figura de agente, de miembro del principal, sin autonomía y que opera siguiendo sus instrucciones (como lo hace una mano siguiendo las instrucciones del cerebro, en el ejemplo gráfico que da Pitkin). Aquí el “representante” es a lo sumo un símbolo o un reflejo.

En el segundo caso, tampoco puede hablarse de representación pues el “representante” (especialmente si se considera el extremo de que no remitirse al posible consentimiento del representado sea un hábito) actúa con *tanta* independencia que a lo sumo puede pensarse como un *representante formal* ya que perseguirá intereses que deduce única y exclusivamente de su propio razonamiento, lo que puede significar que persiga solo los suyos haciendo de la representación un eufemismo.

La primera de las posturas incide tanto en *hacer presente* al representado, que borra al representante y la segunda incide tanto en no *hacerlo tan presente* que borra al representado y parece que lo que hace el representante es actuar en su propio interés.

En ninguno de los extremos, entonces, podemos hablar de representación como actuación material o sustantiva pues ambas señalan obligaciones y límites o solamente de tipo formal (en el sentido de aparente, de disfraz) –caso del mandato libre- u obligaciones y límites *de la propia relación de representación* pero no de la actividad. Una es actuación material del representado y la otra es actuación material del representante, lo que deriva en que *conceptualmente* ambas son actuaciones sin más (sin representación). La autora apunta aquí que quizás la única forma de conciliar esta contradicción conceptual es formulando la representación como actividad, como un concepto paradójico que trate de: *hacer presente pero a la vez no hacer presente al representado*. En esa paradoja interactúan las ideas de deseos e intereses y para explicarla (explicación que dejo para el apartado 4. que alude a la formulación de Representación Política de Pitkin) habría antes que pulir un poco más un concepto que sigue suelto, se lo ha mencionado en varias ocasiones y es al que este apartado quiere llegar, es el de interés. Es necesario señalar cómo lo concibe Pitkin.

La autora, como en todas las anteriores situaciones en las que se enfrenta a un concepto, efectúa un amplio análisis de las implicaciones semánticas del término en cuestión y llega a enunciar dos grandes sentidos de la palabra *interés*. En primer lugar, habla del interés como aproximado en significado a *bienestar o conveniencia que* y en segundo lugar como aproximado a *atención o preocupación como estar interesado por* algo. De ellos el que más utilidad presta al análisis de la representación es el primero, ya que *conveniencia* importa de alguna manera *poner algo en juego*, tener algo que perder o que ganar. De esta significación se pueden observar dos diferentes vertientes, la subjetiva que relaciona el interés con una persona o con un grupo determinado y cuya concepción depende en gran medida de cómo sea (qué tenga que decir) esa persona o ese grupo; y la otra, la objetiva, en la que se sitúan los intereses *desvinculados* (como les llama Pitkin) puesto que la concepción de interés no se define por las características de la persona o del grupo que los tenga. En términos muy simplificados y obviando todo el desarrollo que hace Pitkin, tener interés *es tener algo en juego* -sea que se considere el elemento subjetivo o se le vea solo objetivamente- lo que configura los intereses como unas *aspiraciones o unas expectativas de bienestar* que tienen los individuos o los grupos de individuos y que las ven como realizables. Estas aspiraciones pueden tomar la forma de *demandas* que el representante trata o no trata de satisfacer y por ende de realizar. ¿Cómo lo hace? Depende de que se considere respecto a las dos vertientes, es decir, depende de cómo se entienda la definición de esas aspiraciones (intereses), si contando con la participación de los interesados en la conceptualización (postura de los intereses

vinculados, relacionada con la postura del mandato imperativo del representante) o sin contar con ellos en (intereses desvinculados, relacionada con la postura de la independencia del representante). He de verlas en orden inverso.

2.1.1.3.2.1. PRIMERA VARIANTE: REPRESENTACION DE INTERESES DESVINCULADOS

El pensamiento de Edmund Burke, el parlamentario inglés del siglo XVIII da las bases para el desarrollo que Pitkin hace de esta variante, que se enmarca dentro de la acepción de *conveniencia*, de *bienestar*.

Para Burke la representación política es siempre de intereses y ellos son objetivos, impersonales y por lo tanto desvinculados en su definición del individuo o grupo que los tiene o que los persigue; existe para esta postura, por lo tanto, una idea objetiva de bienestar, de conveniencia, en fin, de interés que los individuos, los grupos y la sociedad en su conjunto deben perseguir. La tarea de descubrir y hacer realidad ese interés objetivo es precisamente de los representantes, en bien de la sociedad. Tarea que los representantes llevan adelante a través de un ejercicio de racionalidad práctica vinculado a una idea determinada de moralidad y de justicia, combinada con la experiencia. La traducción de esa moralidad objetiva (que para Burke es la ley natural, por lo que su pensamiento se puede enmarcar claramente como propio del iusnaturalismo racionalista) en leyes, en Derecho positivo, viene a ser una derivación (una inferencia) que se encarga a una élite de legisladores en representación de la sociedad. Los intereses entonces son objetivos y desvinculados porque derivan de una inferencia racional de la ley natural. De ahí que la propia idea de élite gobernante-legisladora-representante sea para Burke también una expresión de la ley natural que en este caso opera bajo el supuesto de que como las desigualdades entre los hombres son naturales, en cada sociedad bien ordenada hay una *aristocracia natural*³⁸¹ que domina y determina el destino de esas sociedades. No hay en esta perspectiva lugar para la voluntad general o popular pues la moral deviene de la sabiduría que los legisladores que como seres virtuosos traducen racionalmente las verdades morales, objetivas y naturales en bienestar para la sociedad.

Ahora bien, esa tarea la realizan los representantes a través de la deliberación que necesariamente precede a la adopción de decisiones; de ahí que Burke rechace dos extremos muy claramente: 1)

³⁸¹ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 186

La posibilidad de que el pueblo delibere –por razones tanto de imposibilidad física como de natural incompetencia- y adopte las decisiones políticas que *convengan* a sus intereses; lo que se traduce en una justificación del mandato independiente, de la idea de representación como subordinación del representado al representante, de responsabilidad funcional y la concepción del representante como un verdadero experto o especialista. 2) Que exista una suerte de pluralidad de intereses que se enfrenten dentro de la deliberación de la élite de representantes. Dado que los intereses son objetivos y desvinculados, solamente se puede debatir sobre *un* interés, el de la Nación. La representación es entonces la actividad de búsqueda, definición y consecución del interés nacional. En palabras de Pitkin, la representación nada tiene que ver con obedecer los deseos populares, sino que significa la promulgación del bien nacional por parte de una élite selecta.³⁸²

Puesto que el interés es uno y desvinculado, los representantes tampoco se vinculan con ningún interés concreto ni con ningún grupo o distrito electoral; de ahí que Burke haya desarrollado como consecuencia de lo anteriormente apuntado una idea de *representación virtual* que sugiere básicamente que siendo el interés nacional uno, que resulta de una conjunción de intereses desvinculados bastante homogéneos (que son pocos y tienen que ver sustancialmente con la idea de bienestar material), no hace falta que todas las porciones territoriales del Estado que conforma la sociedad determinada estén representadas *realmente*, es suficiente con que lo estén *virtualmente*, es decir a través de la representación de unas pocas regiones *representativas (típicas) del interés* lo están todas las demás. La élite, ilustrada y virtuosa, sabrá difundir ese interés a todas las regiones. Una consecuencia importante de esta línea de pensamiento es que para que este sistema de élite representativa funcione dentro de esta lógica de representación virtual, no son necesarios el sufragio y las elecciones sino en versiones restringidas –pues por otra parte ve que es necesaria cierta relación (mínima) entre representantes y electores (ciertos lectores solamente) para que la idea de representación virtual sea sostenible en el tiempo, apoyada en una representación real de pequeña escala-

La visión de representación aquí es por lo tanto, una preponderantemente de intereses que enfatiza la razón, la deliberación como vehículos conducentes a la decisión; no es una representación de personas, que contrariamente enfatiza los deseos de ellas y los intereses vinculados a ellas.

³⁸² H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 188

Lo más significativo de lo que propuso Burke (como contribución a la idea de representación y por ende a la de democracia representativa), según lo entiendo siguiendo a Pitkin, fue el haber puesto en un plano principal, la idea de *deliberación* pues realmente resulta intuitivamente aceptable que no es posible lógicamente decidir antes que deliberar. Entonces a Burke se le debe este rasgo definidor de la representación como actividad sustancial, que es consecuencia de la independencia de los representantes: la actividad de deliberar. Aquí el elemento esencial es que, respecto a la controversia mandato-independencia, Burke sienta las bases de la segunda y construye su idea de representación con ese sentido y características.

Otro elemento digno de mención y que enlaza con lo expuesto en el apartado anterior, es que para esta concepción que juega entre la representación real y la virtual, en ella es visible también ese concepto paradójico de ***estar pero a la vez no estar*** presentes los representados en las actividades del representante.

2.1.1.3.2.2. SEGUNDA VARIANTE: REPRESENTACION DE PERSONAS CON INTERESES

Aquí Pitkin se apoya en el pensamiento liberal clásico, particularmente en el de algunos de los teóricos involucrados en la fundación de Estados Unidos de Norteamérica (Hamilton, Madison) que en la misma época (fines del siglo XVIII) postulan el extremo opuesto al de Burke de la concepción de interés, una concepción personal e individualista. Para los liberales clásicos los intereses también son una manifestación de *bienestar*, de *conveniencia* pero siempre vinculada a individuos (o grupos determinados), lo que implica que el interés no es aquí impersonal ni objetivo, sino por el contrario, personalizado y autodefinido. Los intereses son *de alguien* y ese alguien es quien tiene derecho a definirlos (presupuesto utilitarista). En esa medida los individuos y los diversos grupos sociales (con intereses propios) son los que definen sus intereses, pero para que tales operaciones sean armónicas y equilibradas en términos de una convivencia social pacífica, deben ser de alguna manera controladas –domesticadas es el término que Pitkin utiliza³⁸³– por algún mecanismo. Esa manera de controlarlas es la representación política como solución institucional para lograr un mínimo de equilibrio entre tales intereses plurales, personales e

³⁸³ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 207

independientes, pero a la vez muy concretos pues se configuran básicamente en términos de bienestar económico.

En Estados Unidos la representación política se instituye como un dispositivo alternativo y *preferible* a la participación popular directa en la toma de decisiones políticas pues, se entendió por una parte que los intereses ya referidos no correspondían a todos, sino únicamente a quienes sean titulares del derecho de propiedad (lo que habla de la naturaleza material de los intereses) y por otra parte, por la imposibilidad física de obtener la presencia de grandes cantidades de personas, para deliberar y decidir. Los intereses –en el pensamiento liberal norteamericano, personificado por Madison- se concebían negativamente, como inestables, mutables y dañinos – se los asoció a la idea de facción³⁸⁴, entendida como grupo de personas unidas por unos intereses comunes contrarios a los derechos de los demás ciudadanos; la idea es en definitiva pernicioso- y por lo tanto era necesario que sean ordenados y controlados –la solución que daba ese orden era el Gobierno Representativo que Madison equipara a la idea de República (como opuesta a la de democracia) e (igual que Burke) imaginaba conformado por una élite que *filtrara* o *encausara* los intereses de las distintas facciones, a favor del bienestar de la nueva nación. Ahora bien ¿Cómo funciona esto? Dado que la nueva nación alcanzaba un ámbito territorial muy amplio, con la *representación* (elitista y racional, como la de Burke) era menos probable que los distintos intereses se concentren en el gobierno y a la vez factible que se mantengan lo más dispersos como posible para evitar que se formen facciones (grupos de interés), cobren fuerza en una sola asamblea y arremetan contra el interés nacional. Por eso la representación era alternativa a la participación directa y también *preferible* a ella. El congreso de representantes entonces ejercía de filtro, frenando y hasta paralizando temporalmente las acciones de las facciones –que ya más débiles pero aún enfrentadas entre sí, se encuentran en su seno-. En este esquema de *estático o de paralización* de la acción, la representación encaja perfectamente.

La acción de los representantes es vista aquí ya no como un ejercicio racional de búsqueda y deliberación del interés nacional, sino como un ejercicio de *freno y encauzamiento* de intereses ya bien definidos y peligrosos. Aquí la representación es por consiguiente, un mecanismo institucional necesario para balancear y mantener bajo control esos grupos facciosos con intereses diversos (en ocasiones opuestos y dañinos) al interés nacional. De esa manera la representación es una

³⁸⁴ H. F. Pitkin. Op. Cit. Págs. 212 y 214

actividad por la cual se mantiene un equilibrio que luego sirve de guía a las acciones reales de gobierno.

Refiere Pitkin que por su parte, los liberales utilitaristas ingleses, quienes también parten de una noción vinculada de interés, plantean una noción aún más drásticamente subjetiva de interés. Siguiendo el clásico planteamiento de Jeremy Bentham, solo cada quien es el mejor juez de su propio interés, ningún gobierno puede perseguir los intereses de los individuos mejor que los harían ellos mismos; por lo tanto los representantes tampoco. La representación es aquí un mecanismo sustancialmente vacío pues hasta el concepto utilitarista de “nacional”, común, es solamente el agregado de los distintos intereses individuales. De estos elementos Pitkin concluye que la representación (como actividad sustancial) es imposible pues el representante jamás podría conocer realmente el interés de sus representados. Como máximo podría seguir las pautas que le den estos y eso es ya el ámbito de la representación como autorización o como responsabilidad personal.

2.1.1.4. FORMULACION DE LA REPRESENTACION POLÍTICA

El modo de ver la representación política que Pitkin pone en frente del lector es, en una conjunción de todo lo trabajado por ella, un instrumento complejo, cargado de elementos diversos, resultando ser una simbiosis, un conjunto de ideas que basado en las ideas repartidas en las perspectivas que Pitkin presenta y desarrolla en su libro, debe ser de alguna manera ordenado y formulado con pretensión de generalidad. Creo que la clave de esa formulación se la ve más claramente reparando en el análisis que efectúa sobre la paradoja de *hacer presente y no hacer presente* a los representados³⁸⁵; idea que explicita la propia Pitkin en términos de una representación política que sea una actividad de un grupo humano dentro de uno mayor (la sociedad) que vele por el interés de los representados, de una manera sensible ante ellos (ante su voluntad). Con esta fórmula, el cuerpo representante no es solo una extensión ni un miembro, ni mucho menos una marioneta pues actúa él independientemente, empero, esa independencia no es absoluta pues no deja de ser sensible, receptivo y vinculado a la voluntad de sus representados, pues ahí juega su responsabilidad. Además de tales factores racionales, cuanto el cuerpo representante sea (pueda

³⁸⁵ H. F. Pitkin. Op. Cit. Págs. 168 y 170

ser) en este esquema, además *representativo* tanto mayor será su grado de sensibilidad (por identificación) con la voluntad de los representados, por ser además un reflejo de su diversidad de voluntades. En el esquema incluso cabe decir que si el cuerpo representativo además simboliza algo en lo que los representantes creen sería y extendidamente, entonces su sensibilidad será aún más fiable, lo mismo que la confianza que los representantes le tengan, en lo relativo a su independencia. Todo ello bajo el velo inicial de una autorización formal, al modo de pacto de representación. En la fórmula, como se puede ver, quedarían conjugadas todas las perspectivas de Pitkin. Es una fórmula muy abierta, pero creo que sirve de marco para desarrollar investigaciones más puntuales que tengan que pasar por definir el concepto de representación como uno de sus factores.

2.1.2. POSIBILIDAD, IMPOSIBILIDAD (Y DESEABILIDAD) DE ENCONTRAR, CON EL APOORTE DE PITKIN, UNA CONCEPCION MATERIAL DE REPRESENTACION

En varios pasajes del resumen comentado que precede, que versa sobre análisis que Pitkin hace en su libro, he mencionado que el objetivo de la autora es desvelar algún significado conceptual sustantivo de la representación; ahora bien, ese no puede ser, creo, un objetivo teórico útil o valioso en sí mismo, pues nada aportaría más allá de entender un poco mejor la representación sin más, si circunscribe a ello únicamente. Entiendo que ese objetivo que Pitkin se propone, es en realidad solamente un medio para alcanzar otra meta que merece ser perseguible: la de descubrir qué límites y obligaciones son los que caracterizan la actividad de los representantes políticos que es, en otros términos decir, hasta qué punto la representación es un instrumento que *define* ese hecho crucial de la vida social que es la actividad de gobernar y la obligación de obediencia de los gobernados. La obligación política de obediencia que precede e implica a la obligación jurídica y que tiene base en la noción de obligación moral de obediencia a un sistema jurídico que rige en la sociedad y que, creo, puede ser una forma de entender la democracia, tiene que tener alguna relación con la representación. El objetivo es averiguar si esa relación es definitiva y definitoria de las relaciones de poder que ocurren en una sociedad.

La pregunta que planteo en virtud a lo que menciono recién es: ¿Es entonces la *representación* un concepto que pueda *definir* la democracia? Esa relación de nuclear importancia que existe entre la democracia como asunción de una obligación no solamente política y jurídica sino ya moral de obedecer al Derecho de determinado Estado y la *representación*, considero que es el verdadero

objetivo valioso que debe impulsar una tarea de averiguación teórica sobre la *Representación*; y es precisamente un objetivo que la propia autora del libro objeto del presente trabajo, confiesa³⁸⁶ no haber alcanzado porque simplemente no lo había buscado, no se lo había planteado ya que había partido del supuesto de que la relación entre representación y democracia es siempre pacífica y necesaria y había dejado de lado el hecho que en la teoría, el asunto de la fundamentación de la democracia representativa (ante la presencia de fortalecidas corrientes actuales de democracia participativa o hasta directa), como una más de las modalidades posibles de democracia, como *única* modalidad factible o como la verdaderamente legítima democracia, está todavía falto de mayor tratamiento.

Lo que queda de lo que Pitkin aporta (aparte de la formula general descrita) es esa contribución metodológica, ese cuestionamiento acerca de a qué conduce descubrir si hay o no hay una dimensión material de la representación y de existir, si ella es primordialmente lo que implique esa dimensión o la conjunción de la dimensión formal y la material; que a su vez configuren la democracia como fundamento de la obligación moral de obediencia al Derecho de determinado Estado y como parámetro definitorio de las relaciones entre individuos y grupos que se dan en la sociedad. Eso y el hecho de haber dejado una sensación de insatisfacción, me parece que puede ser lo fuerte de la contribución de la obra de Pitkin pues mantiene latente la pregunta sobre la relación democracia-representación lo que abre el camino en el cuestionamiento acerca de para qué es útil hacer una investigación teórica sobre la representación. A las preguntas clave iniciales de una investigación así, como: 1)¿qué se representa? 2)¿quién representa? y 3)¿cómo se representa?; se pueden dar las correspondientes respuestas igual de generales: 1) Se representan los intereses y a la vez la voluntad objetiva de los representados; 2) Representan sujetos autorizados, representativos, electos o todos a la vez y 3) Se representa deliberando y luego decidiendo con alto grado de discrecionalidad pero, ¡atención!, teniendo en cuenta los deseos (como expresión de la voluntad real) de los representados. Con la ayuda de Pitkin, como se ve, se pueden esbozar respuestas generales y medianamente sólidas.

Para conducir el análisis a grados más específicos y más profundos, creo que es necesario hacer dar una mirada al menos somera, al encaje y compatibilidad que tendrían los hallazgos de Pitkin

³⁸⁶ H. F. Pitkin. Op. Cit. Pág. 11

con posturas clave dentro de la filosofía política contemporánea, como la visión del liberalismo igualitario.

2.1.2.1. ANALISIS DESDE LA OPTICA DEL LIBERALISMO

La idea de representación está tan ligada a la de democracia y a la de liberalismo, que desde la modernidad hasta hace pocos años³⁸⁷ se tenía por sobreentendido al hablar de democracia en conexión con el liberalismo, importaba hablar de representación política. Digo hasta hace pocos años pues en las últimas décadas han surgido movimientos que intentan recuperar una democracia directa, sin intermediarios, recuperando esquemas que van desde la Atenas clásica, hasta formas de organización política de culturas diferentes a la occidental. El liberalismo democrático se asienta claramente entonces sobre las bases de la representación; la democracia liberal *es* representativa, por definición. Las declaraciones de Derechos y las primeras Constituciones liberales de finales del siglo XVIII y las del XIX, organizan la estructura institucional de los Estados modernos y las relaciones de estos con sus ciudadanos en base a la democracia representativa.

El liberalismo como teoría política, asienta sus raíces en un marcado individualismo, en la idea de una incontrovertible autonomía de la voluntad que se proyecta sobre la organización del Estado en una clara delimitación entre las esferas privada y pública. Los individuos, así, son plenamente libres de seguir sus planes de vida en la esfera privada, sin más límite que una libertad similar de lo demás individuos y el Derecho es el mecanismo que a través de la institucionalidad del Estado, regula y protege ese esquema de libertad. Por otra parte, los ciudadanos son formalmente iguales en la esfera pública, lo que asegura unas condiciones mínimas de convivencia pacífica. En este diseño moral y jurídicamente individualista el Estado es éticamente neutro: no persigue más fin moral que esa libertad individual. En esta lógica, la representación en el ámbito de la política juega un rol importante³⁸⁸ pues los individuos, cuya opción moral individual es perseguir sus propios planes de vida en búsqueda de su bienestar (material), no participan (porque no pueden o porque no lo desean) en las actividades de gobierno y delegan tal actuación en sus representantes. Esos individuos (no todos ellos), solamente tienen un papel en el ámbito político, en periódicas situaciones en las que investidos de la condición de ciudadanos, piden cuentas a sus

³⁸⁷ A. Arblaster. "*Democracia*". Alianza Editorial. Madrid. 1992. Pág. 121

³⁸⁸ C.B. Macpherson. "*La Democracia Liberal y su Época*". Alianza. Madrid. 1997. Pag.47

representantes y renuevan o no esa delegación a través de elecciones democráticas en ejercicio del derecho de sufragio. Hasta aquí se ve notoria identificación de la *representación formal* de Pitkin. Para el liberalismo la democracia es necesariamente representativa y tal representación es eminentemente formal. La representación como actividad material queda abierta, será definible en el ejercicio mismo de la representación; aunque se entiende que tratará de la persecución de los intereses vinculados (de los que habla Pitkin en su segunda variación de representación de intereses) de los diferentes Grupos de Interés (cuyas fuerzas se equilibran en el cuerpo representativo), con el límite que impone el principio de libertad individual (nuclear e innegociable para el liberalismo) por cuyo mandato los representantes deberán restringirse en la deliberación y toma de decisiones que afecten a intereses relacionados con los bienes básicos (primarios en la terminología de Rawls) de los representados, que son los que hacen a la realización de sus particulares planes de vida, empero, a la vez podrían tener los representantes una mayor dosis de independencia cuando deliberen (negocien) sobre deseos (secundarios) que no afecten a tales bienes. Ernesto Garzón Valdés llega a esta fórmula en estos términos: “La representación (...) es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política”³⁸⁹. Aparece como se puede apreciar la conocida idea de este autor de un “coto vedado” (en materia de representación material) del que no pueden disponer los representantes. Así concilia el liberalismo, la autonomía con la representación independiente. Consiguientemente la representación y la división de poderes son pilares del Estado de Derecho Liberal y tal base no cambia con la aparición del Estado Social ni con el último Estado Social y Democrático de Derecho que es la versión más avanzada del Estado-Nación desde el punto de vista de una organización estatal justa.

Junto a las características señaladas y haciendo ya un salto de las características esenciales del liberalismo clásico al liberalismo igualitario (que no deja de ser liberalismo), en un plano más abstracto que el de la institucionalidad política, la figura de la posición original que utiliza John Rawls puede ser entendida como una invocación a la *representación* (en el sentido de “situarse uno en el lugar de otro”) en el que los supuestos participantes de dicha posición pueden -gracias a la conjugación de dos premisas: 1) la de que se encuentran en una situación de ignorancia sobre

³⁸⁹ E. Garzón Valdés. “Representación y Democracia” en *Doxa N°6*. Op. Cit. Pág.163

su futura posesión de bienes primarios sociales y naturales, por lo tanto sobre su futura posición en la sociedad y 2) la certeza de que dichas personas buscarán diseñar una vida futura lo más ventajosa posible -situarse ellos mismos en todas las situaciones sociales posibles, en un ejercicio de representación *mental* de todos los intereses sociales posibles-, con el agregado de que la posición original misma asegura reflejar óptimamente la igualdad moral de todos los individuos³⁹⁰. Bueno, para ver si encajan estas consideraciones con lo estudiado por Pitkin sobre la representación; habrá que partir de algunos cuestionamientos sobre si se trata de una extensión (más abstracta) de la misma idea (de representación como estar presente y no estar presente a la vez), o si se trata de conceptos que nada tienen en común. Con lo visto en el apartado en el que se describe la representación como autorización, se puede establecer un primer cuestionamiento básico que derivará en otros más particulares: ¿La idea de representación, late subyacente a toda la formulación rawlsiana, pues imbuye el núcleo mismo del elemento “posición inicial” de su teoría (liberal)? Si. ¿Se puede pensar en dicha teoría, prescindiendo de la idea de representación? No. Y ¿se puede pensar en alguna construcción teórica liberal sobre la sociedad idealmente justa, que prescindiera de ese elemento? No. ¿Se puede pensar en una sociedad organizada, al margen de la idea de representación? Creo que definitivamente no, pues la lógica liberal indica que la única manera de conciliar ese individualismo (así sea moderado y atenuado por la búsqueda de un esquema de sociedad igualitaria) cuyo pilar es la autonomía de la voluntad con la democracia es la *Representación*, y ello desde los niveles de la meta-política (posición original), hasta los de la política institucional. Ahora bien ¿qué representación? Clara y preponderantemente: la *representación formal* que persiga intereses independientemente con alguna sensibilidad (al menos hipotética y limitada a los bienes no primarios) a los deseos de los representados. Una idea representación más sustancial es incompatible e indeseable, pues en el liberalismo (al postular un Estado moralmente neutro) no hay virtud cívica (como en las teorías comunitaristas). En síntesis, la representación abierta, funcional y formal late en y subyace a toda construcción liberal. La representación para el liberalismo, es fruto necesario de que las sociedades complejas requieren que un seno opere una división del trabajo, que refleje la marcada distinción entre la esfera privada y la esfera pública. La primera de dominio de los individuos en la que está moralmente fundamentada una actuación directa y autónoma y la segunda en la que está justificada la actuación mediante representación con límites formales e institucionales. Ahora

³⁹⁰ W. Kymlicka. “*Filosofía Política Contemporánea*”. Ariel. Barcelona. 1995. Pág. 77

bien, ¿Qué ocurre que si se considera que tal distinción entre esferas privada y pública no es tan clara? ¿El concepto de representación presentado por Pitkin sirve igual? Creo que estas son cuestiones que merecen un tratamiento mucho más profundo, que pase por encontrar definiciones claras sobre el Estado y la sociedad civil como se los considera actualmente (si hubiera acuerdo doctrinal en ello), que harían que la representación sea vista ya en otros planos (políticos siempre) que incluyan las agrupaciones sociales de diferentes niveles. Considero que en estos ámbitos la fórmula de Pitkin ya no sería tan precisa ni útil y habría que encontrarle nuevos planteamientos y dimensiones a la representación. Por ahora creo que queda establecido que la formulación de Pitkin funciona en el ámbito político-estatal formal dentro de sociedades de corte liberal y puede servir como punto de partida para una investigación que salga ya de ese ámbito, como la política misma lo ha hecho ya.

CAPITULO IV

EL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

INTRODUCCIÓN

El contenido del presente capítulo está concentrado en el pluralismo jurídico boliviano y en su concepción como resultado inevitable del ejercicio de derechos colectivos de ciertos grupos. Como podrá apreciarse, ese pluralismo jurídico es fruto de acontecimientos y desarrollo normativo muy propios de ese país y su heterogénea sociedad. A pesar de que en varios aspectos comparte condiciones y particularidades con otras sociedades latinoamericanas, el pluralismo jurídico boliviano está ineludiblemente ligado a los pueblos indígenas bolivianos.

Esas coincidencias dan lugar que se hayan efectuado reflexiones y análisis teóricos que engloban a varias de ese tipo de sociedades, especialmente desde el punto de vista del análisis del cuerpo normativo jurídico internacional referido a los derechos de los pueblos indígenas; lo que no obsta el señalamiento de características muy peculiares bolivianas.

La primera parte del capítulo hace un recorrido por los antecedentes de la situación jurídica, política, cultural y social de Bolivia; a partir de eventos que han ido dando lugar a cambios normativos que, vistos por la mayoría de la población boliviana como verdaderas conquistas dentro de luchas sociales, han ido dando forma y contenido progresivamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas bolivianos (luchas y logros apoyados por el desarrollo paralelo en el contexto internacional –regional y global- de la normativa internacional de protección y desarrollo de ese tipo de derechos). Tales antecedentes desembocan en la actual Constitución boliviana (aprobada en 2009) cuyos contenidos vinculados al pluralismo jurídico se analizan igualmente en la primer parte.

En la segunda parte, se aborda con mucho más detalle la reflexión en torno a los derechos colectivos de los pueblos indígenas bolivianos; iniciando con la descripción lo más detallada y actual posible del “sujeto” de esos derechos: los así nominados “Pueblos y Naciones Indígena

Originario Campesinos (PIOC)”³⁹¹; siguiendo con el desarrollo del cuerpo normativo jurídico internacional y nacional de protección y desarrollo de esos derechos en concreto, y concluyendo con un análisis del ejercicio de uno de tales derechos colectivos: un macro derecho colectivo que se conoce como derecho al ejercicio de la potestad jurisdiccional de y por los pueblos indígenas, en uso de su autonomía jurídica, política y administrativa (derecho –en sentido subjetivo- que, en otros términos o visto desde otro ángulo, es el derecho al ejercicio del Derecho –en sentido objetivo- propio, de los PIOC).

El capítulo termina con algunas proyecciones hacia el futuro del ejercicio de dicho derecho.

³⁹¹ PIOC (pueblo indígena originario campesino) es una fórmula muy típicamente boliviana para aludir a los pueblos indígenas. Surgió como resultado de un pacto político que celebraron las fuerzas mayoritarias de la Asamblea Constituyente que tuvo lugar el año 2008 para redactar una nueva Constitución y que luego derivó en la actual “Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia” aprobada por Referendum nacional en enero de 2009. Puesto que los distintos grupos de pueblos indígenas adoptaban para sí diferentes denominaciones (“indígenas” los de las zonas bajas y orientales del país; “originarios” los de las zonas altas y occidentales; y “campesinos” los de los valles centrales del territorio boliviano) el pacto político consistió en unir todas esas denominaciones en una sola fórmula que hiciera que todos los pueblos indígenas se sintieran cómodos e identificados con ella y que no fuera excluyente de ninguno de ellos. Esa fórmula es la de PIOC.

PARTE I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

Como pauta inicial y tal como se hizo en el primer capítulo, en el que se presentaron algunos elementos identificadores del antagonista teórico del pluralismo jurídico: el monismo jurídico; conviene ahora señalar algunas singularidades de esa corriente en la historia constitucional de Bolivia. Veamos a continuación esa experiencia a través de descripciones que ha hecho la profesora boliviana Yamile Hayes, apoyada en estudios de otros académicos latinoamericanos.

1. ANTECEDENTES DEL MONISMO JURÍDICO EN BOLIVIA COMO FRUTO DE SU CONDICIÓN DE EX-COLONIA

A partir del descubrimiento de América, las naciones europeas asumieron como justificación de su expansión política y territorial, la misión de eliminar el salvajismo de la faz de la tierra, dando inicio a un proceso de propagación que consideraba que la cultura y las instituciones europeas eran el modelo a partir del cual deben ser forjadas las demás naciones del mundo. Naturalmente, el Derecho no fue un instrumento extraño al anterior cometido. El traspaso de las instituciones jurídicas occidentales (junto con la religión) a los contextos coloniales no sólo es visto como una necesidad gubernamental sino que, también, fue considerado como un medio para lograr el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización.

Como norma general, en los contextos coloniales, la metrópoli aceptó la vigencia de los usos y costumbres de los pueblos autóctonos, sometiendo, eso sí, su validez al respeto de los principios básicos del Derecho colonizador. En efecto, las prácticas jurídicas nativas fueron conservadas en la medida en que no contradecían los valores y principios fundamentales del Derecho oficial. De modo que el pluralismo jurídico, en este sentido, resulta siendo un producto del colonialismo. De ahí que, como vimos en el primer capítulo de la tesis, las relaciones entre el Derecho del colonizador y el Derecho de los pueblos colonizados, en América y en otros continentes, fue el principal objeto de estudio del pluralismo jurídico clásico.

En América Latina específicamente, el pluralismo jurídico (según la versión clásica) viene representado por el Derecho de los pueblos indígenas sobre el que se impuso primero, en época colonial, el Derecho de los españoles y portugueses y después de la descolonización, el Derecho

oficial de los nuevos Estados. Junto a este pluralismo, se encuentran otras manifestaciones de pluralismo propias a sociedades actuales, como el caso de las favelas en Río de Janeiro, estudiado por el profesor Boaventura de Sousa Santos, que ya aludimos en el mencionado capítulo primero.

1.1. EL MONISMO JURÍDICO EN AMERICA LATINA Y EN BOLIVIA

Según la académica peruana Raquel Yrigoyen, desde la perspectiva de la corriente que persigue la descolonización y combate la doctrina del monismo jurídico, postula lo siguiente acerca de la última:

“... a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen”³⁹².

Esta perspectiva monista, sólo considera válidas las normas producidas por el Estado, a través de los canales establecidos. Por lo que las normas producidas por otras fuentes (como los pueblos indígenas) no serían Derecho ni tendrían fuerza de ley. Así, la “costumbre”, por ejemplo, sólo sería admisible a falta de ley y nunca en contra de ella³⁹³.

La visión monista del Derecho, supone una comprensión de la sociedad como una entidad étnica y culturalmente homogénea, es decir la denominada “Nación”. La misma que siguiendo a R. Yrigoyen, posee el significado de:

“...un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura”³⁹⁴.

Lógicamente, esta concepción del Derecho y la sociedad trae como consecuencia que los juristas rechacen las normas y sistemas jurídicos distintos al estatal cuando se enfrentan a situaciones de pluralismo jurídico. En algunos casos, llegan a aceptar la administración de justicia “alternativa” realizada por las comunidades indígenas u otros colectivos pero solamente para casos menores,

³⁹² R. Yrigoyen Fajardo. *“Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal”*. Fundación Myrna Mack. Guatemala, 1999, pág. 4

³⁹³ R. Yrigoyen. Op. cit., Pág. 5

³⁹⁴ Íbidem

en una lógica que entiende que para casos de menor cuantía no hay demasiado problema en permitir una solución ajena a la judicial.

Este monismo jurídico, presente en la formación y en la mentalidad de los juristas bolivianos, hace que sea necesario evaluar aspectos como el legalismo jurídico y la falta de relación entre lo aprendido en la teoría y la práctica judicial cotidiana. En cuanto al legalismo jurídico, los juristas consideran a la Ley como la principal fuente del Derecho y se limitan a aplicarla. Por otro lado, no se toma en cuenta la realidad social, económica y cultural de los países latinoamericanos. Se tiende a presentar el Derecho como un ente abstracto, totalmente desconectado de lo que sucede en la realidad.

Los sistemas jurídicos estatales de América Latina, hasta antes de la última cuarta parte del siglo XX, siguiendo las ideas del colombiano Diego López Medina, pueden caracterizarse de la siguiente manera³⁹⁵:

- Legocentrismo: Es decir, la primacía de la ley como fuente del Derecho, por encima de las demás fuentes.
- Omnicomprensividad: El sistema no tiene vacíos, los operadores de justicia deben poder encontrar siempre una solución dentro del sistema (sin recurrir a otros datos o conocimientos que no sean jurídicos).
- Sistemática y coherencia: No hay antinomias (contradicciones irresolubles) en el sistema, o de existir alguna se puede solucionar con las reglas del sistema.
- Coercibilidad: Sólo las reglas que tienen una sanción o que son coercibles, son parte del sistema. Las proposiciones que no determinan una consecuencia jurídica positivizada no se consideran Derecho.
- Pureza: El sistema jurídico es políticamente neutro. Los operadores judiciales son inmunes a cualquier influencia de la sociedad. La argumentación jurídica es mecánica. El papel del juez es comprobar los hechos, no pronunciarse sobre el contenido de la ley, la forma cómo se aplica en la realidad o sus aspectos morales.

³⁹⁵ Se siguen aquí las ideas del colombiano, Diego López Medina, descritas en su libro: *"La Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana"*. Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004, pp. 377 y 378

- Literalidad: Dentro de los métodos para interpretar las normas, se prefiere el textualismo. Es decir, no se trata de ver más allá del texto literal de la norma, dejando de lado las interpretaciones teleológicas, históricas, sistemáticas o sociológicas.

Dicho lo cual como contexto, en el caso de Bolivia, de acuerdo con lo expresado por el filósofo boliviano Luis Tapia,³⁹⁶ uno de los principales rasgos en que se ha organizado el Estado en Bolivia, desde su fundación, ha sido el hecho que se ha constituido como un conjunto de instituciones de gobierno en base al formato de las instituciones políticas provenientes de la cultura dominante de los países colonizadores del continente. En ese sentido, el proceso de fundación de los Estados latinoamericanos y del boliviano, en particular, ha tenido un fuerte componente de continuidad, ya que si bien ha habido una emancipación en relación a centros coloniales, las instituciones económicas y políticas instituidas continuaban siendo aquellas impuestas por el dominio colonial.

Es bueno tener en consideración que el dominio colonial se ha hecho a través de estructuras sociales y políticas de tipo más o menos feudal y tributario, como también a través de estructuras modernas y más o menos liberales de organización del poder estatal, considerando que la conquista forma parte importante de la constitución de la modernidad mundial. Desde 1825 hasta 1952 no se reconoció condición de ciudadanía a la mayor parte de la población, y en particular, a las personas que pertenecen a otros pueblos y culturas, los llamados *originarios* o *indígenas* del país.

Esto implica que no sólo no se reconocían sus formas políticas de organización, las pertenecientes a cada pueblo y cultura, sino que tampoco se reconocían derechos subjetivos políticos a los individuos a quienes, sin embargo, se integraba al Estado boliviano en condición de súbditos.

La revolución nacional de 1952 reconoció la condición de ciudadanía a todas las personas, incluidas las mujeres y las poblaciones de los diferentes pueblos o culturas del país, pero en el seno de un moderno Estado boliviano reconstituido en términos de Estado nacional. Esto implica una ola más grande de integración e inclusión política y el reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales, a la vez, para esa gran población, por lo menos como posibilidad, aunque no como inmediata ejecución.

³⁹⁶ L. Tapia Mealla: "*Gobierno Multicultural y democracia directa nacional*", en: "*La transformación pluralista del Estado*", Muela del diablo, La Paz, 2008, Pág. 93

Persistió, sin embargo, el desconocimiento de la diversidad cultural, y el no reconocimiento en términos de igualdad, ya que el proyecto de nación, como ha ocurrido en casi toda Latinoamérica, implicaba una estrategia de producción de un nuevo tipo de unidad y de identidad en torno al Estado-nación boliviano, lo cual desde luego, no pasaba por el reconocimiento de la diversidad cultural.

Todo el tiempo transcurrido desde entonces hasta 1994 (con la aprobación de la Constitución boliviana de ese año), desmonta las estructuras de soporte material y simbólico del Estado-nación. Para eso usa un discurso multiculturalista de reconocimiento de la diversidad social, pero bajo estrategia y supuestos que conciben la integración de la población de otros pueblos y cultura a través del reconocimiento del carácter plurilingüe y multicultural del país, pero en el seno de las instituciones occidentales de selección de gobernantes, de organización administrativa del Estado, de administración de justicia y de la vida política en su conjunto³⁹⁷.

Empero y simultáneamente, observa L. Tapia, a través de varios siglos han persistido las estructuras de organización social de varios pueblos agrarios y nómadas, recolectores, cazadores y pescadores en tierras altas y bajas del país; además, persisten sus sistemas de administración de justicia, que se han nutrido, en una franca hibridación, del denominado sistema oficial.

Según Ardilla, en virtud de la realidad, pierde eficacia el derecho estatal como mecanismo de asignación que reduce al mínimo los costos privados de transacción. Se tambalea la seguridad jurídica que sustenta el principio de legalidad monista. Se habla de crisis del Derecho por la ineficacia de la norma legal como orientadora de las relaciones sociales, se habla de crisis de la administración de justicia por la incapacidad del aparato jurisdiccional de atender y resolver la conflictividad.

En realidad lo que ocurre, conforme piensan I. Tapia y E. Ardilla, es que el mito monista ya no es suficiente para entenderse con la nueva realidad. “Hemos dicho que el Derecho estatal nunca llegó ni a tener el monopolio de la orientación de las relaciones sociales ni a resolver la mayoría de los conflictos que se presentan en la sociedad. En ese sentido no habría un cambio mayor en este nuevo momento (...). El cambio fundamental en la época presente es que el Estado está abandonando su arrogancia, que está dejando de lado la idea de que es el único que puede

³⁹⁷ Ibidem

orientar las relaciones jurídicas y abocar los conflictos más importantes que se presentan en la sociedad. Es así como, al mismo tiempo que se están redefiniendo las tareas que el Estado debe cumplir, se está dando un replanteamiento del papel que le corresponde en la regulación de las relaciones sociales y frente a los conflictos entre sus asociados (...) el concepto de pluralismo jurídico gana aceptación como instrumento de análisis de la realidad.³⁹⁸

Existe una diferencia en la utilización del argumento del pluralismo en Europa y Latinoamérica, de la cual de paso, surge una paradoja: Mientras en los países europeos el pluralismo jurídico aparece como modo de resistencia a la omnipotencia estatal, en Latinoamérica la ecuación es inversa, pues el desarrollo de una normatividad paralela surge ante la ineficacia de la actividad estatal para atender y contener a vastos sectores sociales. E. Ardilla puntualiza que si en el primer caso se puede mantener que es un pluralismo resultante de un exceso del Estado, el segundo se origina por la ausencia de Estado.

Además de lo mencionado hay que considerar que el contexto social boliviano merece, cree la mayoría de los defensores del reconocimiento de la diversidad cultural (parte de la cual, es el pluralismo jurídico) una lectura a partir de la interculturalidad, que a diferencia de la óptica multicultural (que es descriptiva y postula la hegemonía de lo occidental sobre lo nativo), plantea un relacionamiento en igualdad de condiciones, equitativo y equilibrado. Sobre la interculturalidad, se dice, lo que a continuación exponemos.

1.2. LA INTERCULTURALIDAD

El concepto de interculturalidad, apunta a describir la interacción entre dos o más culturas de un modo horizontal y sinérgico. Esto supone que ninguno de los conjuntos se encuentra por encima de otro, una condición que favorece la integración y la convivencia armónica de todos los individuos y los grupos.

Cabe resaltar que este tipo de relaciones interculturales supone el respeto hacia la diversidad; aunque es inevitable el desarrollo de conflictos, éstos se resuelven a través del respeto, el diálogo, la concertación y el consenso.

³⁹⁸ E. Ardilla. "Pluralismo Jurídico: Apuntes para el debate". En: "El otro Derecho". Número 26-27. ILSA. Bogotá. 2002.

Como se adelantaba, la noción se diferencia del multiculturalismo y del pluralismo por su intención directa de promover el diálogo y el acercamiento entre culturas.

Hay que tener en cuenta que el éxito de la visión de la interculturalidad depende de múltiples factores, como las distintas concepciones de cultura, los obstáculos comunicativos, la carencia de políticas estatales, las jerarquías sociales y las diferencias económicas; sin embargo, también existen muchas formas de promover la interculturalidad en una sociedad. En primer lugar, el trabajo reside en las familias, donde los niños deben criarse libremente, sin imponerles ideas o conocimientos estrictos, sino inspirándolos a pensar y perder el miedo a aquello que es diferente. En segundo lugar en las comunidades deben desarrollarse proyectos educativos que busquen eliminar de forma progresiva los prejuicios y aquellas preconcepciones en torno a ciertos individuos o grupos. Por último, la integración debe promoverse desde los más altos cargos, permitiendo que cualquier ciudadano, que demuestre capacidades suficientes, acceda a los mismos derechos sin anteponer a tal acceso sus tendencias ideológicas o de cualquier otro tipo, o su origen cultural o étnico.

Es lamentable, como sostienen algunos académicos progresistas bolivianos, que, por ejemplo, la formación que se brinda a los estudiantes de Derecho en Bolivia, no incluya los temas de interculturalidad ni de pluralismo jurídico, desde una perspectiva de formación integral. Por el contrario, la formación actual aún se basa en doctrinas superadas (como monismo jurídico), desconociendo la pluralidad cultural existente y los actuales procesos de cambio (sintetizados en la Constitución del 2009) que han puesto a las poblaciones indígenas como actores políticos y jurídicos de primer orden. Es justamente a partir de la aprobación de esa Constitución Política del Estado, que Bolivia se halla empeñada en generar un sistema judicial que, desde la óptica de la interculturalidad, permita construir normas e instituciones jurídicas que respondan a la realidad plurinacional boliviana.

El pluralismo jurídico y la interculturalidad se conjugan dado que aquel parte de la necesidad de una interpretación intercultural del Derecho, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas y ordenamientos jurídicos. En este sentido, el pluralismo jurídico, oficializado por la Constitución, refleja una aplicación de la interculturalidad oficial: añade un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer mayor transformación a ella en términos del sistema no-indígena, con lo que, el diálogo

intercultural entre ordenamientos jurídicos, se convierte en una suerte de comunidad ideal de diálogo, en términos de la teoría del discurso.

No obstante, conforme advierte el antropólogo español afincado en Bolivia desde hace décadas, Xavier Albó, existe un riesgo en el tratamiento de la interculturalidad, ya que sugerir que el problema de la interculturalidad es simplemente un problema del tratamiento de los indígenas y no un problema histórico y estructural de toda la sociedad se puede caer en fundamentalismos y etnicismos que muchas veces sirven para promover la parcelación y separación. Lo que a su vez es caer en el peligro de ceder al frente de la necesidad de construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de Estado y una profundización de la democracia; tareas que, según X. Albó, comprometen a todos.

Xavier Albó propone que en un mundo cada vez más entrelazado, no se debe ser ni tener una actitud unidireccional; sino más bien, se debe actuar en pos de entablar el diálogo en ambas direcciones y en condiciones de igualdad. Ésta actitud, daría lugar a evitar reproducir la polarización, tan común en el derecho positivo occidental, por ejemplo entre un derecho absolutamente individual o absolutamente colectivo a la propiedad. Por otra parte, una actitud tal (la intercultural) también evita presumir que el derecho consuetudinario debe evolucionar hacia el derecho "positivo y ordinario". Más bien y como sugiere el autor mencionado, al propósito intercultural es buscar un enriquecimiento y posible convergencia jurídica, que también permita incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad puedan empezar a entretrejerse.

En alusión a la interculturalidad y a su alto potencial constructivo, se han pronunciado últimamente autores como Katherine Walsh, a quien acude Y. Hayes para sustentar dicha utilidad y que aquí se incorpora como una de las firmes bases sobre la cual, se está intentando construir un Derecho plural en Bolivia y que, puede tener puntos de contacto con nuestra propuesta vinculada a la teoría del discurso. Y. Hayes señala que el etnocentrismo lleva a interpretar las prácticas culturales ajenas, a partir de los criterios de la cultura propia o a través de la persona intérprete como si existiera una jerarquía entre las culturas. Todas las culturas son igualmente dignas y merecedoras de respeto por lo que la única forma de comprender correctamente a las culturas es desde la

complejidad simbólica de sus prácticas culturales, e interpretar sus manifestaciones de acuerdo con sus propios criterios culturales.

Tanto en Bolivia como en otros países de América Latina y del mundo –conforme comenta Catherine Walsh³⁹⁹ –existe una nueva coyuntura política en la cual la *multi-pluri-inter-culturalidad* está ganando espacio y legitimidad. Esta nueva coyuntura incluye el reconocimiento por parte de los Estados de la diversidad étnica y cultural y, como elemento de eso, la necesidad de reconocer algunos derechos específicos al respecto, lo que algunos autores llaman el nuevo "constitucionalismo multicultural".

En Bolivia, este reconocimiento oficial es, en mayor parte, reflejo y resultado de las luchas y demandas del movimiento indígena, de sus procesos de fortalecimiento identitario como actores sociales, políticos y culturales y de su cuestionamiento de los modelos existentes de ciudadanía, democracia, Estado y nación. Es precisamente en esta nueva coyuntura política, que emergen tensiones y paradojas, tensiones y paradojas entre el ideal de la *interculturalidad* y los valores en que se funda, los esfuerzos del reconocimiento y defensa de lo propio y distintivo (indígena) y el uso del multi o pluriculturalismo como parte de las mismas estructuras políticas- y aparatos ideológicos- que se empeña en transformar. Hacer ver estas tensiones y paradojas ayuda entender la complejidad de la problemática, como también nos hace considerar por qué la *pluralidad e interculturalidad política y jurídica* no son exactamente lo mismo.

En efecto, si la *interculturalidad* se funda en la necesidad de construir relaciones *entre* grupos, como también *entre* prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la *multi* o *pluriculturalidad* simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia. Entonces, la *interculturalidad* se refiere a la interacción entre culturas, de una forma respetuosa, donde se concibe que ningún grupo cultural esté por encima del otro, favoreciendo en todo momento la integración y convivencia entre culturas. En las relaciones interculturales se establece una relación basada en el respeto a la diversidad y el enriquecimiento mutuo; sin embargo no es un proceso exento de conflictos, estos se resuelven mediante el respeto, el diálogo, la escucha mutua, la concertación y la sinergia. Es

³⁹⁹ C. Walsh. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". Instituto Científico de Culturas Indígenas, Año 4, No. 36. Marzo de 2002

importante aclarar que la interculturalidad no se ocupa tan solo de la interacción que ocurre, por ejemplo, entre un chino y un boliviano, sino además la que sucede entre un hombre y una mujer, un niño y un anciano, un rico y un pobre, un marxista y un liberal, etcétera.

Por supuesto, la interculturalidad está sujeta a variables como: Diversidad, definición del concepto de cultura, obstáculos comunicativos como la lengua, políticas poco integradoras de los Estados, jerarquizaciones sociales marcadas, sistemas económicos exclusivos, etc. es decir que la interculturalidad se ha utilizado para la investigación en problemas comunicativos entre personas de diferentes culturas y en la discriminación de etnias, principalmente. Otros ámbitos de los estudios interculturales son aplicados en el ámbito de la educación, los estudios de mercado y su aplicación en el diseño de políticas en Salud. La interculturalidad del siglo XXI tiene referentes precisos en los modelos de comunicación de masas en los Estados Unidos en la década de los 50 's, los modelos de comunicación intercultural y migración en España y la integración Europea, cuyo principal teórico es Miquel Rodrigo Alsina, investigador de la comunicación en la Universidad Autónoma de Barcelona. Otro elemento presente en los modelos y los procesos de gestión intercultural, son los desarrollados por los pueblos indígenas en Nicaragua de la Costa Atlántica, la lucha de los pueblos Mapuches en Chile y las poblaciones indígenas en Bolivia.

Se puede puntualizar que la interculturalidad se refiere a la interacción comunicativa que se produce entre dos o más grupos humanos de diferente cultura. Si a uno o varios de los grupos en interacción mutua se les va a llamar etnias, sociedades, culturas o comunidades es más bien materia de preferencias de escuelas de ciencias sociales y en ningún caso se trata de diferencias epistemológicas.

Otras variables a las que se expone son: Inserción e integración, en la primera se asume la presencia física de las personas a un determinado espacio donde prevalece la cultura dominante o mayoritaria, en el segundo caso, no solo se acepta sino que entra en juego la disposición a interactuar de manera intelectual, psicológica, y cultural al no solo dar por aceptada a la nueva cultura, además disponerse a conocerla, respetarla y aprender de ella en interacción mutua entre las mayorías y minorías culturales, dando como resultado un proceso intercultural (entre culturas).

Un problema que puede plantearse cuando existen diversos grupos étnicos y culturales es que uno de ellos, el hegemónico, que no siempre tiene porque constituir la mayoría aunque sí ostentar el poder, intente construir una "cultura nacional" en términos de su identidad cultural, provocando

a la larga la destrucción de las otras culturas. Desgraciadamente esto es lo que se había ido produciendo en toda América y por ello habla del etnocidio⁴⁰⁰ o, incluso, “genocidio cultural” de los pueblos indígenas⁴⁰¹. La aceptación de la existencia de comunidades diversas dentro de un mismo Estado, con su propia normatividad jurídica, comporta la necesidad de reconocer el pluralismo, y, en suma, a establecer un Estado plural.

En general, el pluralismo se articula y desarrolla a partir de la condición de fragmentación y diversidad social, producida por los procesos de modernización capitalista y los de colonización, que generan una multiplicidad de organizaciones⁴⁰². El pluralismo jurídico implica la aceptación que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas. (...) Mientras que la *multi* o *pluriculturalidad* parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido, la interculturalidad, en la manera que se ha venido proponiéndola el movimiento indígena, se centra en la *transformación* de la relación entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas y políticas públicas. (...) En este sentido, el concepto de la *interculturalidad* va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión. Releve y pone en juego la diferencia, no solamente cultural sino colonial, a la vez que busca maneras de negociar e interrelacionar la particularidad con un universalismo pluralista y alternativo, la aplicación de lo que se ha convertido en lema: la unidad en la diversidad. Pero una unidad muy distinta a la que supuestamente existe. Una unidad *intercultural* que tiende puentes comunicacionales y apelan cambios profundos en todas las esferas de la sociedad, aportando, como decía a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de estado y una profundización de la democracia⁴⁰³.

Por último, cabe mencionar que para que la interculturalidad sea efectiva es necesario que se cumplan tres actitudes básicas, como la visión dinámica de las culturas, el convencimiento de que

⁴⁰⁰ Etnocidio entendido, con alcances simbólicos, como la destrucción cultural deliberada.

⁴⁰¹ V. Cabedo. “El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador (Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena)”. Obtenido en www.observatorio.cl en 17/12/2008

⁴⁰² L. Tapia: “La velocidad del pluralismo”. Muela del diablo. La Paz. 2002. Pág. 78

⁴⁰³ Y. Hayes. “Jurisdicción Indígena Originario Campesina. Coordinación con las demás Jurisdicciones”. UMRPSFX. Sucre. 2009

los vínculos cercanos sólo son posibles por medio de la comunicación y la conformación de una amplia ciudadanía donde exista la igualdad de derechos.

2. LAS TRES PERSPECTIVAS DEL PLURALISMO JURIDICO EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

Ya que de derechos subjetivos hablamos al finalizar el acápite anterior, hay que anotar aquí que el primer capítulo de ésta tesis, se hizo relación eminentemente descriptiva del “estado del arte” de pluralismo jurídico⁴⁰⁴; en el análisis de esa descripción se pretendió resaltar las líneas conceptuales más pertinentes, pero no se incluyó en él la perspectiva del pluralismo jurídico visto como resultado del ejercicio de derechos subjetivos (concretamente de titularidad y ejercicio colectivo, es decir los que corresponden a los grupos humanos). Tal omisión fue deliberada, pues se consideraba más acertado dedicar un capítulo completo, al final de la tesis, a esa perspectiva, por dos razones: En primer lugar porque era necesario presentar y analizar antes todo lo atinente a la Teoría del Discurso (segundo capítulo), vincular esa teoría luego con el Derecho a través de la conexión Moral-Derecho que propone dicha teoría (capítulo tercero), para luego –en segundo lugar– abocar el trabajo investigativo en la situación del pluralismo jurídico en Bolivia, país en el cual, se ha adoptado preponderantemente un pluralismo jurídico muy ligado a la idea de derechos humanos.

En éste capítulo entonces, después de contextualizar las perspectivas desde las cuales el Derecho boliviano (y la sociedad boliviana, a través de él) ha asumido el pluralismo jurídico; se desarrollará el peculiar modo en el que se entiende dicho pluralismo jurídico. Ese desarrollo, creo firmemente, no puede hacerse sin considerar que en la sociedad boliviana (como sociedad ex-colonial) abundan las formas y órdenes jurídicos pre-coloniales propios de los pueblos indígenas, fruto de su conservación (en algunos casos) o de su adaptación al Derecho occidental.

Partimos entonces contextualizando. Diremos en efecto, que la Constitución boliviana aborda la cuestión del pluralismo jurídico desde tres perspectivas, a saber:

2.1. PRIMERA PERSPECTIVA

La primera está vinculada a las Bases Fundamentales del Estado. Desde esta perspectiva, se

⁴⁰⁴ En esa descripción, que no fue exhaustiva –dado que todo lo que se ha escrito sobre el pluralismo jurídico, o sobre cualquier otro tema, es inabarcable– se hizo el intento de concentrarse especialmente en los aspectos que más relevantes de cara a los propósitos de la tesis.

establece que una de las susodichas bases imprescindibles, que hacen esencialmente a la existencia del Estado boliviano, es la característica de ser un Estado jurídicamente plural. Esta determinación normativa se encuentra en el artículo 1 de la CPE boliviana.⁴⁰⁵

La particularidad de esta perspectiva radica en que el título constitucional en el que se contextualiza tal perspectiva, es uno en el que se determina el modelo de Estado que se encuentra, como efecto de la propia Constitución vigente en Bolivia. Aquí entonces, el pluralismo jurídico, es una característica primaria del Estado boliviano; derivada por extensión, de una característica primaria de la sociedad boliviana.

Atendiendo a la conceptualización efectuada en el primer capítulo de esta tesis, en la que fue asumido que el pluralismo jurídico, propende a ser una condición de la sociedad y -sólo subsidiariamente- una característica del Derecho; resulta coherente con dicha conceptualización el hecho que la Constitución Política del Estado boliviano incorpore al pluralismo jurídico como una condición del Estado, reflejo de la realidad social a la que tal Constitución responde.

Lo que la constitución hace, desde esta óptica del pluralismo jurídico, sintética y normativamente, es asumir que el Estado al que corresponde la Constitución de que se trata (el Estado plurinacional de Bolivia) es un fiel reflejo de la sociedad jurídicamente plural, en la que esa Constitución rige. Esta perspectiva, así como se la ha interpretado aquí (y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado boliviano), no involucra ni concierne directamente a derecho subjetivo alguno.

Desde la óptica del modelo de Estado, el pluralismo jurídico aparece como una condición de la Sociedad, que la sociedad boliviana adopta, conscientemente y en mayor o menor grado, a través de la aprobación de la Constitución Política del Estado de 2009; en un acto de reconocimiento de una realidad ya antes manifiesta, en el prolegómeno del capítulo.

Se trata en suma, de una versión del pluralismo jurídico que no se queda en la descripción de una variedad de sistemas jurídicos coexistentes y convivientes en un mismo territorio; sino en una visión prescriptiva que, reconociendo esa realidad jurídica plural, persigue la construcción

⁴⁰⁵ En Bolivia, dado que la Constitución actual establece un modelo de Estado expresa y deliberadamente plural; una de sus bases fundamentales es el pluralismo jurídico. Así lo determina la segunda parte del artículo primero de dicha Constitución aprobada en fecha 22 de enero de 2009: *"Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país"*.

armónica y pacífica de un Ordenamiento Jurídico que (por ser plural y diverso, precisamente) tienda al relacionamiento, la articulación y la convergencia de los distintos sistemas jurídicos particulares.

En esta perspectiva el pluralismo jurídico boliviano no es del todo nuevo, es fruto de un proceso de reconocimiento por parte del Estado y de su Derecho “oficial” de los mencionados órdenes pre-coloniales, que vale la pena relatar. Según algunos constitucionalistas latinoamericanos y bolivianos se remonta a un par de décadas atrás (o algo más, en el caso de los antecedentes internacionales) y puede resumirse en los términos de los párrafos que siguen.

Para la profesora boliviana Yamile Hayes, quien relata los antecedentes y la trayectoria histórica de la incorporación del pluralismo jurídico en las Constituciones bolivianas y del surgimiento y crecimiento de la temática en el tratamiento del Derecho Constitucional boliviano. Dicha agregación ocurrió así:

“...La década de los '90 ha sido particularmente importante para el reconocimiento de la existencia de naciones diversas dentro de los Estados, y con ello, el reconocimiento del pluralismo jurídico. Los cambios que cabe resaltar son fundamentalmente los siguientes:

- 1) El reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado.
- 2) El reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos como oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe.
- 3) El reconocimiento del Derecho Indígena o Consuetudinario.

Junto con estas reformas los países también han ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.”⁴⁰⁶

Según algunos autores, con los que la profesora Hayes coincide, estos antecedentes suponen cambios muy importantes en la doctrina jurídica tradicional que se basaba en el monismo jurídico y la identidad Estado–Derecho. Tales antecedentes, igualmente y visto en conjunto, cuestionan la noción clásica del Estado–nación, en tanto *nación* se entendía como un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma y una sola religión, identificados todos esos aspectos con un solo Estado.

⁴⁰⁶ Y. Hayes. Op. Cit. Pág. 45

La ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y las reformas constitucionales, en Bolivia, son dos marcas para la construcción de un nuevo modelo de juridicidad en el marco de un nuevo modelo de Estado que se ha llamado pluricultural.

En Bolivia –narra Hayes-, el reconocimiento del pluralismo jurídico indígena comenzó con la reforma constitucional de 1994, cuando, además del artículo 1º, donde se proclamaba a Bolivia libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, en el artículo 171 se estableció el reconocimiento, respeto y protección de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, y en el párrafo tercero de esta disposición, se expresaba que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, poniendo como límite lo previsto por la Constitución “y las leyes”, delegando a la ley la compatibilización de esas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.

El reconocimiento del pluralismo jurídico en Bolivia, así realizado en el artículo 171 de la Constitución ahora abrogada, delimitó ya el marco en el que se desenvolvería el ejercicio del Derecho Indígena, señalando a la Constitución como límite para ese fin. Empero, -anota la autora- el establecimiento del límite de “las leyes”, desnaturalizaba por completo la coexistencia del Derecho Indígena con el Derecho estatal, por cuanto aquel quedaba subordinado a éste aún por lo que digan las leyes. “...Nos preguntábamos en este punto, ¿qué sentido tiene un *pseudo reconocimiento* del pluralismo jurídico, si aún las leyes estarán por encima de las normas indígenas? (...) el límite para el ejercicio de las normas de los pueblos originarios debe ser únicamente la Constitución y sobre todo los derechos humanos, tanto aquellos proclamados en forma expresa en el texto constitucional, como los reconocidos en instrumentos internacionales”.⁴⁰⁷

Coincidentemente con lo que se había apuntado un par de páginas arriba, Hayes afirma: “... la Constitución vigente (...) al definir, en su art. 1, al Estado Boliviano como Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y el pluralismo político,

⁴⁰⁷ Ibidem

económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Esta norma constituye la base fundamental de reconocimiento inicial del pluralismo jurídico.”⁴⁰⁸

En ese marco, si se trata de derechos indígenas, este proceso de transformación está vinculado con el desarrollo de una normatividad supraestatal, parte de la cual son el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; así como son, los mecanismos supraestatales, como la propia OIT y la Corte interamericana de Derechos Humanos; y, por otro lado, a nivel local, el reconocimiento de ciertos grados de autonomía y del pluralismo político y jurídico.

Es importante remarcar que, al presente, en América Latina, únicamente cinco Estados reconocen en sus Constituciones el pluralismo jurídico que representan los sistemas jurídicos indígenas. Se trata de las Constituciones de Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México, las cuales vienen a reconocer tanto el Derecho indígena como una derivación de él, que es la jurisdicción indígena.

El resultado de ésta perspectiva, en Bolivia, es el modelo de Estado con Derecho plural que se ha descrito.

2.2. SEGUNDA PERSPECTIVA

La segunda perspectiva, inserta en la segunda parte de la Constitución boliviana actual, que se ocupa de la Estructura y Organización Funcional del Estado, en su título III, dedicado al Órgano Judicial; establece en el artículo 178 numeral primero⁴⁰⁹, que el ejercicio de la potestad -estatal- de impartir justicia, se sustenta, entre otros, en el principio de pluralismo jurídico.

Aquí, el pluralismo jurídico es un principio del ejercicio de una potestad, de un poder estatal. Se refiere a la potestad jurisdiccional o de administración de justicia entre particulares (individuales o colectivos) entre si o entre particulares y el Estado.

Es necesario aquí, para no incurrir en imprecisiones, hacer un paréntesis y tratar en él, con algún detenimiento, una conceptualización de los *principios* para luego presentar y considerar al

⁴⁰⁸ Ibidem

⁴⁰⁹ El artículo 178 I. de la Constitución Política del Estado boliviano, dice: “*La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.*”

pluralismo jurídico como principio de la jurisdicción y como principio procesal, en el ámbito jurídico boliviano.

2.2.1. LOS PRINCIPIOS. BREVE CONCEPTUALIZACIÓN⁴¹⁰

La conceptualización de los principios es una de las cuestiones centrales de preocupación de la Teoría General del Derecho. Ello porque la sola adopción de una determinada postura en relación a la naturaleza, noción, funciones y alcances de los principios, determina la conceptualización del Derecho mismo. Así, las diferencias y discrepancias entre la corriente iusnaturalista, la positivista jurídica y la realista jurídica, se concentran en buena medida en torno a los principios.

Igualmente la Dogmática Jurídica (o mejor, las variadas dogmáticas jurídicas,) se ocupa de cómo los principios operan (si lo hacen) en la aplicación de conjuntos normativos jurídicos determinados en un tiempo y espacio concretos. Una de tales dogmáticas jurídicas, es sin duda, la dogmática procesal y aún más particularmente, la dogmática procesal civil.

Un lugar común en la Teoría General del Derecho y en la Filosofía Jurídica es la aproximación a la noción de *Principio* por diferenciación y distinción respecto a otros tipos de reglas, a saber, las normas jurídicas.⁴¹¹ Y en esa línea se han distinguido los principios del resto de reglas a través de caracteres tales como su *fundamentalidad* (frente a la subalternidad del resto de las normas del sistema), su mayor *generalidad* (frente a la particularidad de otras reglas del sistema), su mayor *abstracción* (frente a la mayor concreción del resto de reglas) y su posibilidad de ponderación en casos de colisión entre ellos (frente a la necesidad de invalidación de una de las reglas en conflicto, en el caso de las normas ordinarias). En efecto, se han desarrollado muy coherentes propuestas teóricas⁴¹² conducentes nítidamente a dos objetivos: allanar la noción de principios y determinar su función dentro del Derecho y en particular del sistema jurídico de que se trate.

En ese marco, los *principios* pueden ser definidos como “aquellas peculiares normas que, al prescribir fines a ser alcanzados por el sistema jurídico, sirven de fundamento para la aplicación del propio sistema jurídico del que forman parte”.⁴¹³ Por lo cual pueden considerarse como bases

⁴¹⁰ Cfr. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. R. Alexy. Igualmente “*Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*”. L. Prieto y “*Teoría dos Principios. Da Definição à Aplicação dos Principios Jurídicos*”. H. Bergmann Ávila.

⁴¹¹ Cfr. Los mismos autores

⁴¹² Cfr. Los mismos autores

⁴¹³ H. Bergmann Ávila. Op Cit. Pág. 29

o características de una institución jurídica o de todo el sistema jurídico, que fijan las pautas fundamentales para regular dicha institución o dicho sistema.

Por otro lado, aunque en un contexto muy concreto (el del tratamiento de la relación entre Derecho y Moral, Luis Prieto Sanchís alude las afirmaciones de Ronald Dworkin señalando que "...es en los principios, el lugar en el que más se refleja la relación de conexión entre el derecho y moral, pues R. Dworkin concibe los principios como cláusulas genéricas que enuncian *modos de ser del derecho* y reflejan la dimensión jurídica de la moralidad".⁴¹⁴ Y tan así puede ser lo anterior que puede llegarse a sostener, como sostiene L. Prieto (se esté o no de acuerdo con él): "que si bien el recurso a los principios no cancela la postulada separación positivista entre el derecho y la moral, sí permite concebir el propio orden jurídico como un sistema normativo cuasi moral".⁴¹⁵

Como puede apreciarse, por los caracteres que se han apuntado en el precedente par de definiciones, la noción de *principios* en el Derecho está indisolublemente ligada a la concepción que se tenga acerca del Derecho (positivista jurídica, en sus variadas presentaciones; ius naturalista, igualmente, en sus diferentes apariciones; realista jurídica, etcétera) y además, es la noción misma, en alto grado **dependiente** de tal concepción. No es la intención de éste breve análisis, dirigir el mismo a uno u otro lado (lo que queda abierto a la libertad de los lectores), sino poner de manifiesto que la noción de *principios* en el Derecho, es muy variable, multívoca y difusa. Lo que resulta indiscutible es su presencia en el Derecho y en los distintos sistemas jurídicos (quizás más patente en los supranacionales que en los estatales/nacionales) y de ahí la necesidad de aclaración de sus funciones.

Dicho lo cual, desde la perspectiva de la función que los principios llevan adelante dentro de un determinado sistema Jurídico, pueden identificarse como aquellos elementos que (siempre con la condición de constructos normativos) rellenan las lagunas o vacíos normativos. Esa puede ser una de las funciones de los principios y de hecho lo es.

En efecto, una las dos líneas funcionales que ha tenido fuerza tradicionalmente en las reflexiones doctrinarias, es la que trata acerca de los principios y su función dentro de un determinado sistema jurídico, de llenar las anomias, lo que es decir que cumplen la función de completar el sistema en

⁴¹⁴ L. Prieto Sanchís. Op Cit., Pág. 23

⁴¹⁵ Ibidem

aquellos espacios vacíos o lagunas que el legislador hubiera dejado sin regular. En éste contexto funcional, los principios actúan allí donde no haya norma clara, expresa y específica que regule una situación dada, con relevancia jurídica. Ésta línea funcional de los principios, sin embargo, no es la que se explotará en el presente texto guía; sí se ocupará esta Unidad Temática de otra importante línea funcional de los principios (que ya se ha adelantado páginas arriba): la que considera que los principios son un tipo particular de reglas jurídicas, que por su abstracción, generalidad y fundamentalidad, presiden y guían el sistema jurídico de que se trate, en orden a una determinada postura cosmovisional y filosófica y en función a determinados valores o preferencias que el susodicho sistema jurídica hubiera adoptado implícita o explícitamente.

La segunda línea funcional, es pues, la que concibe a los principios como normas jurídicas auténticas y de máxima importancia y peso dentro del sistema. Ese el caso de los principios procesales en el Derecho boliviano, por ejemplo, que consagrados de manera general en la norma fundamental del sistema, se desarrollan y particularizan en los leyes y códigos adjetivos o, en materia de pluralismo jurídico, en la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Ahora bien, dado que los principios son esas normas fundamentales, generales, abstractas y ponderables (por lo tanto resistentes al test de validez normativa corriente); entonces su residencia natural ha de ser necesariamente la disposición normativa fundamental del sistema jurídico, es decir, en el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado. Evidentemente los principios que presiden el sistema están allí y desde ese lugar afirman su omnipresencia en el resto del sistema. Ergo, desde ese punto de vista, la presencia de *principios* en normas ordinarias, como la Ley Deslinde Jurisdiccional, ha de entenderse como un traslado desde la Constitución hacia el ordenamiento ordinario (así sea plural), con el objetivo de que, en la *aplicación* de las normas contenidas en dicha disposición ordinaria, se tengan siempre como guía obligatoria, como norte compulsivo dirigido a los operadores de los cuerpos procesales (civil, penal, de familia contencioso administrativo, etcétera y sus análogos en los Derechos y jurisdicciones Indígenas), sean funcionarios jurisdiccionales, funcionarios no jurisdiccionales, administrativos, abogados patrocinadores y usuarios en el caso de la jurisdicción ordinaria, y autoridades determinadas por los propios Derechos indígenas, como tales.

Dicho lo cual, una revisión de tales principios, denominados procesales en la Constitución Política del Estado, ha de arrancar con la referencia a la potestad jurisdiccional del Estado. Ella está

consagrada en el artículo 178 de la CPE y está configurada como emanación de pueblo y sustentada en ciertos principios:

| PRINCIPIOS DE LA POTESDAD JURISDICCIONAL GENERAL EN BOLIVIA | |
|--|-------------------------|
| 1 | Independencia |
| 2 | Imparcialidad |
| 3 | Seguridad jurídica |
| 4 | Publicidad |
| 5 | Probidad |
| 6 | Celeridad |
| 7 | Gratuidad |
| 8 | Pluralismo Jurídico |
| 9 | Interculturalidad |
| 10 | Equidad |
| 11 | Servicio a la sociedad |
| 12 | Participación ciudadana |
| 13 | Armonía Social |
| 14 | Respeto a los derechos |

Aunque la mayoría de las veces se conceptúa como “función” en lugar de “potestad”; es aceptable utilizar la segunda opción dado que la jurisdicción es una manifestación (entre otras) del “poder” estatal, cuya ejecución en el caso de Bolivia, se encarga al Órgano Judicial (que por su parte, tiene la característica peculiar de ser Estatal en el sentido de la jurisdicción ordinaria, la Agroambiental y estatal/social en el sentido de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Pues bien, configurado el panorama conceptual acerca de los principios, corresponde continuar y concluir el análisis de la segunda perspectiva del pluralismo jurídico en Bolivia.

Al señalar los principios que rigen la potestad de impartir justicia, la Constitución boliviana, destaca el pluralismo jurídico, lo que se ve reforzado con la norma del artículo 179.II⁴¹⁶, que reconoce la igual jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la indígena. Ya en el Título relativo al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional, la Ley Fundamental puntualiza que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia

⁴¹⁶ El artículo 179 II. de la Constitución Política del Estado boliviano, dice: “...La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.”

a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, limitando el ejercicio de tal jurisdicción, dentro del marco dispuesto por la Constitución y el respeto de los derechos humanos⁴¹⁷. La norma suprema remite a una “ley de deslinde jurisdiccional” la regulación acerca del conocimiento y resolución de los asuntos y litigios indígenas, así como la determinación de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental (que son todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas).

La justificación de ésta perspectiva, se encuentra en la naturaleza misma y en los alcances de los ordenamientos jurídicos indígenas, que en su mayoría prevén disposiciones y normas dirigidas a la función jurisdiccional.

En ese sentido, el tratadista español Vicente Cabedo, aboga por un pluralismo jurídico basado en la pluralidad de jurisdicciones. En su parecer, el pluralismo jurídico no comporta únicamente admitir el Derecho Indígena⁴¹⁸, sino que para hablar de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el Derecho consuetudinario indígena y por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este Derecho, por las propias autoridades indígenas. Ambas caras del pluralismo jurídico -apunta- son de todo punto imposibles de escindir. Por ello, es posible argumentar que en aquellos Estados que aun reconociéndose el Derecho Indígena, no se permite a los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo, en todo caso, dicho derecho aplicado por los órganos judiciales estatales, no existe un auténtico pluralismo jurídico. En la misma línea, para Rodolfo Stavenhagen⁴¹⁹, el Derecho Indígena contempla, entre los más importantes, los siguientes aspectos:

- 1) Normas de comportamiento público;
- 2) Mantenimiento del orden interno;
- 3) Definición de los derechos y obligaciones de los miembros;

⁴¹⁷ En este sentido, el artículo 190. II establece: “La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”.

⁴¹⁸ V. Cabedo. Op. Cit. Pág. 22

⁴¹⁹ Rodolfo Stavenhagen: “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990

- 4) Distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.)
- 5) Definición de los hechos que puedan ser considerados delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción;
- 6) Manejo y control de la forma de solución de los conflictos; y,
- 7) Definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena.

Entonces, ante la pregunta de ¿por qué se minusvaloran los sistemas indígenas de justicia?, V. Cabedo expresa que el "problema" en el reconocimiento del Derecho Indígena, su tolerancia, por parte de los positivistas, radica o se asocia al propio carácter consuetudinario del mismo. Para la ideología jurídica dominante, la costumbre se sitúa en una posición desventajosa frente a la norma escrita, y queda convertida en una fuente de Derecho que no puede tener carácter *contra legem* (contrario a la ley). A ello se une que la costumbre jurídica indígena forma parte de un conjunto de categorías más amplias, como son la costumbre general y la cultura de los pueblos indios, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos. Según señala Y. Hayes, el citado autor comparte con Raquel Yrigoyen⁴²⁰, el criterio que no tiene por qué exigirse que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social⁴²¹.

Pues bien, determinar los ámbitos (material, personal y territorial) que podrá abarcar el ejercicio jurisdiccional del Derecho Indígena en cada porción geográfica de que se trate –donde se asientan los pueblos indígenas- no es tarea fácil de tratar. Aún en los países donde se reconoce el pluralismo jurídico, como en Bolivia, la Constitución establece solamente un marco general acerca de los límites de tal reconocimiento, debiendo ser la ley de desarrollo constitucional (en el caso de Bolivia la Ley de Deslinde Jurisdiccional) la que afine puntos específicos para la coexistencia del Derecho Indígena (o los Derechos Indígenas) y el Derecho estatal.

El resultado de ésta perspectiva del pluralismo jurídico, en Bolivia, es el modelo de función jurisdiccional constitucionalmente diseñado, que se ha descrito. Tampoco, al igual que en la primera perspectiva, existe una relación directa con la titularidad y ejercicio de derechos subjetivos.

⁴²⁰ R. Yrigoyen Op. Cit. Pág. 54

⁴²¹ V. Cabedo. *"De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena, Política y Cultura"*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004.

Veamos ahora, la tercera perspectiva.

2.3. TERCERA PERSPECTIVA

La tercera perspectiva, está relacionada con la consagración de un derecho fundamental de titularidad y ejercicio colectivo, en concreto y únicamente, favorable a las Naciones y los Pueblos Indígena Originario Campesinos (PIOC).⁴²² Tal derecho fundamental, establecido en el artículo 30 numeral 14 de la Constitución boliviana⁴²³, señala nítidamente que dichas Naciones y Pueblos pueden ejercer sus propios ordenamientos o sistemas jurídicos, es decir, sus propios “Derechos” –en sentido objetivo- a través de sus “derechos” –en sentido subjetivo-.

Al igual que en la perspectiva anterior, el contexto es particular, pues está inserta en el título que consagra, establece y desarrolla los Derechos Fundamentales, individuales y colectivos, de que gozan las personas. Aquí, el pluralismo jurídico es una condición de ejercicio de uno o más derechos fundamentales y a la vez un resultado de dicho ejercicio.

Como antecedente del reconocimiento de esos derechos fundamentales colectivos, el artículo 2 de la Constitución expresa que, dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y las leyes; y, en el artículo 3 deja de lado la invisibilidad de los pueblos originarios, para señalar que: “*La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*”.⁴²⁴

⁴²² Fórmula jurídico/política que engloba a todos los pueblos y naciones indígenas que habitan el territorio boliviano.

⁴²³ Constitución boliviana: *Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.*

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

En relación a éste artículo, se puede reflexionar que Constitución boliviana (y luego y sobre todo la jurisprudencia constitucional boliviana, émulo de alguna jurisprudencia colombiana) incurre en el exceso de anteponer derechos colectivos a los derechos individuales porque en algunos casos se está validando la posibilidad de reconocimiento de derechos colectivos en tanto *restricciones internas* por encima y vulnerando derechos individuales; lo que es incompatible con la génesis lógica de los derechos humanos, que se han expuesto en el capítulo tercero de esta tesis.

⁴²⁴ Artículo 3 de la Constitución boliviana.

En cuanto a las formas de reconocimiento del pluralismo jurídico, conforme sostiene Cabedo⁴²⁵, se han barajado y puesto en práctica varias formas, por parte de aquellos Estados en los que coexisten el Derecho oficial y el/los Derecho/os Indígenas/as, dado que, en un mismo Estado es frecuente encontrar diversos sistemas jurídicos indígenas -basta recordar que en Bolivia, existen treinta y seis naciones indígenas, que, en general, poseen sus propias normas, aunque muchas de ellas comparten diversas instituciones de sus derechos.

Como puede apreciarse, las tres perspectivas son diferentes, aunque hay íntimas conexiones entre ellas. Entre tales conexiones la que más se ha trabajado en América Latina y en Bolivia, es la de la segunda y la tercera perspectivas (la que mira el pluralismo jurídico como ejercicio de la potestad jurisdiccional y la que considera al pluralismo jurídico como un derecho colectivo fundamental, respectivamente). Para analizar esa conexión en concreto, una vez descritos algunos datos que condujeron a la inclusión del pluralismo en la normatividad boliviana, vamos a la parte II.

⁴²⁵ V. Cabedo Mallo. "Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina" Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2004.

PARTE II

PLURALISMO JURIDICO, COMO EXPRESIÓN Y RESULTADO DEL EJERCICIO DE UN DERECHO COLECTIVO EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

INTRODUCCIÓN

En ésta segunda parte del capítulo, el objetivo es el de presentar desde una visión analítico/crítica, la configuración constitucional y la operatividad de la justicia “indígena originario campesina”, en un contexto jurisdiccional plural.

La perspectiva que ha de ser adoptada en las sucesivas partes de éste capítulo⁴²⁶ -pues no hay alternativa porque no se ha planteado ni construido aún, una teoría sobre la Justicia Indígena Originaria Campesina (JIOC), desde un punto de vista institucional- es la de los derechos subjetivos *colectivos* de que son titulares los pueblos indígenas originario campesinos y la de los derechos subjetivos *individuales*, de que son titulares las personas naturales, en cuanto miembros de un determinado pueblo indígena originario campesino.

Para que este abordaje, aun siendo breve y ajustado, sea efectivo y mínimamente completo, es menester pasar por tres análisis, a saber:

El primero, se ocupa de la configuración conceptual de la figura político/jurídica denominada: “pueblo indígena originario campesino” tal como ha sido establecido por la Constitución Política del Estado boliviano y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Una vez efectuado el primer análisis, el segundo se concentra en el ejercicio y desarrollo de la función de administración de justicia, al interior de sujetos colectivos denominados “pueblos indígenas originario campesinos”; tomando como base de análisis, los instrumentos internacionales de derechos humanos cuyo objeto es la protección de los derechos subjetivos colectivos cuya titularidad recae en los susodichos “pueblos indígenas originario campesinos” y que sirven de

⁴²⁶ En esta parte del capítulo, se utiliza como fuente, el trabajo realizado por el suscrito autor como redactor y docente/facilitador en la asignatura de “Derechos Humanos en la Administración de Justicia” del Curso de Formación y Especialización de Jueces que impartió durante el año 2015 la Escuela de Jueces del Estado de Bolivia. Algunas de las porciones de la redacción provienen de allí, así como los casos prácticos y análisis de sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

fundamento para (en el contexto de los alcances de dichos derechos) el ejercicio de la función jurisdiccional.⁴²⁷

El tercero finalmente, se dedica con algún detalle, de la configuración constitucional y legal que ha sido establecida en Bolivia, con el objetivo (cumplido o incumplido, dependiendo de la perspectiva teórica/crítica que se quiera adoptar) para que el ejercicio de los derechos indicados en el párrafo anterior, sea efectivo, real y sobre todo armónico con las otras jurisdicciones previstas en la Constitución Política del Estado boliviano.

1. PRIMER ANÁLISIS: PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS. CONCEPTUALIZACIÓN

1.1. PUEBLO INDÍGENA.

Siendo el objetivo de éste acápite, conceptualizar la noción de “pueblo indígena originario campesino” como sujeto de Derecho y de derechos y considerando que la perspectiva que se adopta se apoya en la noción general de *pueblos indígenas* a partir de su consideración como sujetos de Derecho y de derechos; inicialmente, en aras de establecer una mínima claridad conceptual, es necesario, definir, así sea aproximadamente, a tal sujeto. El sujeto en cuestión, que la Constitución Política del Estado boliviano ha denominado a través de la innovadora y compleja fórmula de “pueblo indígena-originario-campesino”. Recalco que en este primer análisis, tratamos solamente del sujeto colectivo referido, no así aun, de los sujetos individuales, miembros de algún pueblo indígena.

En ese contexto, a partir de la revisión de un par de definiciones muy difundidas, se pueden analizar los elementos identificadores del concepto que nos ocupa. Así, para José Martínez Cobo:

“...Los Pueblos Indígenas son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen determinación de preservar, desarrollar y transmitir a

⁴²⁷ En este análisis en concreto, los contenidos se modelan en una buena parte, el desarrollo efectuado por la Dra. Yamile Hayes.

generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales”⁴²⁸.

Por su parte, la Organización Internacional de Trabajo, en el contexto de sus intereses y competencias, ha señalado en el artículo primero del Convenio N°169 que los pueblos que son considerados indígenas, lo son: “... por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en un determinado país o en una región geográfica a la que pertenece ese país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.⁴²⁹

Luego, en el artículo siguiente, el mismo convenio introduce un elemento muy importante, útil para la tarea de conceptualización:

“La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.⁴³⁰

Apunto aquí, que el elemento de auto-identificación aquí expuesto, es común a la otra noción desarrollada por el Convenio N°169: la de *Pueblo Tribal* que no es aplicable a la realidad jurídica boliviana.

Por otra parte, la Constitución Política del Estado boliviano también presenta una definición que, aunque dispersa, se puede extraer de la consideración de un par de artículos que se ocupan de los elementos esenciales de la definición de pueblos indígenas:

Tal Constitución trata de los pueblos indígenas, describiéndolos como “toda colectividad humana”:

a) que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión (artículo 30 I.). b) de existencia pre-colonial y que posea dominio ancestral sobre sus territorios (artículo 2 y 30 I.).

⁴²⁸ Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, párr. 379, (1986).

⁴²⁹ Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 27 de junio de 1989. Adoptado en la Conferencia General de la OIT en sus 76° reunión. Artículo 1° inciso b)

⁴³⁰ *Ibidem*. Artículo 2°

Con base en las tres definiciones anteriores, se pueden ir desglosando los criterios de identificación de la idea de “pueblo indígena-originario-campesino”, que sirven a la conceptualización que perseguimos, a saber:

1.1.1. CRITERIOS OBJETIVOS

- a)** Presencia del colectivo, anterior a la colonización (en el caso de Bolivia, Española).
- b)** Dominio ancestral de su territorio y territorialidad actual.
- c)** Identidad cultural distinta o particular (cultura entendida en una acepción tal que se constituye en el elemento englobante de otros más particulares: idioma, tradición, cosmovisión, instituciones, etc.).
- d)** Experiencia de subyugación, debida a una conquista o colonización (en el caso de Bolivia, Española) o de exclusión o discriminación pasada o presente.

1.1.2. CRITERIO SUBJETIVO

La auto-identificación antes aludida, consistente en la voluntad de pertenencia de sus miembros, y cómo no, del deseo de conservación, mantenimiento o perpetuación en el tiempo, del colectivo mismo.

1.2. PUEBLO INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO

Alcanzado el cometido de establecer una conceptualización elemental de “pueblo indígena” queda todavía la tarea de aclarar con más profundidad la otra noción, la que más nos interesa, la de: “pueblo indígena-originario-campesino”.⁴³¹ Digamos al respecto que dicha fórmula, originalmente boliviana, ha sido concebida con el propósito deliberado de que los alcances de los instrumentos de protección de derechos, en el ámbito internacional y en el nacional, también lleguen a otros colectivos que, sin tener todos los elementos constitutivos de la noción de “pueblo indígena” existen en Bolivia. Tratamos de las “comunidades campesinas” que, configuran la tercera parte de la fórmula; o del “pueblo afro-boliviano” que por imperio del artículo 32 constitucional, goza de todos los derechos conferidos al sujeto “pueblo indígena-originario-campesino”, en lo que corresponda. Se trata pues, de una fórmula amplia que, entiendo, ha querido ser inclusiva y

⁴³¹ Sobre el elemento “originario” de la fórmula “pueblo indígena originario campesino” no hay necesidad de detenerse mucho, dado que los mismos elementos constitutivos (los objetivos y el subjetivo) de la noción de “pueblo indígena” pueden transferirse al concepto de “pueblo originario”.

pluralista -en cuanto a los sujetos colectivos abarcados, atendiendo a la gran diversidad de sujetos- y amplia -en cuanto a los derechos de que tales sujetos colectivos gozan-, por la misma razón.

En efecto, las comunidades campesinas, son comunidades rurales que se encuentran compuestas por indígenas u originarios *migrantes* -forzados o voluntarios- que además *poseen* otras identidades, tales como “campesinos”, “colonizadores” o “comunidades interculturales”; los mismos que habiendo dejado sus territorios ancestrales, han constituido -nuevas, ya no originarias- comunidades rurales -muchas veces “multiétnicas”- principalmente en zonas de colonización como las del Norte del departamento de La Paz, o como el trópico del departamento de Cochabamba, entre otros.

1.3. INTERPRETACIÓN –AMPLIA– DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Completando la construcción constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha establecido que el alcance de los derechos que la noción de “pueblo indígena-originario-campesino” es tan amplia que llega a comunidades, a sindicatos e inclusive a juntas vecinales (que por, definición son urbanas). La justificación de tal amplitud estriba en que estas colectividades diversas, cumplen con alguno, algunos o con todos los criterios de identificación de la noción de “pueblo indígena-originario-campesino”. Así lo ha determinado y confirmado el Tribunal Constitucional Plurinacional pronunciándose en las sentencias SC 1422/2012 y SC 0026/2013 -entre otras-, sentencias fundadoras de línea la jurisprudencia en esta materia; veamos:

1.3.1. SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N° 1422/2012

Las partes resaltables de esta sentencia muestran cómo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha efectuado una interpretación amplia de los alcances de la fórmula, señalando en esta sentencia:

“... **F.J.IV.8.**” En el Fundamento Jurídico VI.2 de la presente Sentencia, se señaló que la identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras, **serán los elementos necesarios para la identificación de los pueblos y naciones indígenas originarias campesinas** en el Estado Plurinacional de Bolivia, identificación relevante para el resguardo a los derechos colectivos referentes al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos enmarcados en su

cosmovisión (art. 30.II.14 de la CPE). (...) En su organización administrativa y territorial, concurren organizaciones territoriales de **carácter vecinal dentro de la población urbana del municipio**; asimismo, por la actividad económica agrícola se observa la presencia de **sindicatos campesinos** así como la pertenencia de organizaciones originarias bajo el sistema del **ayllu**⁴³², por lo que se concluye que tienen una organización administrativa territorial con **componentes mixtos**".

"F.J.IV.2... la identificación de naciones y pueblos indígenas originario campesinos en el Estado Plurinacional de Bolivia, para la aplicación de los derechos colectivos consagrados por el régimen constitucional imperante, deberá contemplar la existencia de los **elementos de cohesión referentes a la identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras características de cohesión colectiva.**"

En efecto, en relación a la fórmula terminológica "pueblo indígena originario campesino", dice:

"...en ese orden, por razones de orden socio-históricas, **debe entenderse a este término como un concepto compuesto e inescindible**, que comprende a poblaciones indígenas de tierras altas, tierras bajas y zonas geográficas intermedias sometidas a un proceso de mestizaje, razón por la cual este concepto se compone de los elementos indígena-originario-campesino con una semántica socio-histórica **indivisible**. (...) su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, **podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el País**, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de **cualquiera** de los elementos de cohesión colectiva descritos supra, (...) por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique **cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le será aplicables todos los efectos del art. 30** en sus dos párrafos de la Constitución, así como los efectos del principio de libre-determinación

⁴³² "Ayllu" es el nombre con el que se conoce a la unidad Jurídico/Política propia de los grupos y pueblos indígenas de la zona occidental de Bolivia, originarios de la étnia "Aymara".

inherente a los pueblos y naciones indígenas originario y campesinos plasmado en el segundo artículo de la CPE”.

1.3.2. SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N°0026/2013

FJ.III.2.1. Ámbito de vigencia personal (...) puede extraerse que inicialmente alcanza a:

1) Los miembros de las colectividades humanas que comparten identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión con existencia pre-colonial y que ejercen dominio ancestral sobre sus territorios. Al respecto, la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, aclaró que: “...debe precisarse además que en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, **podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el País, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos, responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos supra**, es decir a la existencia de identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras...”, **aspecto que no debe resultar sorprendente si se considera la cantidad oficial de personas auto-identificadas como indígenas y la magnitud de migración interna provocadas por las necesidades económico - sociales en nuestro país.**

2) En este sentido, debe considerarse que el **vínculo “particular”** que une a los miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino de ninguna manera podría fundarse en el nacimiento o los rasgos físicos, por ello mismo, **una persona no nacida en una determinada cultura puede adoptar la misma y por ende ser juzgado por la jurisdicción indígena originaria campesina.** Por ello mismo el art. 1.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que: “La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

1.4. ALGUNAS CONCLUSIONES RESPECTO A LA CONCEPTUALIZACIÓN DE “PUEBLO INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO”

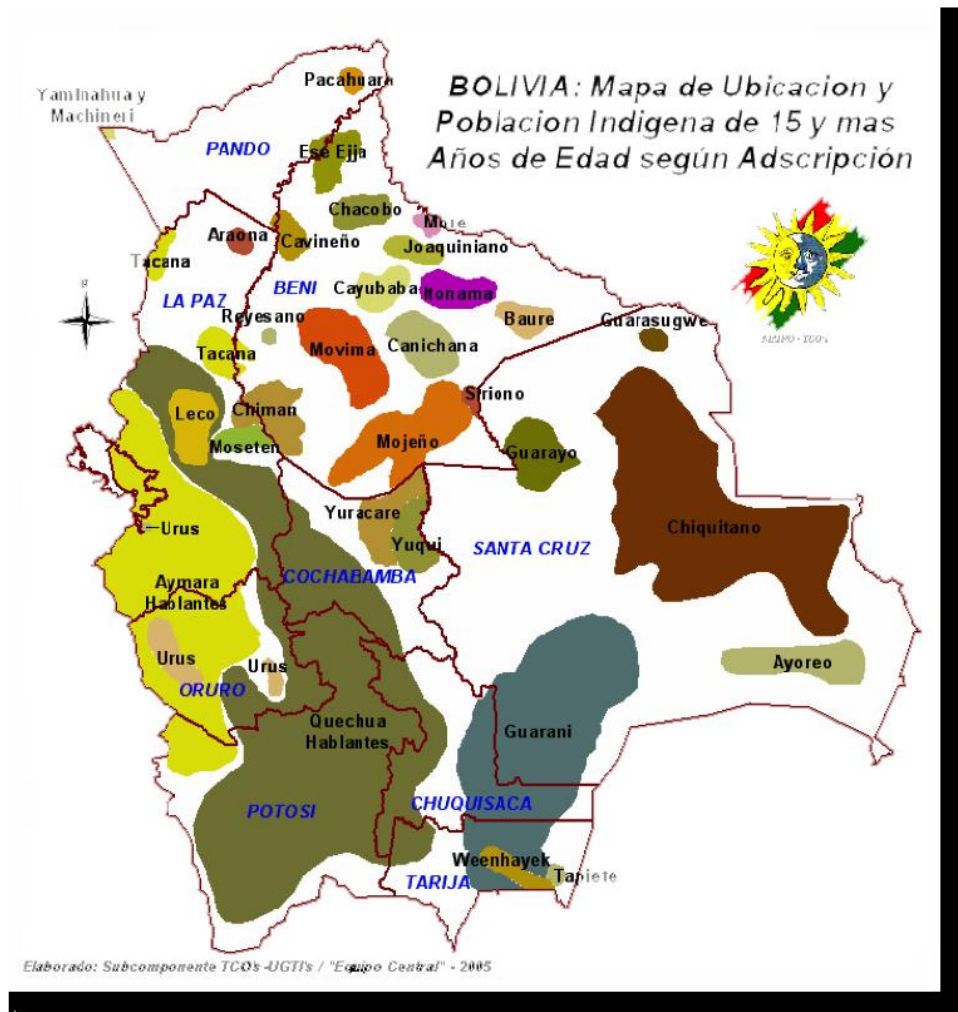
- En el contexto boliviano, se puede decir acerca de los pueblos indígenas originario campesinos -tanto a partir de las definiciones normativas, como en los desarrollos jurisprudenciales constitucionales (atentos con la diversidad real de los colectivos bolivianos en los que existe presencia indígena u originaria o campesina)- que el elemento identificador, es el cúmulo de factores de **cohesión** del colectivo –todos, alguno o algunos de los que la norma constitucional habla- según los criterios objetivos o el subjetivo que se han presentado páginas arriba. No importa la denominación que tengan, lo decisivo es la presencia de tales factores y criterios.
- En efecto, interesan a la tarea de identificación y conceptualización, las características compartidas que el colectivo (pueblo indígena originario campesino) de que se trate, tenga o haya tenido y quiera recuperar o reconstruir; en el marco general del artículo 30 de la Constitución Política del Estado.
- La criterio esencial de la auto-identificación, en los términos básicos y artículo 1 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es el criterio crucial en el momento de determinar la pertenencia de un individuo o un grupo de individuos, a un pueblo indígena originario campesino. Se constituye tal criterio, en el fundamento de la tarea de reconstrucción o reafirmación y de desarrollo futuro de los pueblos indígenas originario campesinos y del ejercicio de sus derechos, en cuanto personas colectivas. En el próximo tema, tocaremos precisamente, la cuestión de los derechos aludidos.

1.5. LOS PUEBLOS INDIGENAS EN BOLIVIA

Sin perder de vista los apuntes conclusivos del apartado anterior, mas por el contrario, tomando en cuenta lo que ellos sugieren, se puede hacer una aproximación a cuáles y cuántos pueblos indígenas-originario -campesinos existen en Bolivia. Veamos:

El Estado reconoce la existencia de 36 grupos étnicos en Bolivia, incluidos los afro-bolivianos. Los resultados del censo 2012 indican que un 41 por ciento de bolivianos (2.806.592) se identificó con una de las 36 naciones o pueblos indígenas. En la encuesta censal de 2001 un 62 por ciento se auto-identificó como indígena, lo que significa una disminución porcentual de 21 puntos.

En el oriente, Chaco y Amazonía (tierras bajas) habitan 32 pueblos distintos, de los cuales los más numerosos son el chiquitano, el guaraní y el mojeño, que conviven con migrantes internos procedentes de las tierras altas. En la región amazónica se encuentra la mayor cantidad de etnias (24 grupos étnicos), aunque la región con mayor cantidad de indígenas en términos poblacionales es la andina.



1.5.1. PUEBLOS INDÍGENAS ALTAMENTE VULNERABLES (PIAV)

Parte de los pueblos indígena originario campesinos, existen algunos que son considerados por el Estado, como colectivos en situación de riesgo de desaparición o de pérdida de los elementos que

hacen a su cohesión y por lo tanto a su identidad. Se los ha denominado “pueblos indígenas altamente vulnerables” (PIAV).

Los PIAV se definen básicamente como aquellos pueblos indígenas con problemas de supervivencia física y etno-cultural. Estos pueblos se encuentran en condiciones de asimetría estructural con la sociedad dominante o mayoritaria, tanto indígena como no indígena, debido a la imposibilidad que tienen de manejar las relaciones con ésta en forma autodefinida. En ese contexto, algunos de los criterios de vulnerabilidad que se aplican a estos pueblos indígenas son: a) baja densidad poblacional, b) exclusión económica, política, cultural, social, c) agresión a su territorio, sus recursos naturales, a su cultura, estructura política, a su población (casos de servidumbre), etcétera, d) migraciones forzadas fuera de su territorio, e) vulnerabilidad geopolítica, por estar ubicados en fronteras internacionales, f) sometimiento a tutorías foráneas y/o de sectas religiosas.

Por otra parte, dentro de los PIAV se encuentran pueblos en situaciones que requieren una atención especial, a saber:

- Pueblos indígenas en aislamiento. Son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no han desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás miembros de la sociedad nacional, y que además suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. En su mayoría, los pueblos aislados viven en bosques tropicales y zonas de difícil acceso no transitadas; zonas que muy a menudo cuentan con grandes recursos naturales. En Bolivia existen los siguientes pueblos indígenas o fracciones de pueblos indígenas aislados: Toromona, Araona, Ayoréode, Ese ejja, Yuqui (Mbiá), Chákobo (No'iria) y Pakawara.
- Pueblos indígenas en aislamiento intermitente. Se trata de pueblos indígenas o grupos de pueblos indígenas ya contactados, que tuvieron o tienen ocasionalmente contacto con la sociedad envolvente, pero que asumen una postura de aislamiento voluntario. En Bolivia se puede mencionar el ejemplo del grupo local ayorei atetadiegosode (anteriormente Garaijnane-gosode) que recorre la región fronteriza entre Bolivia y Paraguay (Parques Médanos y Kaa Iya). Parte de ellos tuvo contacto con exploradores de petróleo y en la actualidad, a veces con guardaparques o científicos del Parque Nacional Kaa Iya.

- Pueblos indígenas en contacto inicial. Son pueblos que previamente permanecían “en aislamiento” y que, bien forzados por agentes externos, bien por decisión del grupo, o por factores de otro tipo, entran en contacto con la población mayoritaria.

En consecuencia, son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria y que han comenzado a interrelacionarse con los demás integrantes de la sociedad nacional; sin embargo, también pueden ser pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer en profundidad los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria.

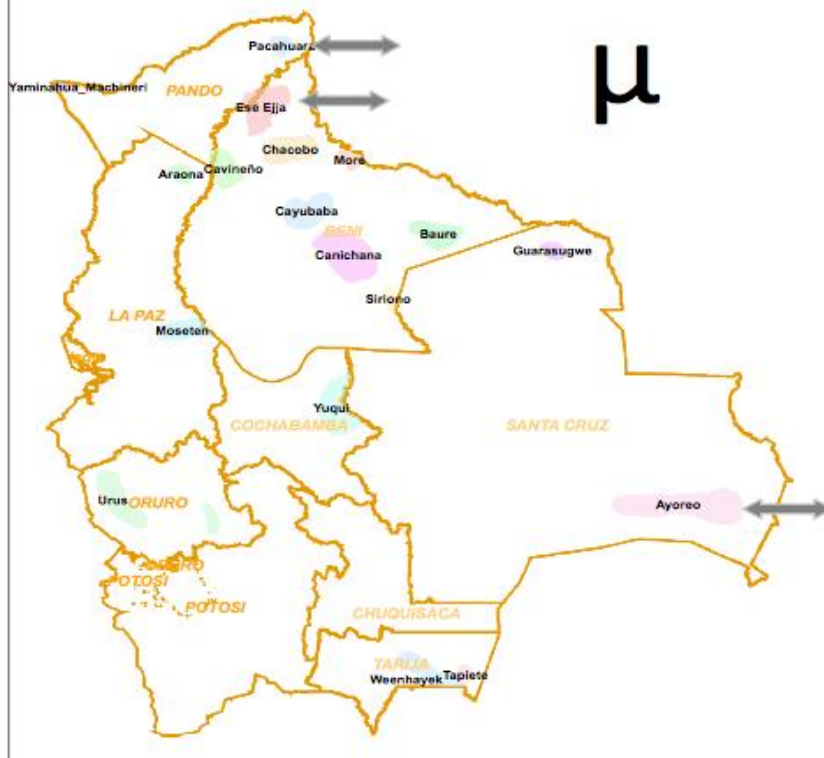
Independientemente del tiempo que dure esta situación, se considera que un pueblo está “en contacto inicial”: a) mientras mantenga condiciones de vulnerabilidad relacionadas con el contacto (enfermedades, reducción territorial, etc.), b) mientras persista el riesgo de extinción, debido a los problemas generados por la sociedad mayoritaria y las consecuencias generadas desde el momento del contacto, o c) hasta que dicho pueblo pueda asumir activamente el hecho de convivir en circunstancias radicalmente distintas con la sociedad envolvente y superar los principales problemas psicológicos, alimenticios, económicos y de salud que conlleva el contacto con una sociedad radicalmente diferente.

En Bolivia se puede mencionar el ejemplo de los Yuqui (Mbiá), que aunque fueron contactados entre 1991 y 1992 no logran todavía solucionar —con definiciones propias— los graves problemas de salud, invasión de sus territorios entre otros, y necesitan un acompañamiento para solucionar algunos de sus problemas.

En este contexto, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en su informe del 14 de abril de 2008, señala la obligación del Estado de reforzar la acción intersectorial de atención a los pueblos indígenas altamente vulnerables, con miras a desarrollar una acción coordinada y sistemática que garantice los derechos de éstos pueblos, con especial énfasis en el ámbito de la salud y la protección territorial.

Los pueblos indígenas en situación de alta vulnerabilidad constituyen menos del 0,2 por ciento del total de la población indígena y originaria en el país, sin embargo, este sector está conformado por los miembros de 19 pueblos indígenas.

**MAPA DE UBICACION
DE PUEBLOS
INDIGENAS VULNERABLES**



1.5.2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PIAV

- Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial de la región amazónica y el Gran Chaco.
- Constitución Política del Estado (artículo 31).
- Resolución No. 48/2006 del SERNAP.
- Ley 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de alta Vulnerabilidad (4 de diciembre de 2013).

1.5.3. DIRECTRICES DE PROTECCIÓN PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL DE LA REGIÓN AMAZÓNICA Y EL GRAN CHACO

Estas directrices fueron aprobadas en 22 de mayo, 2012. El proceso de su elaboración fue iniciado en 2007 por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Las directrices son resultado de un trabajo conjunto entre los diferentes actores y tienen como objetivo servir como guía de referencia a actores que trabajan con pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial en América del Sur. Estas directrices pretenden ser un instrumento que ayude a una mejor contextualización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger a estos pueblos ante su situación de extrema vulnerabilidad y el elevado riesgo de desaparición al que están expuestos.

1.5.3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución Política del Estado establece la protección de los pueblos indígenas en situación de alta vulnerabilidad:

- “Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva” (art. 31, I).
- “Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan el derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan” (art. 31, II).

1.5.3.2. RESOLUCIÓN N° 48/2006 (SERNAP)

El objetivo de la resolución es la protección del pueblo aislado que se presume son los herederos de los toromona históricos. La Resolución declara como “zona intangible y de protección integral de reserva absoluta” a los territorios dentro del Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado (PNANMI) Madidi donde vive este grupo.

1.5.3.3. LEY 450 LEY DE PROTECCIÓN A NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE ALTA VULNERABILIDAD (4 DE DICIEMBRE DE 2013)

Esta ley define una política pública integral con respecto a los pueblos indígenas en situación de vulnerabilidad.

2. SEGUNDO ANÁLISIS: NORMATIVA INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL COMPARADA Y NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

2.1. BREVE RESEÑA DE LA HISTORIA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una vez clarificada la noción de la fórmula “Pueblo Indígena Originario Campesino” como fruto del análisis precedente, el objetivo de éste segundo análisis es repasar los instrumentos internacionales de derechos humanos cuyo objeto es la protección de los derechos subjetivos colectivos, cuya titularidad recae en los pueblos indígena originario campesinos

Partimos de la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los hitos en la historia de la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos, a nivel internacional?

Las actividades oficiales de las Naciones Unidas con relación a las cuestiones indígenas comenzaron en 1970, con la recomendación formulada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de que se emprendiera un estudio sobre la discriminación de los pueblos indígenas (fue realizado por José Martínez Cobo). A esto siguió la creación del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, que celebró su primer período de sesiones anual en 1982.⁴³³

⁴³³ R. Stavenhagen. “*Los pueblos indígenas y sus derechos: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*”.

La presencia indígena cobró mayor fuerza a raíz de la conmemoración en 1992 del quinto centenario del “encuentro de dos mundos” y la proclamación de la ONU del primer decenio de los pueblos indígenas (1995-2004). Desde aquellos años comenzó a funcionar en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, a cuyas sesiones anuales acudieron un número creciente de representantes de pueblos y comunidades indígenas de muchos países.⁴³⁴ De esta manera fue surgiendo una agenda indígena de derechos humanos.⁴³⁵

El sistema internacional de los derechos humanos reconoció derechos indígenas en diversos instrumentos sobre los derechos de minorías nacionales o étnicas y la eliminación del racismo y la discriminación racial y étnica. Sin embargo, fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el primer organismo internacional que se ocupó de las cuestiones indígenas en la década de los años treinta cuando empezó a dar especial atención a los llamados “trabajadores nativos”. En 1953 publicó un estudio sobre pueblos indígenas y en 1957 adoptó el Convenio 107 y la Recomendación 104 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi-tribales en los países independientes.

El Convenio 169 marca un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Aunque su protección continúa siendo el objetivo principal, esta se basa en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo.⁴³⁶ Por lo tanto, el Convenio reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.⁴³⁷

Además, entre otras características, amplía el concepto de “poblaciones” al de “pueblos” indígenas, y establece como uno de sus objetivos fijar las condiciones necesarias para el

⁴³⁴ Estas reuniones, dice Stavenhagen, fueron para los pueblos indígenas un proceso de aprendizaje de las complejidades del mundo diplomático multilateral y una ocasión para forjar alianzas entre ellos y con diversas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

⁴³⁵ R. Stavenhagen. “*Los derechos de los pueblos indígenas: Esperanzas, logros y reclamos.*” En Mikel Berraondo (Coord.) “*Pueblos indígenas y derechos humanos*”. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. España. 2006

⁴³⁶ OIT. Convenio núm 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual. Ginebra, 2003. Disponible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_100764.pdf

⁴³⁷ Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, párrs. 6 y 7 del Preámbulo

autogobierno. Para alcanzar este objetivo, es necesario ofrecer medios para que los pueblos mencionados mantengan o asuman la gestión de sus vidas y destinos propios, y lograr que se reconozca más ampliamente el carácter particular de sus culturas, tradiciones y costumbres, así como un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural.⁴³⁸ Paralelamente, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas comenzó a redactar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en 1985. El texto fue aprobado 22 años después por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas recoge las aspiraciones de los pueblos indígenas del mundo y establece los parámetros que deben seguirse, de ahora en adelante, para la protección de los derechos humanos de las personas y las comunidades indígenas. Sus 46 artículos cubren toda la gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que ya se encuentran en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y los colocan en el contexto específico de los pueblos indígenas.⁴³⁹

En el preámbulo de la Declaración se reconoce y reafirma que los pueblos indígenas tienen, sin discriminación, todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.⁴⁴⁰

2.2. EL DEBATE EN RELACIÓN A LA “DIFERENCIA”

Aquí cabe la pregunta: ¿Por qué los Pueblos Indígenas poseen un sistema específico de protección de sus derechos?

Según Stavenhagen, “los derechos humanos solo adquieren significado en un marco contextual específico, ya que los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio”.

i) Efectivamente existe un núcleo de derechos humanos básicos universales (de todas las personas, en todas las instancias).

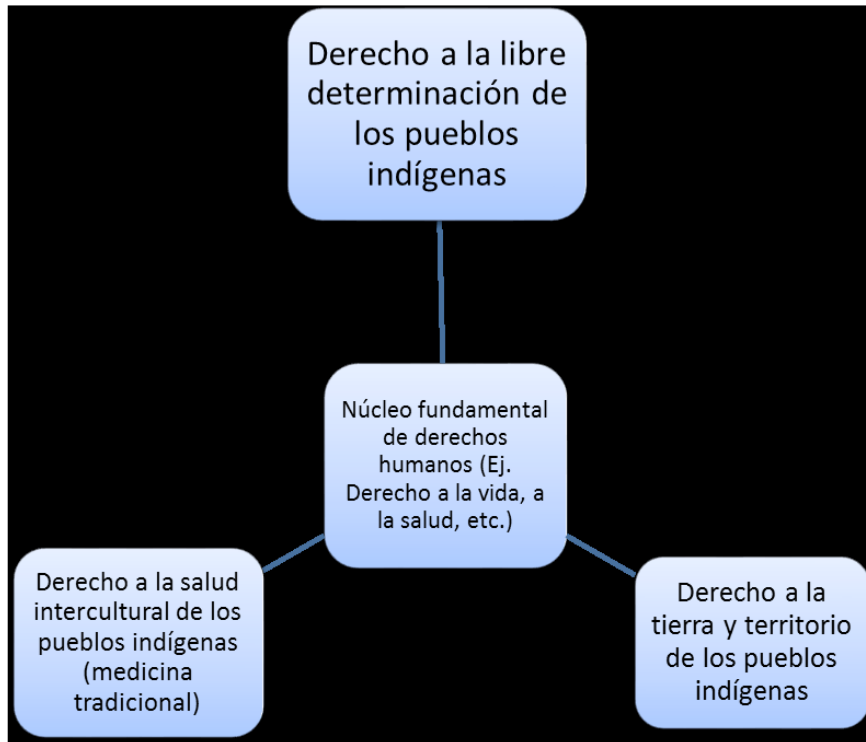
⁴³⁸ OIT. Op. Cit. 2003.

⁴³⁹ R. Stavenhagen, Op. Cit. 2006

⁴⁴⁰ Naciones Unidas, Asamblea General: “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (A/RES/61/295)”. Sexagésimo primer período de sesiones, 10 de diciembre de 2007.

ii) Además de este “núcleo” existe una “periferia” de derechos humanos específicos propios de categorías específicas de la población (niñas y niños, mujeres, trabajadores, migrantes, personas con discapacidad, refugiados, minorías étnicas, indígenas, etc.).

iii) Los derechos básicos universales no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos en todas las instancias si no se disfrutan, ejercen y protegen simultáneamente los derechos “periféricos” específicos de las categorías en cuestión.



Por tanto, hay circunstancias en las que es ilusorio hablar de núcleo básico de los “derechos humanos universales” (salvo a nivel totalmente abstracto, teórico o filosófico) si no se toma en cuenta la “periferia” de las instancias específicas.⁴⁴¹

De esta manera, la construcción conceptual y teórica de los derechos humanos refleja históricamente las asimetrías y desigualdades de la sociedad humana. Los derechos étnicos (entre

⁴⁴¹ R. Stavenhagen. Op. Cit. 1992.

ellos los derechos indígenas) se inscriben entonces en el marco de una ampliación y consolidación del núcleo básico de los derechos humanos.⁴⁴²

En ese contexto, James Anaya opina que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no crea nuevos derechos sustantivos que no sean aplicables a otros grupos. Más bien, reconoce derechos que debieron haber gozado siempre los pueblos indígenas como miembros de la familia humana. Contextualiza esos derechos a la luz de sus circunstancias y características particulares y promueve la toma de medidas para remediar la violación histórica y sistémica de sus derechos humanos.⁴⁴³

2.3. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

Como resultado del proceso histórico antes resumido, se puede apuntar los hitos de reconocimiento de los derechos que se han denominado, con Stavenhagen, periféricos y propios de los pueblos indígenas.

Así, en una perspectiva general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la temática de los pueblos originarios o comunidades indígenas, no ha sido objeto de mucho tratamiento específico en el ámbito internacional. En la mayor parte de los casos, se los entiende abarcados dentro de las normas internacionales relativas a los derechos humanos en general. Empero, se han producido instrumentos que, de modo especial, tienen relevancia directa para el tema ahora tratado, que se verán a continuación de manera muy sintética, siguiendo el orden que presenta el eminente Rodolfo Stavenhagen⁴⁴⁴:

En la Carta de Naciones Unidas hay varias normas que pueden invocarse en la temática indígena. Así, el artículo 1 apartado 3, entre los propósitos y principios de las Naciones Unidas, se encuentra la de realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. En el artículo 13.1.b), esta Carta indica que la Asamblea General promoverá

⁴⁴² Ibidem

⁴⁴³ A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008. Informe del Relator Especial Para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. James Anaya (sobre todos los derechos humanos de los pueblos indígenas).

⁴⁴⁴ R. Stavenhagen: *"Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina"*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. obtenido en: www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades

estudios y hará recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

El artículo 73, establece que:

“Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

- a) A asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;
- b) A desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto...”

Por su parte, la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, al consagrar la igualdad de todos los seres humanos en sus artículos 1 y 2.1, 7, y, al señalar en su art. 27.1, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, está siendo un marco de referencia para los derechos de las poblaciones indígenas, que, aunque no son mencionadas en forma expresa, se ven alcanzadas por el ámbito de protección de estas disposiciones.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma y ratificación el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976, ha sido ratificado por 90 Estados. Este Pacto incluye el derecho a la libre determinación de los pueblos y al disfrute y utilización plena y libre de sus riquezas y recursos naturales, cuando en su artículo 1.1. dice que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966, entró en vigor en 1976, ratificado por 86 Estados, en su artículo 27 expresa que en los Estados en que existan *minorías étnicas*, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por la Asamblea General en 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por 38 Estados, señala en su primer considerando:

“Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de derechos Humanos establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.”

Y, para cumplir esos objetivos, en su artículo 1 establece que todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y aleguen ser víctimas de violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

Efectivamente, en 1989 se aprobó **el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**. Dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat.

El artículo 2 de este convenio, luego de determinar en el artículo 1 su ámbito de aplicación, determina que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Tal acción deberá incluir diversas medidas, entre ellas, las que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Dentro de ese marco, el artículo 4 dispone la adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; puntualizando que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Asimismo, el artículo 5 manda que, al aplicar las disposiciones del Convenio, deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente

En el artículo 8 se encuentran normas importantes que, aunque criticadas por algunos autores, han contribuido al reconocimiento del pluralismo jurídico en las Constituciones de los países. Esta norma determina:

“Artículo 8.-

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

Raquel Yrigoyen argumenta que el Convenio 169 no subordina la jurisdicción indígena a la del sistema estatal. Sin embargo, Kimberly Inksater⁴⁴⁵ sostiene que mientras que el artículo 8.2) garantiza un derecho específico para retener las costumbres jurídicas e institucionales, el texto complementario del mismo está dirigido hacia la consideración de las costumbres indígenas *dentro* del sistema estatal. Existe cierta ambigüedad entre la aplicación autónoma del Derecho Indígena y la aplicación de costumbres indígenas por el Derecho estatal, lo que se constata con la redacción del artículo 8 en sus apartados 1) y 2).

“Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

Inksater indica que la ambigüedad del artículo 8, se repite en el artículo 9, pues sus normas implican que la ley estatal puede aplicar el *Derecho consuetudinario*, o las autoridades indígenas pueden aplicar sus leyes dentro de los límites de las normas fundamentales de derechos humanos.

Pese a las críticas, sostengo que el Convenio 169 de la OIT constituye un gran avance en el reconocimiento del pluralismo jurídico en los Estados que cuentan con población indígena originaria.

Entonces, el Convenio 169 de la OIT, va en la misma línea del reconocimiento de los métodos de control propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala que deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos.

En síntesis, la ratificación de este Convenio significa que los Estados firmantes admiten “el

⁴⁴⁵ K. Inksater: “*Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo*”. Universidad de Ottawa, Ottawa, 2006, Pág. 70

pluralismo jurídico interno” bajo el techo constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales (pueblos indígenas) distintas a las instituciones estatales (organismo o poder judicial, etc.). Este Convenio no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los “casos civiles”, sino que expresamente dice que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (art. 9, inc. 1), con lo cual tampoco el Convenio 169 pone un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es más explícito en lo que respecta a los casos penales, diciendo que los métodos de los pueblos interesados deberán respetarse en el caso de los *miembros de los pueblos indígenas*. Ahora bien, el propio Convenio indica que priman las normas o acuerdos nacionales más favorables a los pueblos indígenas (art. 35). En este caso, si una Constitución da un mayor margen de competencia a los pueblos indígenas, debe respetarse lo que les es más favorable⁴⁴⁶.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Especial mención merece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Resolución aprobada por la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007), que vio la luz después de 20 años de debate y de presión. Constituye un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que si bien con el carácter de una Declaración, viene a ser el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación.

En 46 artículos, esta declaración, expresa una concepción filosófica y jurídica cuya columna vertebral es el reconocimiento del carácter de pueblos, sin limitaciones ⁴⁴⁷ a su derecho a la libre determinación y como expresión de esta a la autonomía o el autogobierno.

En el **preámbulo**, se afirma que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconoce al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales; que contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad; y, que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o

⁴⁴⁶ R. Yrigoyen: Op cit. Pág. 54

⁴⁴⁷ Del tipo de las contenidas al concepto en el convenio 169 que señala "la utilización del término pueblos no deberá entenderse en el sentido que se otorga a ese término en el derecho internacional.

que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.

Hoy en día, esta Declaración es el instrumento internacional principal para la promoción y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Recordemos que hay alrededor de 370 millones de indígenas en todo el planeta, que viven en cerca de 70 países, hablando más de 5.000 idiomas, donde la situación de Bolivia no es para nada aislada, dado que en nuestro país se cuenta con 36 naciones diferentes, cada una con su cultura, idioma y normativa tradicional, propias.

El propósito fundamental del señalado texto internacional, es eliminar las persistentes desigualdades que siguen enfrentando los pueblos indígenas y reparar lo que la historia y los Estados hicieron contra estos pueblos: violaciones masivas a los derechos humanos, asimilación forzada, genocidio, conquista y colonización de sus tierras y sus recursos naturales, guerras y matanzas, entre otros.

La Declaración establece que los Pueblos Indígenas son titulares de derechos como los demás pueblos y que, como lo estipula el artículo 3 de dicho texto (al igual que otros Pactos Internacionales), "los pueblos indígenas tienen derechos a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Además, establece una serie de derechos respecto de sus tierras ancestrales, la administración de sus recursos naturales, el derecho a medidas reparatorias, al respeto de sus tradiciones y costumbres, a controlar los sistemas de educación para sus futuras generaciones, a establecer sus propios medios de comunicación, a desarrollar sus propias medicinas, a controlar su propio desarrollo, a que los Tratados acordados con los Estados sean respetados y aplicados.

El art. 5 de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, **jurídicas**, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Esta norma proclama el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer, en lo que nos interesa, sus instituciones jurídicas, lo que implica el

reconocimiento expreso de la existencia del pluralismo jurídico en los países que tienen pueblos indígenas.

A su vez, el artículo 27 determina que los Estados **establecerán y aplicarán, conjuntamente** con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que **se reconozcan debidamente las leyes**, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con **sus tierras**, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso. Esta norma está afirmando la conjunción de los dos sistemas –estatal e indígena- en cuanto a la temática de tierra, territorio y recursos, lo que constituye un gran avance en el reconocimiento de las normas consuetudinarias al respecto.

Debemos otorgar mayor interés a lo dispuesto por el art. 34 de esta Declaración, que señala: “Los **pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener** sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, **procedimientos, prácticas** y, cuando existan, **costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos**”. Esta disposición da la razón a todo lo comentado en este trabajo de investigación en sentido que existe un Derecho Indígena, hablando de Bolivia, cuyas prácticas deben ser además de respetadas, conservadas y mantenidas, siendo el límite de las mismas, los derechos humanos de todo los y las indígenas, como seres humanos que son.

En el art. 44 se establece que todos los derechos y las libertades reconocidos en la Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas, aspecto de vital importancia especialmente para los casos de normas tradicionales que hemos estudiado en las cuales, como tengo dicho, existe una marcada tendencia a invisibilizar las necesidades y derechos de las mujeres.

Por tanto la Declaración tiene como eje central el Derecho a la Cultura Propia en condiciones de igualdad que el Derecho Estatal, este dato no debe comprenderse como paralelismo jurídico sino como "pacto de coexistencia radicalmente democrática entre saberes y prácticas institucionales propias y válidas para cada ámbito de vida". Este aspecto escasamente percibido, se constituye en el centro de gravitación para resolver equívocos permanentes, de enfrentamientos pocas veces fructífero entre juristas y cultores de otras ciencias sociales; de enfrentamientos conceptuales entre

líderes indígenas, decisores políticos y la comunidad científica. No mirar este hecho ha generado un problema mucho más grande aún: por un lado los teóricos de las ciencias sociales no han enfrentado adecuadamente el funcionamiento real de las diferencias y lugares comunes entre culturas jurídicas y el cómo de su normativización en un mismo Estado. Mientras que por su lado los juristas no logran construir un horizonte teórico que ayude a conciliar las diferencias y los lugares comunes en conflicto, hecho que se de esa forma debido -en gran parte-, al horizonte liberal o neoliberal de sus matrices informativas, soportes epistemológicos y desconocimiento -culposamente- de la realidad⁴⁴⁸.

2.3.1. LOS ESTÁNDARES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN EL ORDEN INTERNACIONAL

2.3.1.1. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Y DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

Los principales estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, son:

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los miembros de los pueblos indígenas gozan de los mismos derechos reconocidos a todas las personas en los principales instrumentos de derechos humanos. Adicionalmente, existen normas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, en específico.

2.3.1.2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
2. Tratados de Derechos Humanos:
 - a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),
 - b) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC),

⁴⁴⁸ I. Chivi. *“Los caminos de la descolonización en América Latina”*. Bolpress. La Paz. 2009

c) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW),

d) Convención sobre los Derechos del Niño (CDR),

e) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades (CRPD).

3. Instrumentos específicos y relacionados con los derechos de los pueblos indígenas:

a) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

b) Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales (1989).

c) Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

Por otra parte, en el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos, hay otros mecanismos destinados a proteger de forma directa o indirecta el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, tal como se ve a continuación.

2.3.1.3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)**
- **Relatorías especiales:**
 - a) Sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.
 - b) Sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.
- **Foro Permanente sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**
- **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del Trabajo de la OIT.**

2.3.1.3.1. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD)⁴⁴⁹

Se trata de un órgano de vigilancia establecido por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965). Se encuentra conformado por expertos elegidos por votación secreta de una lista de personas de “gran prestigio moral y reconocida imparcialidad” y competencia en la temática principal de la Convención. Estos expertos son independientes (no representan a Gobiernos) y tienen un mandato de cuatro años. Este Comité recibe periódicamente (cada cuatro años) informes de los Estados sobre el cumplimiento de la Convención, y emite recomendaciones dirigidas a ellos.⁴⁵⁰

2.3.1.3.2. RELATORÍAS ESPECIALES

Las relatorías especiales son establecidas por el Consejo de Derechos Humanos. Se trata de expertos y expertas independientes que siguen un código de conducta establecido por el Consejo, su mandato es de tres años y pueden ser reelegidos una vez más. Presentan un informe anual al Consejo y también elaboran informes temáticos. Visitan a Estados, previa anuencia, elaboran comunicados de prensa.

Los derechos de pueblos indígenas son vigilados y promovidos por:

- Relatora sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.⁴⁵¹
- Relator sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.⁴⁵²

2.3.1.3.3. FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS⁴⁵³

⁴⁴⁹ Cfr. http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs12_sp.htm.

⁴⁵⁰ Cfr. Ver recomendaciones del CERD sobre los últimos informes presentados por Bolivia en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/BOL/CO/17-20&Lang=Sp

⁴⁵¹ Cfr. <http://www.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/> y el informe del relator sobre su visita a Bolivia en septiembre de 2012 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/133/20/PDF/G1313320.pdf?OpenElement>

⁴⁵² Cfr. <http://www.ohchr.org/spanish/issues/racism/rapporteur/>

⁴⁵³ Cfr. http://www.cinu.mx/minisitio/Pueblos_Indigenas/foro_permanente/

Sirve de órgano asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del Consejo relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.

2.3.1.3.4. COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT.⁴⁵⁴

En 1926, se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años. Los expertos proceden de diferentes regiones y de diferentes sistemas jurídicos y culturas. El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. En ese contexto son responsables de vigilar la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

2.3.1.2. SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

2.3.1.2.1. ESTÁNDARES Y MECANISMOS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

ESTÁNDARES:

- a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

MECANISMOS:

- a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- b) Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c) Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1990).

⁴⁵⁴Cfr:

<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/>

[lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/lang-es/index.htm).

En el ámbito del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos también existe un Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴⁵⁵

Sin embargo, el aporte mayor del sistema regional de derechos humanos a la promoción y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica y el mundo se ha realizado a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.3.1.2.2. NORMATIVA CONSTITUCIONAL COMPARADA

En América Latina se ha dado un conjunto de normas que determinan la situación de la población indígena y que han permitido y, en su caso, perpetuado, la discriminación y dominación de ésta en el conjunto nacional.

Sólo en años recientes se ha dado un cambio paulatino en algunas legislaciones. El sistema jurídico, como conjunto de normas reguladoras de la vida social, por lo general ha homogeneizado e impuesto el criterio monoétnico, de escaso respeto al pluralismo jurídico y a la diversidad cultural. El Estado, como conjunto de elementos que sintetizan la vida social, ha impuesto “su” derecho nacional, sin considerar las categorías particulares de las comunidades indígenas. Estado y derecho han asumido una complicidad estructural en el tratamiento y normatividad de las etnias indígenas. El escaso estudio y reconocimiento del derecho consuetudinario así lo demuestra⁴⁵⁶.

Los textos constitucionales o constituciones políticas, como base político-ideológica de una sociedad determinada, son la expresión generalizada de esta realidad nacional. En cada caso particular el tratamiento jurídico de “protección” de los derechos humanos de los indígenas asume connotaciones específicas.

Pocas son las constituciones de América Latina que hacen referencia a sus poblaciones indígenas, y en todo caso estas referencias son recientes. Pero en numerosos países, con o sin referente en los textos constitucionales, existen legislaciones específicas relativas a la protección o tutelaje de las comunidades indígenas en general, o en lo particular en relación con los problemas de la tierra, de la administración de justicia, del trabajo o de la educación y la cultura.

⁴⁵⁵ Cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>.

⁴⁵⁶ R. Stavenhagen. Op Cit.

Ahora, corresponde efectuar una breve revisión respecto del reconocimiento constitucional en algunos países, y finalmente, analizar el reconocimiento que sobre este tema contiene la Constitución boliviana, promulgada el 7 de febrero de 2009.

En **Colombia**, la Constitución de 1991 fue la primera de los países de América Latina que reconoció la jurisdicción indígena, y estableció un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas.

El art. 246 de la constitución colombiana señala:

“Artículo 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Colombia determina como límite de la jurisdicción indígena, la Constitución y las leyes, lo que parece excesivo, por cuanto lo que se trata, considero, es que el Derecho Indígena tenga su propia autonomía, sin interferencia del Derecho estatal; empero, afortunadamente, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T-254-94 de 30 de mayo, ha interpretado este límite constitucional en sentido que las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ La indicada Sentencia T-254-94, establece que: “Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

(...) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia

La Constitución del **Perú**, en su artículo 149, establece:

“Artículo 149°.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

El precepto peruano es más amplio, pues señala como límite, el respeto de los derechos fundamentales, que es lo que sostengo en el presente trabajo.

En **México**, la Constitución de 2002, establece, en su artículo 2:

“Artículo 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales

de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas.”

establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.”

Como sostiene Cabedo⁴⁵⁸, el precepto anotado, de entrada, está reconociendo *los sistemas normativos* de los pueblos indígenas, con todo lo que ello representa, dado que un sistema jurídico o normativo, lo conforman tanto normas sustantivas como adjetivas o procesales, siendo apreciables en su interior, las normas primarias y secundarias que alude Hart y a las que ya hicimos referencia. Por tanto, reconocer estos sistemas indígenas, equivale a reconocer el pluralismo jurídico. De ahí que la aclaración que posteriormente realiza la norma, al señalar “en la regulación y solución de sus conflictos internos”, resultaría en principio, innecesaria; sin embargo, dadas las reticencias positivistas en aceptar que la normatividad indígena constituye efectivamente un sistema jurídico, que es Derecho, resulta acertada tal aclaración

En **Venezuela**, la Constitución vigente, en su artículo 260, establece:

“Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

⁴⁵⁸ V. Cabedo. Op Cit. Pág. 173

De la norma precedentemente anotada, se desprende que en Venezuela se establece la competencia de *autoridades legítimas* de los pueblos indígenas, para aplicar dentro de sus comunidades, *instancias de justicia* de acuerdo a su Derecho Indígena, determinando los ámbitos de vigencia territorial (cuando dice *en su hábitat*) y personal (cuando indica *que sólo afecten a sus integrantes*). Es necesario reconocer que los límites que establece la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, son los que antes se tenían en la Constitución de Bolivia anterior a la hoy vigente, pues la venezolana subordina además de a la Constitución, a la Ley el ejercicio del Derecho Indígena.

La Constitución del **Ecuador** (2008), en cuanto al Derecho de los pueblos indígenas, reconoce y garantiza, en su artículo 57 a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los derechos colectivos allí señalados, encontrándose en el apartado 10:

“10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su Derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

Y, en su artículo 171, expresamente reconoce la jurisdicción indígena:

“Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su Derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

De la misma manera que podemos reconstruir la trayectoria de la juridización de las demandas de los pueblos indígenas, se ha ido gestando en los Estados nacionales de América Latina un

inventario defensivo que, “en aras de la unidad nacional y soberanía”, expresa una creciente cerrazón ante la necesidad de cambiar la naturaleza del orden jurídico y dar entrada como principio constitutivo al de la pluriculturalidad. Hay sin duda conciencia de la contradicción que entraña para las aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos. En el contenido de la demanda indígena destaca su inserción en la vida política nacional, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, y la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos de desarrollo⁴⁵⁹. Como vemos, no se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o a la contratación de maestros que hablen lengua indígena⁴⁶⁰.

Siguiendo el entendimiento de Bartolomé Clavero⁴⁶¹, repásese unas Constituciones y se verá que los reconocimientos de Derecho Indígena son como añadidos o apósitos que no inciden sobre un conjunto o sistema. Por haberse girado del monoculturalismo europeo a la multiculturalidad americana, no se ha pasado a revisar la fábrica del edificio que respondía a la primera base y no a la segunda. Ningún Estado se ha planteado todavía su reconstitución a la luz y en virtud de la multiculturalidad. Está proponiéndose a los indígenas que se incorporen y que participen en la misma estructura sustancial de poderes que se fundó y organizó ignorándoles y sometiéndoles, dominándoles y marginándoles. Se les ofrece un espacio que puede seguir siendo, pese a todo, marginal. Si la situación varía hoy a favor de los indígenas, no es por mérito de instrumentos internacionales y constituciones estatales, sino del aprovechamiento de espacios por parte de los mismos pueblos y comunidades indígenas, de sus demandas y las conquistas que han ido logrando a través del tiempo.

Los propios reconocimientos de jurisdicción y, en su caso, autonomías indígenas suelen producirse en términos que los dejan a la disposición de la ley y de la justicia del Estado. No se registran como derechos inmediatamente constitucionales, esto es, superiores a los poderes constituidos, sino como principios cuya inteligencia y desarrollo se encomiendan ante todo a la legislación del

⁴⁵⁹ F. Díaz Gómez. “Principios comunitarios y Derechos Indios”. México Indígena No.25. Diciembre de 1988. Pág. 32-37

⁴⁶⁰ M. Gómez. “Derecho Indígena y Constitucionalidad”. Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Marzo. 2000 Chile (www.alertanet.org/dc-mgomez, consultado el 17 de abril de 2008).

⁴⁶¹ B. Clavero. “Escenario Constitucional del Derecho Indígena en América”. obtenido en www.geocities.com/relaju/clavero (22 de abril de 2008)

propio Estado, no siendo ella muy pluricultural precisamente, aunque haya representación indígena⁴⁶².

2.3.1.3. SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS (BOLIVIA)

2.3.1.3.1. NORMAS Y MECANISMOS NACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS.

MARCO NORMATIVO:

1. Constitución Política del Estado (2009).
2. Derecho a la libre determinación y autonomía: Ley N°. 031 o Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez” (19 de julio de 2010).
3. Derecho a la tierra, territorio y medio ambiente: Ley N°. 1333 de Medio Ambiente (27 de abril de 1992); Ley No. 1700 o Ley Forestal (12 de julio de 1996); Ley N°. 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria (18 de octubre de 1996); Ley N°. 3545 (modifica Ley 1715) de Reconducción de la Reforma Agraria (28 de noviembre de 2006).
4. Derecho a la administración de sus sistemas jurídicos: Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional (29 de diciembre de 2010).
5. Pueblos indígenas altamente vulnerables: Ley No. 450 o Ley de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en situación de Alta Vulnerabilidad (4 diciembre, 2013).

MECANISMOS:

1. Ámbito jurisdiccional: a) Tribunal Constitucional Plurinacional, b) Tribunal Agroambiental, c) Tribunal Supremo de Justicia, d) Tribunales Departamentales de Justicia, e) Tribunales y juzgados de materia.
2. Ámbito administrativo: a) Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) b) SERNAP.

2.3.1.3.2. RESEÑA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA

⁴⁶² B. Clavero. Op Cit.

Fue en la reforma constitucional de 1994, que se incluyó el artículo 171, donde por primera vez en la historia republicana, se reconoció y protegió en la Ley Suprema del Estado, los derechos de los pueblos indígenas; se les reconoce personalidad jurídica, y el ejercicio de funciones de administración, así como la aplicación de sus propias normas, conforme a sus propios procedimientos.

El citado art. 171 de la Constitución reformada parcialmente en 1994, señalaba:

“ARTÍCULO 171°.-

- I. Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, **costumbres e instituciones.**
- II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.
- III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas **podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.”**

De lo anterior se infiere que, en la anterior Constitución boliviana, existían cuatro elementos en la jurisdicción indígena: La posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstas de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Es imperioso remarcar que se determina, en tales normas, el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y la remisión al legislador para establecer los

mecanismos de compatibilización de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas⁴⁶³.

De manera directa, este texto constitucional se refería a la aplicación de decisiones de autoridad ya sea de tipo administrativo o judicial. Sin embargo, en la medida que las autoridades “naturales” aplican “normas propias (...) en conformidad a sus usos y procedimientos”, hay también un reconocimiento explícito de éstas, como distintas del Derecho positivo. Desde esta perspectiva, se reconoce que las comunidades y sus autoridades tienen también su propia capacidad legislativa, al menos en esa esfera de “usos y costumbres” que suponen un permanente intercambio con la asamblea y tiene más flexibilidad que la letra escrita.

A un nivel más abstracto, este reconocimiento coincidía “con la propuesta cada vez más aceptada que más allá del Derecho positivo escrito, hay que reconocer cierto pluralismo jurídico”. Lo contrario sería como pensar que no hay lenguaje si no está escrito, cuando en realidad gran parte de la belleza y potencial de todo el lenguaje se pierde cuando lo reducimos o encerramos en un texto escrito.⁴⁶⁴

Con la Constitución de 7 de febrero de 2009 ahora es la Constitución que rige en el Estado boliviano, por lo que debe ser acatada y obedecida-, se establece una serie de normas respecto de los pueblos indígena originario campesinos.

Así, comienza el artículo 1:

Constitución Política del Estado

- **Artículo 1.** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país

⁴⁶³ Y. Hayes. Op Cit. Pág.22

⁴⁶⁴ X. Albó y F. Barrios. “Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías”. En “Cuaderno de Futuro” N° 22. Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD. La Paz. 2007. Pág. 123

Entonces, se reconoce en forma expresa, clara y contundente el pluralismo jurídico en el Estado boliviano.

Pasando al siguiente artículo de la Constitución, el artículo 2, reconoce la libre determinación de los territorios *ancestrales*, cuando señala:

“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

Además, en el artículo 3, visibiliza a quienes fueron hasta antes de 1994, invisibles: Los pueblos originarios. Esta norma dice: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”

Luego, el artículo 8, la Constitución asume principios ético morales que han estado presentes desde siempre en la conciencia de los pueblos originarios, como el *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). Declara, a continuación, que el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, **inclusión**, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, **equidad social** y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Abarcando un tema que nunca antes se había considerado en la Constitución, establece, en su artículo 11, la forma de gobierno democrática participativa, representativa y comunitaria⁴⁶⁵, para la elección o designación de las autoridades de los pueblos originarios.

⁴⁶⁵ Constitución boliviana, artículo 11.

- I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.
- II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:
 1. **Directa y participativa**, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

En las normas contenidas en el artículo 30, la Constitución boliviana proclama los derechos específicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de la siguiente forma:

“Artículo 30.

- 1 Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.
- 2 En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:
 1. A existir libremente.
 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
 4. A la libre determinación y territorialidad.
 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
 7. A la protección de sus lugares sagrados.
 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

2. **Representativa**, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

3. **Comunitaria**, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.
- 3 El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.”

Aunque debió ser considerada de manera independiente, la Constitución incluye en la Segunda Parte (Estructura y organización funcional del Estado), Título III, referido al Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, la jurisdicción indígena originaria campesina (Capítulo Cuarto).

Entre las Disposiciones Generales del mencionado Título, destaca para nuestro estudio el artículo 179, que diferencia la jurisdicción ordinaria, que –señala– se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; puntualizando que la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. Asimismo, el párrafo II de este precepto otorga igual jerarquía a la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina. A continuación expresa que la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional, y que el Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Ya en forma concreta respecto de la jurisdicción indígena, se establece:

“Artículo 190.

- I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
- II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.”

La anterior norma reconoce en forma clara y expresa, el pluralismo jurídico en Bolivia, al determinar que los pueblos indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, conforme a sus procedimientos.

Resulta de esencial importancia el párrafo II del artículo 179, cuando delimita el ejercicio del Derecho Indígena dentro del marco de respeto a los derechos a la vida, a la defensa y demás derechos y garantía establecidos en la Ley Suprema, de modo que en Bolivia, el límite de la jurisdicción indígena se encuentra en los derechos humanos en general, sin restricción, por cuanto

al catálogo de derechos que proclama la misma Constitución, deberán añadirse los reconocidos en instrumentos internacionales, conforme dispone el art. 13.II: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

En la norma siguiente –artículo 191- la Constitución determina los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, cuando manifiesta:

“Artículo 191.

- I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un **vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo** indígena originario campesino.

- II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los **siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:**
 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.” (las negrillas son nuestras)

Por consiguiente, deben disiparse las dudas y resquemores de los contrarios al reconocimiento del pluralismo jurídico en el país, dado que la Ley Suprema está demarcando dónde, a quiénes y qué materias serán conocidas y resueltas a través de las autoridades originarias.

Esta disposición encomienda a la Asamblea Legislativa Plurinacional (hasta ahora, Congreso Nacional), la elaboración de una “Ley de deslinde jurisdiccional”, que bien podría llamarse ley de armonización, o de compatibilización, entre las jurisdicciones ordinaria e indígena. Por ello, más adelante tocaremos el punto de la ley de desarrollo constitucional.

En cuanto al cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena, el artículo 192 dice:

“Artículo 192.

- I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.
- II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.
- III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.”

Hasta ahora resulta difícil entender los motivos de aquellas personas que ven en la obligatoriedad de las determinaciones de la justicia indígena, un “peligro”, una “afrenta”, a la justicia ordinaria, cuando lo único que se está haciendo es reconocer en la Constitución la existencia de un ejercicio que ha pervivido durante siglos, y que, no por la falta de reconocimiento, ha desaparecido ni va a desaparecer.

A lo anterior, debe sumarse el hecho que, tanto el procedimiento como las decisiones que adopte la jurisdicción indígena pueden ser sometidos control en el Tribunal Constitucional Plurinacional, pues la limitación del ejercicio del Derecho Indígena por los derechos fundamentales, implica la posibilidad de plantear, según sea el caso, una acción de libertad, una acción de amparo constitucional, o una acción popular, que en revisión, son conocidos por el citado Tribunal de la jurisdicción constitucional.

A más que el artículo 202.8, reconoce competencia al Tribunal Constitucional Plurinacional para absolver: “Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria”, de manera que se reconoce la eventual consulta que haga alguna comunidad indígena antes de aplicar una norma del Derecho Indígena, a un caso específico, ello –entendiendo- tendrá que

estar vinculado justamente, al resguardo de los derechos humanos, pues es ése el límite que la propia Constitución impone.

Los posibles conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción indígena con la ordinaria y la agroambiental, serán dirimidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional (atribución 11ª del artículo 202).

Es imprescindible remarcar que, además, el Tribunal Constitucional Plurinacional “estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (artículo 197), elegidos mediante sufragio universal. Al respecto, cabe recordar que, para Cabedo, la cuestión de resolver las posibles violaciones de derechos humanos en el ejercicio del Derecho Indígena corresponde al Tribunal Constitucional, y para Raquel Yrigoyen⁴⁶⁶, deberían existir tribunales mixtos o escabinados:

“(…) la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades comunitarias/indígenas/ronderas que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre JE y derechos humanos (y no con base en un solo Derecho: el estatal o el *derecho consuetudinario*), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes). El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional, y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan verdaderamente en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado Pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo, la negociación.”

Por ende, la norma establecida en la Constitución boliviana sobre la conformación mixta del Tribunal Constitucional Plurinacional, sería un sincretismo de las posturas de los dos anteriores autores.

⁴⁶⁶ R. Yrigoyen. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. Publicado en “*Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*” No 59-60, Cusco. Instituto de Pastoral Andina, obtenido en www.alertanet.org (18 de enero de 2009)

Es innegable el gran avance que se ha producido con la norma constitucional que estamos estudiando, en cuanto al reconocimiento del pluralismo jurídico en Bolivia. Entre otros aspectos, se ha eliminado como límite del ejercicio de las normas del Derecho Indígena, las leyes, que estaban previstas en la Constitución ahora abrogada.

La Constitución tiene que ser un límite claro para el mencionado ejercicio, pues aun cuando se trata de naciones con un Derecho propio cada una de ellas, no se puede soslayar el hecho que están inmersas dentro de un Estado que cuenta con una Ley Fundamental, que también los pueblos indígenas deben respetar conforme al principio de supremacía constitucional.

3. TERCER ANÁLISIS: EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS, A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El objetivo de éste tercer análisis es dilucidar, a través de la normativa constitucional y legal boliviana referida a la configuración de la jurisdicción Indígena Originario Campesina y su relacionamiento con las otras jurisdicciones; el contenido esencial del derecho colectivo al ejercicio jurisdiccional.

3.1. DEFINICIÓN Y CONTEXTO. JURISDICCIÓN INDÍGENA

En sentido amplio la jurisdicción indígena comprende un conjunto de instrumentos que permiten a los pueblos indígenas ejercer sus competencias y autoridad.⁴⁶⁷ Dicho concepto está directamente vinculado con el derecho a la autodeterminación interna, e implica la libre definición de la forma de organización política y económica, tanto en la elección de sus autoridades como en el manejo interno de sus propios recursos⁴⁶⁸.

En sentido estricto, la jurisdicción indígena es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo con su sistema de justicia propio, y se ejerce por medio de sus autoridades en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley de Deslinde.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ En este acápite no se abordará la justicia indígena por la precisión conceptual y contextual que merece este tema, que para los distintos autores sí es uno de los principales pilares de la jurisdicción indígena: sin embargo el abordaje es normativo y práctico; lo que puede derivar en un aporte inicial a la susodicha precisión conceptual.

⁴⁶⁸ "Derechos humanos y pueblos indígenas, una aproximación". Defensor del Pueblo. Bolivia, diciembre de 2007

⁴⁶⁹ Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, del 29 de diciembre de 2010, artículo 4.

3.2. MARCO NORMATIVO SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convenio 169 de la OIT.
- Constitución Política del Estado.
- Ley N°. 73 de Deslinde Jurisdiccional.
- Código de Procedimiento Penal: Ley 1970, del 25 de marzo de 1999.
- Ley INRA.

a) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Convenio 169 de la OIT

| Convenio 169 – OIT | Declaración de las NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas |
|--|---|
| <p>Artículo 8</p> <p>1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.</p> <p>2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p> | <p>Artículo 5</p> <p>Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.</p> <p>Artículo 11</p> <p>2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento</p> |

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los **métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos** cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

libre, previo e informado o en violación de **sus leyes**, tradiciones y costumbres.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o **sistemas jurídicos**, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las **responsabilidades** de los individuos para con sus comunidades.

b) Constitución Política del Estado

A diferencia de la Constitución de 1964 (reformada en 1994), la Constitución vigente⁴⁷⁰: a) reconoce expresamente los principios de plurinacionalidad, libre determinación de los pueblos indígenas e interculturalidad⁴⁷¹, en el marco de los cuales, reconoce el pluralismo jurídico y los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como parte de las

⁴⁷⁰ La reforma constitucional de 1994 (art. 171) reconoce el pluralismo jurídico en Bolivia y de manera primigenia, a la jurisdicción indígena bajo una fórmula similar a las constituciones de la región: "Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como **solución alternativa de conflictos**, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, **siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes**. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado".

⁴⁷¹ Artículos 1, 30 y 98

instituciones de estos pueblos⁴⁷²; b) reconoce la jurisdicción indígena⁴⁷³ y la incorpora en la estructura del Órgano Judicial, en igualdad de jerarquía que la jurisdicción ordinaria (pluralismo jurídico igualitario)⁴⁷⁴, dejando la ambigüedad de la Constitución de 1967 que parecía reconocer a los sistemas jurídicos indígenas como medios alternativos de solución de conflictos; c) señala algunos lineamientos para la definición de la competencia personal y territorial del sistema jurídico indígena⁴⁷⁵; d) respecto a los límites de la jurisdicción indígena, cambia la fórmula de la Constitución de 1967 “la Constitución y las leyes”, por “el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos establecidos en la presente Constitución”⁴⁷⁶; d) reafirma la competencia del Tribunal Constitucional para conocer casos de violación de derechos constitucionales por la jurisdicción indígena⁴⁷⁷; e) cambia la composición del Tribunal Constitucional posibilitando la incorporación de magistrados provenientes de la jurisdicción indígena⁴⁷⁸; f) señala algunos mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria⁴⁷⁹; y g) establece el deber del Estado de fortalecer y promover el ejercicio de la justicia indígena, originario campesina⁴⁸⁰.

El sistema jurídico indígena en la Constitución de 2009

| Temas | Constitución Política del Estado, 2009 |
|---|--|
| Principios de plurinacionalidad, | Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado (...) Plurinacional. |

⁴⁷² Artículos 1, 2, 30. II inc.5 y 14 y 190

⁴⁷³ Artículos 190.I y 304.I.

⁴⁷⁴ Artículos 179. I y II.

⁴⁷⁵ Artículo 191 II.

La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

⁴⁷⁶ Artículo 190.II.

⁴⁷⁷ Artículos 196 y 202, incisos 8 y 11

⁴⁷⁸ Artículos 197 al 199

⁴⁷⁹ Artículo 192 I y III.

⁴⁸⁰ Artículo 192.III.

| | |
|--|---|
| <p>libre determinación, diversidad cultural e interculturalidad.</p> | <p>Artículo 30. (...) las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 4. A la libre determinación y territorialidad.</p> <p>Artículo 98. I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones...</p> |
| <p>Reconocimiento del pluralismo jurídico, las instituciones y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.</p> | <p>Artículo 1. (...) Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.</p> <p>Artículo 2. (...) se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones...</p> <p>Artículo 30 II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.</p> <p>Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Principios del órgano o función judicial.</p> | <p>Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.</p> <p>Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.</p> |
| <p>Estructura del órgano o función judicial.</p> | <p>Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesinas se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.</p> <p>II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.</p> |
| <p>Jurisdicción y competencia.</p> | <p>CAPÍTULO CUARTO</p> <p>JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA</p> <p>Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.</p> |

| | |
|---|--|
| | <p>Artículo 304. I. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: (...)</p> <p>8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la constitución y la ley.</p> |
| <p>Competencia material, personal y territorial.</p> | <p>Artículo 191 II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:</p> <p>1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrente o recurrido.</p> <p>2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.</p> <p>3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.</p> |
| <p>Limites (Derechos humanos).</p> | <p>Artículo 190. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.</p> |
| <p>Tribunal Constitucional y</p> | <p>Artículo 196. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad,</p> |

| | |
|---|---|
| <p>sistema jurídico indígena</p> | <p>y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.</p> <p>Artículo 197. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. (...)</p> <p>Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.</p> <p>Artículo 199. I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.</p> <p>Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: (...)</p> <p>8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria. (...)</p> <p>11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.</p> |
|---|---|

| | |
|--|---|
| <p>Coordinación y cooperación.</p> | <p>Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.</p> <p>II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.</p> <p>Artículo 192. III. (...) La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.</p> |
| <p>Fortalecimiento de la jurisdicción indígena.</p> | <p>Artículo 192. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina.</p> |

c) Ley N° 73 de Deslinde Jurisdiccional

En diciembre de 2010 se aprobó la Ley N° 73 de Deslinde Jurisdiccional, que “tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico” (art. 1).

d) Otras normas

Adicionalmente, continúan vigentes otras normas que reconocen el sistema jurídico indígena, tales como el Código de Procedimiento Penal⁴⁸¹ y la Ley INRA.⁴⁸²

⁴⁸¹ Ley 1970, del 25 de marzo de 1999, artículo 28: Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro, y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas señaladas en la Constitución Política del Estado.

⁴⁸² Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria No. 1715, del 18 de octubre de 1996, artículo 3, párrafo III: “...la distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente, se registrarán

3.3. ANÁLISIS DE ALGUNAS SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

Las autoridades de todas las jurisdicciones tienen la obligación de coordinar y cooperar entre sí. La ley prevé que la omisión de este deber puede ser sancionada como falta grave disciplinaria en la jurisdicción ordinaria y en las especiales; y en el caso de la jurisdicción indígena originario campesina, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.

La coordinación entre la jurisdicción indígena originario campesina y las demás jurisdicciones es definida⁴⁸³ como la concertación de medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto de los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria.

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA 1

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que al excluir ciertos ámbitos de vigencia personal, material y territorial la Ley N°73 de Deslinde Jurisdiccional, no está adecuada a la Constitución Política del Estado ni a la normativa internacional, y no corresponde a la realidad de coexistencia entre personas indígenas y no indígenas, recomendando su modificación.⁴⁸⁴ Sin embargo, a la fecha ni la Asamblea Legislativa Plurinacional, ni el Órgano Ejecutivo han tomado iniciativa alguna para la adecuación constitucional de la Ley de Deslinde.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional describe algunos mecanismos de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y otras jurisdicciones o instituciones.⁴⁸⁵ Sin embargo, las instituciones operadoras de justicia, tales como el Órgano Judicial y Ministerio Público, aún no cuentan con una política institucional de coordinación y cooperación con la jurisdicción indígena, ni han implementado protocolos u otros instrumentos de coordinación/cooperación que sistematicen la

por las reglas de las comunidades, de acuerdo a sus normas y costumbres. En la aplicación de las leyes agrarias y su reglamento, deberá considerarse sus costumbres o su derecho consuetudinario siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional".

⁴⁸³ Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional del 29 de diciembre de 2010, artículo 13.

⁴⁸⁴ OACNUDH, A/HRC/19/21/Add.2, 2012.

⁴⁸⁵ Según la Ley de Deslinde Jurisdiccional, los mecanismos de coordinación entre jurisdicciones podrían incluir el establecimiento de: a) sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas; y b) espacios de diálogo sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones e intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos. De acuerdo con esta misma ley, la jurisdicción indígena y las autoridades de la jurisdicción ordinaria, Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones podrán definir mecanismos de cooperación, tales como: a) proporcionar antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originario campesina cuando éstas la soliciten; y b) remitir información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originario campesina y las demás jurisdicciones. Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, del 29 de diciembre de 2010, artículos 14 y 16.

normativa (nacional e internacional), principios, jurisprudencia, directrices y buenas prácticas de coordinación/cooperación entre jurisdicciones.

Los distintos instrumentos o mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena que se diseñen o implementen en el futuro deberán integrar las recientes sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional sobre el tema, como la No. 26/2013, que define criterios de interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional sobre la competencia personal, territorial y material de la jurisdicción indígena, conforme con los instrumentos internacionales correspondientes y la Constitución.⁴⁸⁶ La sentencia cumple con algunas de las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.⁴⁸⁷

En ese contexto, en 2013 el Ministerio de Justicia ha iniciado el proceso de elaboración de una Política Pública Plurinacional para la Consolidación de la Justicia Indígena Originario Campesina y del Proceso de Relacionamiento entre los Sistemas Jurídicos Indígena Originario Campesina y Ordinario, que se encuentra en revisión. Ese Ministerio también ha elaborado algunos lineamientos de coordinación y cooperación entre jurisdicciones indígena y ordinaria.⁴⁸⁸

En 2014, el Órgano Judicial, con el apoyo de la OACNUDH, inició también un proceso de construcción y validación de una política y protocolos de coordinación entre jurisdicción indígena y ordinaria,⁴⁸⁹ cuya implementación está pendiente.

LÍMITES MÍNIMOS QUE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DEBEN CUMPLIR LAS AUTORIDADES INDÍGENAS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES JURISDICCIONALES.

⁴⁸⁶ La sentencia establece: a) sobre la competencia personal, que “es posible el juzgamiento de personas que no necesariamente pertenezcan a la nación o pueblo indígena originaria campesina [sic] pero que voluntariamente de manera expresa o tácitamente se sometan a dicha jurisdicción”; b) sobre la competencia territorial, que la jurisdicción indígena se aplica a “hechos cometidos fuera del espacio físico de un territorio indígena originario campesino que puedan afectar la cohesión social colectiva como podría suceder; por ejemplo cuando, los mismos se produzcan por una autoridad en representación del pueblo indígena originario campesino o exista desvío de poder respecto a dicha representación”; c) sobre la competencia material, que “la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional de donde resulte que la exclusión de un ‘asunto’ de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto”.

⁴⁸⁷ CERD/C/BOL/CO/17-20, párrafo 22, repetido en el informe de la OACNUDH, A/HRC/25/19/Add.2, 2014.

⁴⁸⁸ a) “Justicia indígena originaria campesina. Modelos de relacionamiento, coordinación y cooperación interjurisdiccional, 2011”, b) “Mecanismos de coordinación y cooperación intrajurisdiccional entre administradores de justicia indígena originario campesino, 2011”, c) “Acuerdo de mecanismos de coordinación y cooperación para la atención de casos de violencia contra mujeres, adolescentes y niñas en la jurisdicción indígena originaria campesina, 2011”.

⁴⁸⁹ En el marco del proyecto “Fortalecimiento de la Independencia Judicial en Bolivia”, financiado por la Unión Europea.

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA 2

La Constitución Política del Estado define a Bolivia como un Estado Plurinacional, y reconoce los principios de pluralismo jurídico⁴⁹⁰, diversidad cultural⁴⁹¹ y el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁴⁹², en igualdad de jerarquía que los demás derechos y principios constitucionales.⁴⁹³ Asimismo, la Constitución define como límites de la aplicación de la jurisdicción indígena: a) la vida; b) el derecho a la defensa y c) demás derechos y garantías establecidos en la Constitución.

Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz de los principios de plurinacionalidad, libre determinación, pluralismo jurídico y diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “los derechos y garantías constitucionales” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todos los derechos y garantías constitucionales⁴⁹⁴; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas.

Recurrimos como referente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que ha avanzado significativamente en la resolución de conflictos interculturales en el ámbito de la jurisdicción o fuero indígena, principalmente en lo que toca a los conflictos surgidos entre el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su sistema jurídico en el marco de su autonomía y los derechos individuales de las personas sometidas a dicha jurisdicción.

⁴⁹⁰ Constitución boliviana artículo 1

⁴⁹¹ Constitución boliviana artículo 98 I.

La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

⁴⁹² CPE, art. 30.4: derecho a “la libre determinación y territorialidad”. Este derecho también está reconocido por el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que de acuerdo con la Sentencia Constitucional 0069/2006 (8 de agosto de 2006) forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano, conformado —además del texto de la Constitución— por los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados.

⁴⁹³ Constitución boliviana. Artículo 13.III. “*La clasificación de derechos establecida en esta constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros*”.

⁴⁹⁴ Por ejemplo, no es aplicable en la jurisdicción indígena el derecho/garantía a la defensa técnica.

En una sentencia de 1996⁴⁹⁵ la Corte Constitucional Colombiana⁴⁹⁶, estableció los criterios que deberá tener la o el intérprete (entiéndase juez/a, abogado/a, defensor/a de derechos humanos, etcétera) para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio constitucional de diversidad étnica y cultural⁴⁹⁷ y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.⁴⁹⁸

Sobre el primer punto, la Corte Constitucional colombiana plantea el principio pro autonomía de los pueblos indígenas en los siguientes términos: “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”. Es necesario que la o el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentar, en un caso concreto, al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación atienda a la regla de **“la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”**. Este criterio supone que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.⁴⁹⁹

En ese contexto, la jurisprudencia colombiana define los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Estos límites, a juicio de la Corte Constitucional Colombiana, responden a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”. Estos límites mínimos fundamentales son: a) el derecho a la vida, b) la prohibición de la esclavitud y c) la prohibición de la tortura. Dos son las razones que

⁴⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-349/96.

⁴⁹⁶ A partir de 1994, la Corte Constitucional colombiana se ha planteado la necesidad de lograr una “coexistencia intercultural y pacífica entre formas distintas de ver el mundo” y la solución de conflictos interculturales (en el ámbito de la jurisdicción indígena y los derechos humanos). En ese marco, esa Corte plantea la solución de dichos conflictos “en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97).

⁴⁹⁷ Como anticipamos, a diferencia de la Constitución colombiana, la Constitución boliviana cuenta, además, con los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico, diversidad cultural y libre determinación de los pueblos indígenas.

⁴⁹⁸ Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97).

⁴⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-349/96.

llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente con respecto a ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural⁵⁰⁰; en segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles⁵⁰¹ que reconocen todos los tratados de derechos humanos; derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

Sin embargo, en esa misma sentencia⁵⁰² la Corte Constitucional colombiana incluye también en este grupo de “límites mínimos” a la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas.⁵⁰³ Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse. Para determinar “lo previsible” deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el derecho a un debido proceso también debe interpretarse de “forma intercultural” porque, por ejemplo, uno de sus contenidos, “el derecho a la defensa técnica (derecho a un abogado)”, no es exigible en el contexto de la justicia indígena, pues, de acuerdo con la misma Corte Constitucional, “en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza”.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment". En Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.). "Human Rights in Cross-Cultural Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991. y Falk Richard. "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights". En Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), "Human Rights in Cross-Cultural Perspectives". Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991. Citados en la Sentencia Número T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁰¹ Frédéric Sudre. "La Convention Européenne des Droits de L'Homme". Paris. Presses Universitaires de France, Páginas 23-25. Citado en la Sentencia No. T-349/96, de la Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁰² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96.

⁵⁰³ Por expresa exigencia constitucional, ya que la Constitución Colombiana taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.

⁵⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96.

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0486/2014, DEL 25 DE FEBRERO

De acuerdo a lo señalado, se tiene que el debido proceso no debe ser entendido en términos occidentales cuando se analiza la tramitación de un proceso sustanciado en la jurisdicción indígena originaria campesina; pues si bien el debido proceso en occidente tiene un contenido cultural construido a partir de la vivencia y experiencia de distintos sistemas jurídicos, se debe establecer que éste no tiene los mismos componentes que el debido proceso en términos indígena originario campesinos , pues obedece legítimamente a tradiciones jurídicas diferentes, ambas constitucionalmente reconocidas, en ese ámbito cuando a esta jurisdicción se le presentan denuncias de lesiones al debido proceso en la tramitación de un proceso sometido a la jurisdicción indígena originario campesino, deberá incidir esencialmente en analizar si la persona ha podido asumir defensa en el proceso y si la sanción que se le ha impuesto no afecta sus derechos a la vida, a la dignidad y a la integridad física.

Estas restricciones o “límites mínimos” de la autonomía de las comunidades —en la jurisprudencia colombiana— se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.⁵⁰⁵

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS, A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Las Constituciones que reconocen el Derecho Indígena o Consuetudinario y la Jurisdicción Especial, muestra algunos rasgos comunes. Los países andinos que han reformado la Constitución para este reconocimiento son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (2009) y Ecuador (2008). Estos estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

3.4.1. FUNDAMENTO: CARACTERIZACIÓN PLURALISTA DE LA NACIÓN Y EL ESTADO.

⁵⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349/96

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos.

3.4.2. LA FÓRMULA DE RECONOCIMIENTO DE LOS PAÍSES ANDINOS.

La fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene, básicamente, los mismos elementos y alcances. El verbo que utilizan todas las Constituciones es “reconocer” en la medida que el texto constitucional no está “creando” la jurisdicción indígena sino que está asumiendo oficialmente su pre-existencia, abriendo las posibilidades de su articulación y coordinación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente posibilita la reducción de la violencia y el caos. Muchos creen que con las reformas constitucionales se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas, pero los textos constitucionales son claros al mencionar que no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social.

3.4.3. CONTENIDO.

Las Constituciones mencionadas reconocen funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento es no vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como señala la Constitución peruana, o no violar la Constitución y las leyes, como indican las demás Constituciones. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

3.4.4. SUJETO DE RECONOCIMIENTO

El o los sujetos titulares del reconocimiento son los *pueblos indígenas* y las *comunidades indígenas y campesinas*. Las distintas cartas usan las palabras pueblos indígenas (Colombia, Ecuador), o

pueblos indígena originario campesino (Bolivia) y comunidades campesinas y nativas, así como rondas campesinas (Perú), de acuerdo a las formas de organización social indígena que han reconocido en la propia Constitución y leyes.

3.4.5. LAS AUTORIDADES INDÍGENAS

Cuando las Constituciones hacen referencia a las “autoridades de los pueblos o comunidades indígenas” se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social. Constituiría una falta de respeto al derecho a la propia vida cultural (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al derecho de autoidentificación (Convenio 169 de la OIT) y a las normas constitucionales que reconocen autonomía organizativa de las comunidades y pueblos indígenas, que fuese alguna instancia estatal que pretendiese decir cuáles son las autoridades indígenas y no el propio pueblo o las comunidades indígenas. En este sentido, la Constitución Boliviana es la más clara al indicar a las autoridades *naturales* de las comunidades indígenas y campesinas.

3.4.6. OBJETO DE RECONOCIMIENTO.

Las Constituciones, con diferente terminología reconocen tres aspectos relevantes del Derecho Indígena:

- a) **La normatividad:** al referirse a las normas y procedimientos, las costumbres o directamente al derecho consuetudinario. El reconocimiento del derecho incluye no sólo a las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino también su potestad normativa específica, por ejemplo, su competencia para producir normas (crearlas, modificarlas) a fin de regular su vida social y organizar el orden público interno.
- b) **La institucionalidad:** al reconocer a las diferentes autoridades indígenas. Esto incluye sus sistemas institucionales y los diferentes procesos de constitución o designación de autoridades.
- c) **La Jurisdicción:** al reconocer funciones jurisdiccionales, de justicia o de administración y aplicación de normas propias.

Es decir, se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de su sistema legal o derecho, con sus propias normas, autoridades y procedimientos. Se reconoce tanto al órgano

indígena que aplica el derecho, como al derecho mismo, el cual también es indígena. Con esto se supera fórmulas anteriores de reconocimiento parcial ensayadas dentro del modelo integracionista. Por ejemplo, se reconocía autoridades indígenas pero que debían aplicar el derecho estatal, o viceversa, se establecía que autoridades estatales aplicasen normas del derecho indígena, tratando de cooptar el derecho indígena.

3.4.7. COMPETENCIAS

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las Constituciones de Colombia y Perú comparten, *grosso modo*, los mismos criterios.

a) Competencia territorial. En las Constituciones de Colombia y Perú, el criterio fundamental de competencia es el territorial. Esto es, que rige la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina. En estos países, así como en los demás países andinos, la Constitución y leyes reconocen un espacio territorial a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.

b) Competencia Material. En ninguna Constitución se establece límite alguno a la competencia material de la jurisdicción indígena o del derecho indígena. Tampoco se limita los casos por la gravedad o cuantía de los mismos. El único límite que se establece es respecto de las sanciones que puede aplicar el derecho consuetudinario o indígena (no vulnerar derechos humanos), no respecto de los temas que puede conocer. Por supuesto, la decisión de qué casos conoce la jurisdicción indígena es una atribución de la misma, que depende de los intereses sociales relevantes.

En los casos de Colombia y Perú la jurisdicción indígena es competente para conocer todo tipo de casos que se presente dentro de su territorio. Las constituciones de estos países no le ponen ningún límite. En el caso de Bolivia la Constitución deriva a la Ley de Deslinde Jurisdiccional el establecimiento concreto de la competencia material.

c) La competencia personal no ha sido mencionada expresamente en ninguna Constitución, excepto en la boliviana. De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a *todas* las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, pues lo que rige es el criterio de competencia territorial.

Dado que el fundamento del derecho al propio derecho es la participación en un sistema cultural determinado, en principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Sin embargo cabe hacer el razonamiento que sigue para evitar que personas no-indígenas comenten hechos dañinos dentro de las comunidades y pueblos indígenas bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas. Usualmente la realización de hechos dañinos por no-indígenas dentro de comunidades indígenas, queda sin reparación alguna, pues aquellos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales. Históricamente la intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas ha mellado los sistemas jurídicos indígenas, afectándose con ello la vida comunitaria misma. Siendo vocación de la Constitución reforzar el derecho indígena, cabe interpretar que dentro del espacio territorial indígena es posible el juzgamiento de no-indígenas que se encuentren en el mismo y que hayan realizado hechos o actos con indígenas o hayan afectado bienes indígenas; por supuesto siempre con el límite de no vulnerar derechos humanos. Esto permitiría fortalecer la vida comunitaria indígena y evitar la intervención o presencia de policías, jueces u otros agentes del derecho estatal, que secularmente han vulnerabilizado a las comunidades y pueblos indígenas⁵⁰⁶.

También cabría pensar que cuando los indígenas son sometidos al control estatal fuera de su territorio comunal, en tanto el caso lo permita, puedan solicitar ser sometidos a su propio sistema con base en el derecho a la propia cultura (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, art. 27). En todo caso, lo que sí está claramente garantizado es que cuando los jueces estatales juzgan indígenas (se entiende fuera de su territorio) deben considerar su cultura y costumbres (como establece el Convenio 169 de la OIT, art. 9).

3.4.8. LÍMITES

Todas las Constituciones ponen límites al reconocimiento del derecho consuetudinario en correspondencia con los límites que también impone el Convenio 169 de la OIT, referidos a la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional ni de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Los países han empleado dos fórmulas. Una genérica, la peruana, que limita el reconocimiento del derecho consuetudinario a la no afectación

⁵⁰⁶ R. Yrigoyen. Ob. Cit.

de derechos fundamentales de las personas, concordante con el Convenio 169 de la OIT.

3.5. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN BOLIVIA

3.5.1. PRIMERA TAREA: DESVIRTUAR LA RESISTENCIA A LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA.

La renuencia de ciertos sectores al reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución Política del Estado se debe, entre otros factores, al desconocimiento del sistema jurídico indígena. Muchos creen que la justicia estatal está al alcance de todos y todas, y que por más alejado que se encuentre de un centro poblado –donde tiene sus funciones un juez- un comunario podrá llegar al mismo para presentar sus demandas o reclamos. Asimismo, se cree que se *fractura* la idea de justicia, cuando se trata de establecer, constitucionalmente, el reconocimiento del pluralismo jurídico; y que las decisiones de la justicia indígena no podrán ser *revisadas* por ninguna instancia en caso que se lesionen derechos humanos.

En ese sentido lo expresó Jorge Lazarte, conocido politólogo y ex constituyente boliviano, cuando, refiriéndose al proyecto de Constitución (antes que sea aprobada en el referendo de 25 de enero y promulgada el 7 de febrero de 2009), dijo⁵⁰⁷:

“(…) El artículo 1 establece que Bolivia se funda en el “pluralismo jurídico”, que consiste en el reconocimiento de las “instituciones” de las “naciones” y pueblos indígenas. El art. 179 precisa que la “justicia” se “sustenta” en el “pluralismo jurídico” entre la “jurisdicción ordinaria” y la “jurisdicción originario-campesina”, ambas declaradas de “igual jerarquía” (180.II). Del pluralismo se pasa a la dualidad y de la dualidad a la equivalencia. Al ser equivalentes ambas “jurisdicciones” ninguna es más que la otra. Por tanto, las decisiones de la “jurisdicción indígena” no podrán ser “revisadas por la jurisdicción ordinaria” (192), es decir, por el Estado como instancia político-jurídica nacional. Estamos en presencia de dos sistemas jurídicos que funcionarían separadamente.

Pero en realidad el proyecto va más allá y establece la primacía de la justicia indígena al mandar que toda autoridad pública o persona “acatará” las decisiones de la “jurisdicción

⁵⁰⁷ J. Lazarte. “*Dos justicias para dos Bolivias*”. en el periódico *La Razón*, de 13 de febrero de 2008. Disponible en <http://boliviademocratica.net/pensadores.php?idArticle=134605>

indígena” (193.I). La consecuencia lógica de este razonamiento es que no se podrá recurrir a ninguna instancia nacional contra decisiones subnacionales que violen derechos fundamentales de la persona. Esto es contrario al Derecho internacional que reconoce mecanismos de apelación y reparación en cuestión de derechos fundamentales, sobre la base de una jerarquía entre Derecho nacional y Derecho subnacional.

La actual Constitución Política reconoce a la jurisdicción indígena, contrariamente a lo que suele decirse, pero la subordina a la justicia ordinaria, a la Constitución y a las leyes del país (171.III), en el mismo sentido en que lo hace el convenio 169 de la OIT, al que tanto se recurre para otras materias. Este convenio de 1989 afirma que las “costumbres e instituciones” de los “pueblos indígenas” no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional (8.2.). Este mismo principio es reafirmado en la reciente “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de pueblos indígenas” de septiembre del 2007 al advertir que nada en la Declaración otorga “derechos” a realizar actos “contrarios” a la Carta de Naciones Unidas (46), que justamente establece el “derecho” de toda persona de recurrir ante tribunales competentes contra “actos que violen sus derechos fundamentales”.

Esta salvaguardia jurídica de poder recurrir a una autoridad superior es una garantía contra eventuales violaciones de los derechos humanos y que no sería posible si se declara constitucionalmente que las decisiones de la “justicia comunitaria” son definitivas”

(...) Aquí no hay complementariedad sino preeminencia de la justicia subnacional sobre la nacional, que puede crear conflictos jurisdiccionales gigantescos e irresolubles, salvo que se recurra permanentemente a tribunales internacionales, lo que evidenciaría que la jerarquía jurídica nacional es insistente o ha sido invertida.

Un alcance no menos grave de este “pluralismo” es que cualquier persona podrá ser imputada en el ámbito territorial indígena (cuyos límites ancestrales pueden significar todo) por “todo tipo de relaciones jurídicas” que vulneren “bienes jurídicos” indígenas. Estos “bienes jurídicos” no están definidos en ninguna parte, a diferencia de la justicia ordinaria nacional donde todo está codificado y precisado en sus tipificaciones, procedimientos y garantías. Esta indefinición puede prestarse a abusos inadmisibles como cuando se hace pasar por “justicia comunitaria” toda suerte de actos degradantes contrarios a los

derechos humanos fundamentales y modernos. ¿Quién está facultado para decidir si lo que eran sanciones “ancestrales”, como los azotes, lapidaciones, la pena de muerte, siguen formando parte de la justicia “comunitaria”?

Toda esta propuesta quiebra la soberanía jurídica del Estado principio de unidad sobre todo el territorio; viola la igualdad de todos ante la ley; entra en contradicción con el principio de “unidad de la función judicial” del mismo proyecto (180) y produce efectos contraproducentes.

La etnización del Estado conduce a la etnización de la justicia hasta dividirla en dos como si se tratara de dos Bolivias con dos Estados.”

Ahora bien, de todo lo señalado por Jorge Lazarte, se pueden sintetizar las siguientes observaciones al reconocimiento del pluralismo jurídico. Cabe nuevamente remarcar que tales reparos los hizo cuando aún la Constitución se encontraba en proyecto, de manera que anotaré primero sus observaciones, y luego compararemos con lo que dice la Constitución aprobada y vigente desde el 7 de febrero de 2009.

Primero, señala que al ser equivalentes ambas jurisdicciones, ninguna es más que la otra, por lo que la justicia ordinaria no puede revisar las decisiones de la justicia indígena. Eso es cierto...pero, solamente en parte. Es cierto porque el art. 179.II de la Constitución ahora vigente, determina que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozan de igual jerarquía. Y si bien no se pueden revisar las decisiones de la justicia indígena en la justicia ordinaria, ello no implica una jerarquía o preeminencia de aquella sobre esta última, que es el segundo reparo que plantea Jorge Lazarte, sintetizando lo que piensa la gran mayoría de quienes se oponen al reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución.

En efecto, se cree que la justicia indígena prevalecerá frente a la ordinaria, porque esta no revisará sus determinaciones. Y es que lo que no reconocen es que no tiene por qué realizar tal revisión, dado que se trata del reconocimiento de –precisamente- del “derecho al propio Derecho” como diría Cabedo. Es decir, que las comunidades indígenas adopten sus decisiones, y solamente cuando se estime que se ha lesionado algún derecho humano, se acuda ante la jurisdicción constitucional. Y, con ello, se desvirtúa el tercer reparo de Lazarte, que sostiene que no existirá ningún control sobre la vulneración de derechos humanos, lo que no es evidente.

Si una persona que ha sido sometida a un procedimiento indígena, sea como denunciante o denunciada, considera que en dicho procedimiento o en la resolución a la que se ha arribado, se ha conculcado alguno de sus derechos humanos, tiene toda la potestad de acudir a la justicia constitucional a través de alguna de las acciones de tutela que prevé la propia Constitución, como se verá más adelante.

El cuarto reparo contra el reconocimiento del Derecho Indígena, radica en que supuestamente cualquier persona podría ser imputada o juzgada en el ámbito indígena, y pasible a alguna sanción de dicho orden. Ello no es cierto. La misma Constitución en su art. 191. II establece los ámbitos de vigencia personal, material territorial –que serán detallados más adelante- señalando que en todo caso son *concurrentes*, es decir, que los tres deben presentarse en forma simultánea y que, si falta alguno de ellos, no podría aplicarse el Derecho Indígena en ese caso.

Desvirtuadas como están, por la propia Ley Suprema, las observaciones que se formularon y continúan presentándose contra el reconocimiento del pluralismo jurídico, es menester puntualizar los motivos por los que en un Estado que cuenta con un Derecho positivo y un sistema de administración de justicia apoyado en ese ordenamiento jurídico, es necesario el reconocimiento del ejercicio del Derecho Indígena. La razón primigenia es porque no se puede negar la existencia –reconocimiento constitucional al margen- de un Derecho Indígena que ha pervivido en la colonia y en la República, o sea que ha existido siempre, con las variaciones que se han ido presentando época tras época. **No por la falta de reconocimiento constitucional desapareció el Derecho Indígena.** Al contrario, se ha mantenido vigente por más de quinientos años y hoy por hoy, en pleno siglo XXI, es ejercido por numerosos pueblos originarios, dirimiendo controversias día a día, lo que *per se* constituye un buen motivo para su *constitucionalización*.

Por si fuera poco, Antonio Peña Jumpa expresa que existe un rechazo por parte de los indígenas, a la justicia estatal; rechazo que se fundamenta en tres causas:

- i. Los costos del acceso a la justicia del Estado;
- ii. El dilatamiento de los juicios, que impide se restablezca la armonía en la comunidad; y,

- iii. La negativa de una solución definitiva, que es una percepción que –señala este autor- invade a los aymaras (donde realizó el estudio de campo), como consecuencia del dilatamiento de los juicios y de la posibilidad de presentar recursos a las resoluciones judiciales⁵⁰⁸.

A lo anterior se suma el hecho que la mayor parte de los indígenas, no comprenden las sanciones del mundo occidental, toda vez que, lejos de buscar el *castigo* del infractor, buscan el *resarcimiento*, la *reparación*, y la *rearmonización* de la vida en la comunidad.

Reflexiona Cabedo, en sentido, que cierto es que estos problemas con los que se topan los indígenas a la hora de acceder a la justicia estatal afectan también al resto de la población, pero respecto de ellos, la situación se agrava por su propia situación social, económica y la discriminación y marginación que sufren⁵⁰⁹.

3.5.2. PARTICULARIDADES DE CASO DE BOLIVIA.

El siglo XX es particularmente interesante para Bolivia, pues la cuestión indígena adquiere notoriedad con la presentación del proyecto de ley de creación del Patronato Nacional de Indígenas por el Honorable A. Saavedra a fines de los años veinte, la presentación por un representante de Bolivia ante la ONU de la cuestión indígena a fines de los años cuarenta y que recibió sendas reprimendas de parte de los delegados de Perú y México.

La revolución de 1952 iniciará un proceso de “campesinización” forzada (sindicalización) a la vez que la desaparición paulatina de las Autoridades Originarias porque éstas constituían una rémora en su proyecto de mestizaje cultural, propio de los planes integracionistas iniciados ya en los veinte por varios países de la región, frente a ello las Autoridades Originarias en un acto de respuesta política mimetizan su legitimidad detrás de un orden representativo aceptado por los mestizos⁵¹⁰.

La década de los ochenta los ve reaparecer con toda su fuerza reivindicativa, retomando el camino iniciado al momento mismo de la conquista: la restitución de los derechos conculcados. Esta misma década es una época especialmente particular porque la globalización de la economía recibe como contrapartida la globalización del derecho -en la versión no deseada por las

⁵⁰⁸ A. Peña Jumba; V. Cabedo; F. López Bárcenas: “*Constituciones, Derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

⁵⁰⁹ V. Cabedo. Op. Cit. Pág. 100

⁵¹⁰ I. Chivi. Op Cit.

transnacionales- y es en este preciso lugar donde “acceso a la justicia” y “pluralismo jurídico” adquieren una fuerza política reivindicativa que no puede dejarse de lado en el análisis, en efecto: “[...] el surgimiento de una coalición transformativa, transnacional, compuesta por ONG indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas”⁵¹¹.

Este hecho -sin embargo- es parte complementaria de un debate igualmente complejo en el Derecho estatal donde el acceso a la justicia se convierte en un poderoso instrumento de las mayorías para cuestionar los efectos del modelo neoliberal al mismo tiempo que la justicia indígena cuestiona en los cimientos la existencia misma del sistema formal de justicia y su núcleo ideológico liberal, dejando así al Poder Judicial y su sistema de Justicia desnudo ante dos vertientes de cuestionamiento, una enorme población que reclama acceso a la justicia –como promesa incumplida del liberalismo- y otra igualmente enorme población que hace prevalecer su propia justicia, como forma de desplazamiento político de un sistema de justicia extraño al cuerpo social indígena⁵¹².

3.5.3. LAS DENOMINACIONES: “JUSTICIA COMUNITARIA” O “DERECHO INDÍGENA”.

Poco se ha escrito sobre el concepto “Justicia Comunitaria”, vale la pena -por ello- aclarar que este concepto es el resultado final de un proyecto encarado por el Ministerio de Justicia a inicios del 95 bajo el rótulo de “Proyecto de Reforma Judicial” convenio de crédito 2705-BO del 21 de abril de 1995, del gobierno de Bolivia y la Asociación Internacional de Fomento. El estudio y conceptualización del Derecho Indígena ha sido precedido de enfoques diversos, entre los que destaca el planteamiento del llamado Derecho Consuetudinario Indígena, o la "costumbre jurídica" o los "usos y costumbres", expresiones que anuncian subordinación del Derecho Indígena al Derecho nacional predominantemente unitarista y homogeneizador de la diversidad cultural.

Es necesario remarcar que el pluralismo legal surge principalmente en un contexto de colonialismo, es decir de la dominación de una sociedad por otra, y la forma de articular las relaciones sociales entre el Estado colonizador y los derechos tradicionales; también es posible

⁵¹¹ B. de Souza Santos. “*La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*”. ILSA. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999. Pág. 152

⁵¹² I. Chivi. Op. Cit.

identificarlo en el caso de países con tradiciones culturales predominante o exclusivamente no europeas, que adoptan el Derecho europeo como instrumento de “modernización” y de consolidación del poder Estado (por ejemplo Turquía, Tailandia, Etiopía); en situaciones de revoluciones socialistas, como en la ex URSS, y en países islámicos, donde el Derecho “revolucionario” entra en conflicto con el Derecho tradicional. También se conoce esta situación en los distintos países de América Latina, donde el Derecho y las formas de control social reconocidas y utilizadas por los indígenas, han sido desconocidas por el derecho indiano, y luego por el Derecho estatal, conforme sostiene Raquel Yrigoyen⁵¹³.

Desde el punto de vista del conocimiento occidental, son muchas las miradas que han apuntado hacia la definición y conocimiento de todo aquel fenómeno, que siendo diferente a lo que en occidente se entiende por Derecho, puede connotarse como tal, en el tipo de sociedades que actualmente es entendido por indígenas y/o tribales, en definitiva, la modalidad de conocimiento que surge para entender lo que se ha venido en definir como Derecho Primitivo, Indígena o Consuetudinario⁵¹⁴.

El problema de la definición del objeto del presente análisis, es evidente, tal cual lo reconocen los diversos estudiosos. Cabedo⁵¹⁵ dice que nos podemos encontrar, para referirnos a este fenómeno jurídico, con una pluralidad de términos: Derecho consuetudinario, usos y costumbres, costumbres jurídicas, sistemas jurídicos alternativos, Derecho Indígena, etc., a lo que debemos agregar que en Bolivia, se ha difundido la expresión *justicia comunitaria*, que pronto será desechada por mi parte por los motivos que se explican más adelante. La expresión *Derecho Indígena*, sustenta Oscar Correas⁵¹⁶, viene a ser el conjunto de normas efectivas en comunidades que mantienen, en grado variable, elementos culturales indígenas. Este autor señala que, al parecer, conforme con las informaciones que se disponen, provenientes de los antropólogos, no existen ya, prácticamente, sistemas *indígenas* –o sistemas indígenas *puros*- sino conjuntos normativos en los

⁵¹³ R. Yrigoyen. Op Cit. Pág. 17

⁵¹⁴ Ma. del Rosario Salamanca, R. Maureira Huircaman y V. Núñez. “*Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado*”. En *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. 2003, obtenido en www.biblioteca.serindigena.org (1 de noviembre de 2007)

⁵¹⁵ V. Cabedo. Op Cit. Pág. 36

⁵¹⁶ O. Correas. “*El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces*” obtenido en www.dialnet.unirioja.es (12 de diciembre de 2008)

que conviven normas precoloniales, coloniales y modernas, No obstante, dentro de tales límites, la expresión *Derecho Indígena*, es la apropiada.

Al devenir la expresión *Derecho consuetudinario* de la *veterana consuetudo* romana que se refiere a la repetición inmemorial de determinadas prácticas, conforme sostiene Raquel Yrigoyen⁵¹⁷, se da una visión estática invariable, del Derecho, cuando en realidad, se ha demostrado a través del tiempo, que el Derecho Indígena es eminentemente dinámico y se nutre de la diversidad de normas que, poco a poco van surgiendo en las mismas comunidades, en otras, en y en el Estado.

Rodolfo Stavenhagen manifiesta que el Derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte de la estructura integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, junto con la lengua, el Derecho (consuetudinario o no), constituyen un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación, o comunidad. Y, a diferencia del Derecho positivo, el consuetudinario opera sin Estado, mientras que aquel emana de una autoridad política constituida y es ejecutado por órganos estatales⁵¹⁸.

Sobre el denominativo “Derecho Indígena” se debe mencionar que éste corresponde a la ampliación del concepto de “Derecho consuetudinario”, en tanto el último corresponde principalmente a las formas de cohesión y control intracultural de una sociedad dada, en cambio la primera hace referencia a una serie de atributos que debieran ser comunes a todas las sociedades indígenas en el marco de la interacción con los Estados naciones donde tales, arbitrariamente o no, se encuentran. De tal forma, la natural expresión del Derecho consuetudinario se suma a la necesidad de reconocimiento de la existencia y del ejercicio de los llamados derechos políticos de autogobierno, y los derechos culturales de resguardo de historia, tradiciones, lengua y religión, todos sintetizables en las propuestas de autonomía, hoy emergentes.

En ese sentido, y en el caso de Bolivia, han sido diversas las expresiones utilizadas para referirse al Derecho Indígena. Si bien el denominativo “justicia comunitaria” ha sido utilizado en muchos países, y en Bolivia se ha considerado en algunos ámbitos académicos y gubernamentales, como la expresión adecuada, tal el caso del Ministerio de Justicia que entre 1996 y 1998 llevó adelante, mediante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Proyecto de Justicia Comunitaria, con

⁵¹⁷ R. Yrigoyen. Op Cit. Pág. 19

⁵¹⁸ R. Stavenhagen. “*Derecho consuetudinario indígena en América Latina*”. En “*Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*”. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México. 1990. Pág. 27

el objetivo de elaborar un Anteproyecto de Ley para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario vigente en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el país, en lo personal encuentro que dicha expresión ha tenido un uso arbitrario y abusivo por parte de grupos de personas que, tanto en los centros urbanos como en ciudades pequeñas del área rural, la han esgrimido para pretender justificar actos que no constituyen otra cosa que linchamientos, avasallamientos de propiedad y agresiones violentas, que han sido realizadas sin ningún proceso ni posibilidad de defensa de los supuestos *procesados* o *ajusticiados* como explicaré un poco más adelante.

El concepto de “justicia comunitaria”, indica Ramiro Molina Rivero, en ella publicación del Ministerio de Justicia antes referida, “tiene la ventaja de remitir no solo a instituciones y prácticas de resolución de conflictos, sino también a los contextos socioculturales que los definen, haciendo referencia fundamentalmente a la especificidad de la organización sociopolítica comunitaria”⁵¹⁹; empero, conforme se ha reconocido en dicho documento, este concepto no es definitivo, sino que puede ser tomado como punto de partida en la comprensión de la justicia indígena o de sistemas interlegales, dado que la justicia comunitaria es un campo de acción específica que deberá ser incivilmente definida, aunque solamente sea como referencia conceptual.

Las investigaciones de la década de los noventa como parte de consultorías elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las publicaciones de dicho Ministerio, y otras opiniones coincidieron en adherirse a la denominación de “justicia comunitaria”. Sin embargo dicha “justicia comunitaria” encontró su contrapunto más alto en los sucesos de “Ayo Ayo”, cuando el Alcalde de dicho Municipio, fue torturado y quemado aún vivo en la plaza del pueblo, llamando a ello los autores “justicia comunitaria”. A partir de ese infausto suceso, grupos de personas ciudadinas, han llevado adelante linchamientos de presuntos ladrones especialmente, utilizando la expresión de haber “realizado” la justicia comunitaria. Asimismo, las llamadas “organizaciones sociales” en los últimos años, embanderan el término para amenazar a quienes se opongan a sus criterios.

En noviembre de 2008, en la localidad de Achacachi, una muchedumbre dio muerte a dos personas, luego de golpear y torturar durante más de ocho horas, rociar con gasolina y prender

⁵¹⁹ R. Molina Rivero. “Derecho Consuetudinario”. En “*Justicia Comunitaria*” Tomo 9. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Banco Mundial. La Paz. 1999. Pág. 36

fuego a 11 presuntos antisociales que habrían estado robando en diferentes inmuebles del pueblo en tanto que la gente participaba de los actos de festejo del pueblo. Achacachi es un pueblo del altiplano boliviano, tristemente célebre por su mal llamada "justicia comunitaria", mediante la cual sus pobladores cometen linchamientos contra supuestos ladrones u otras personas, tal el caso de un militar joven que fue torturado y asesinado hace 15 años en ese lugar⁵²⁰. En 2009, marzo, la casa del ex vicepresidente de la República, Víctor Hugo Cárdenas, ubicada en Huatajata, a orillas del Lago Titicaca, fue violentamente tomada por campesinos. Cuando se realizó la toma se encontraban en la propiedad rural la esposa, Lidia Katari, los hijos, una hermana y dos sobrinos. Campesinos de la provincia Omasuyos declararon "estado de sitio civil" en la localidad de Huatajata a 70 kilómetros de La Paz para evitar que el Ministerio Público investigue la toma de la vivienda rural y la agresión a la familia del ex vicepresidente Víctor Hugo Cárdenas. Jerónimo De la Cruz, dirigente campesino, informó que los nueve cantones de la provincia Omasuyos anunciaron que no permitirán que la justicia realice las investigaciones y no permitirán el ingreso a esa población de ninguna autoridad del Ministerio Público. "Esta vivienda ahora nos pertenece. Jallalla (que viva en idioma aymara) Tupaj Katari, jallalla Bartolina Sisa. Nos declaramos en estado de emergencia y al mismo tiempo aplicaremos el estado de sitio civil. Estamos en estado de emergencia y a cualquier grito y llamado nos vamos a movilizar", expresó el dirigente a tiempo de aclarar que los campesinos se movilizan por cuenta propia y no por mandato del Gobierno. Advirtió que si la Policía intenta ingresar también a la población se movilizarán, lo que podría producir enfrentamientos. "Si entra la Policía, si entra algún Fiscal nos vamos a movilizar, vamos a aplicar el estado de sitio civil en la provincia Omasuyos no tienen por qué ingresar a investigar", afirmó⁵²¹.

Los hechos relatados no ingresan dentro del Derecho Indígena, pues éste tiene normas de proceso, y permite la defensa del procesado. En el caso de Víctor Hugo Cárdenas, no hubo acusación previa, proceso alguno ni posibilidad de defensa, fue una irrupción violenta, despojo, agresiones con lesiones graves a su familia, de modo que configura conductas delictivas que no pueden ser encubiertas con la bandera de una *justicia comunitaria*.

⁵²⁰ Y. Hayes . Op Cit.

⁵²¹ Agencia de noticias Bolpres, obtenido en: www.bolpress.com

3.5.3.1. LA JUSTICIA COMUNITARIA NO ES AGRESIVA, NO ES VIOLENTA. LA JUSTICIA COMUNITARIA NO ES SINÓNIMO DE LINCHAMIENTO

Linchamiento es la: “Forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen”⁵²². El sistema legal indígena no tiene relación alguna con el linchamiento, ni mucho menos con la justicia por mano propia. Este sistema tiene autoridad y normas, no es espontáneo; es un sistema completo y cuenta con un procedimiento que resguarda los derechos de los sometidos a tales juicios. La sanción no puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima, es decir, hay una sentencia que no es punitiva sino sobre todo, reparadora, sanadora, que intenta recuperar el equilibrio que ha sido alterado⁵²³.

Por tales motivos, no comparto la utilización de la expresión “justicia comunitaria”, prefiriendo llamar al objeto de estudio que nos ocupa, Derecho Indígena, pues más allá de los motivos indicados antes, el término “Derecho” es más amplio porque comprende además de la solución de conflictos -justicia-, la organización y estructura de sus autoridades, el desenvolvimiento de la vida en comunidad de acuerdo a las reglas aceptadas por todos y todas.

3.5.4. LA LEY DE DESARROLLO DEL DERECHO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

3.5.4.1. TAREAS A CUBRIR POR LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Los últimos años están marcados por las reformas constitucionales que reconocen el derecho consuetudinario indígena. El reto que queda es la elaboración de leyes de desarrollo constitucional cada vez mejores y su implementación institucional. Las referidas leyes deberán atender a dos demandas, por lo menos:

- a)** Establecer mecanismos de coordinación o compatibilización entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, o entre las funciones de justicia indígenas y los poderes del Estado, tal como lo señalan las Constituciones reformadas.

⁵²² Guillermo Cabanellas: “Diccionario Jurídico”

⁵²³ Bolívar Beltrán Gutiérrez. “El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción”. En “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Tomo I. Konrad Adenauer. Montevideo. 2006. Pág. 808

- b) Establecer procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, como lo indica el Convenio 169 de la OIT.

3.5.4.2. LEY DE COORDINACIÓN, COMPATIBILIZACIÓN, O DE DESLINDE JURISDICCIONAL

Moisés Chivi⁵²⁴ estableció ciertos rasgos de la jurisdicción indígena o de los sistemas de justicia, para ser considerados en el debate constituyente. Terminado el mismo y, con una nueva Constitución vigente, algunos de tales planteamientos son aún válidos y dignos de considerarse al momento de establecer las bases para la ley de deslinde jurisdiccional:

a) Los sistemas de justicia indígena son *complementarios* al sistema de justicia ordinario

La complementariedad con el sistema de justicia ordinario, es parte de una estrategia de largo aliento, pues como se sabe, la complementariedad de un sólo lado de la historia no es complemento, sino sumisión o disolución, la perspectiva de los pueblos indígenas en cada nivel organizativo reivindica la complementariedad como parte de la construcción de un sistema de justicia verdaderamente representativo de las realidades propias del país.

La complementariedad con el sistema de justicia ordinario, es parte de una estrategia política de diálogo de saberes, y no nace de la elucubración intelectual sino de la propia realidad. La negación de las prácticas judiciales indígenas, su desconocimiento y su evasión, ha dado como resultado la satanización de las prácticas judiciales indígenas, o en otro sentido, la visión aislacionista donde la sabiduría indígena es sólo para los indígenas, estas dos formas de aproximación a la justicia indígena ha dado como resultado final, el alejamiento del diálogo, la imposibilidad de compartir experiencias, la imposibilidad de aprender uno del otro.

Han sido las mismas organizaciones indígenas las que proponen la complementariedad entre una y otra justicia, en un acto de realismo político y de construcción de país desde otras miradas, desde una verdadera pluralidad jurídica.

⁵²⁴ I. Moisés Chivi. Op Cit.

b) Se sustentan en la descolonización de los saberes

La descolonización no tiene que entenderse como des-occidentalización, ni como una vuelta a un pasado paradisiaco y mitológico de reinos incásicos o *Qullasuyanos*. La descolonización es, en lo esencial, el proceso político mediante el cual se cuestiona la cultura occidental en su versión de geopolítica del conocimiento, donde una forma de hacer y pensar se impone sobre las colonizadas sin posibilidad de aprendizajes mutuos, sino más bien como forma de consolidación colonizadora.

Esta geopolítica del conocimiento, es la versión más difundida en las prácticas jurídicas y judiciales contemporáneas, con sus evidentes fracasos y promesas incumplidas. Si vemos con atención la formación del jurista, sus prácticas cotidianas, su visión del mundo, sus “habitus”, pronto detectaremos un profesional alejado de la realidad diversa del país, un profesional domesticado por la relación Estado = Derecho, un consolidarse en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, tal como lo vimos en otra parte de este documento. (...la igualdad y la equidad en su ejercicio), Sabemos que el lenguaje jurídico invisibiliza a la mujer, sabemos también que la construcción del derecho, tiene un lenguaje marcadamente masculinizado, que su proyección histórica es por lo general tras la lente del varón. ¿Qué podemos hacer?, enfrentar esa realidad, haciendo que la ley proyecte políticamente la igualdad como principio y la equidad como táctica⁵²⁵.

3.5.4.3. CRITERIOS DOCTRINARIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA LEY DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL.

Establecer las normas de desarrollo constitucional referidas los mecanismos de coordinación entre el Derecho Indígena y el estatal, así como resolver supuestos conflictos entre el derecho indígena y los derechos humanos, es parte del proceso de la construcción de una nueva juridicidad pluralista e inclusiva, que tenga legitimidad y eficacia. Por ello, en primer lugar, debería contar con la participación de toda la población y en particular de la población indígena.

Por el principio de jerarquía normativa y el principio de progresividad de los derechos humanos, la ley de desarrollo constitucional no podría desnaturalizar, reducir o tergiversar el contenido de la reforma constitucional. Cabe recordar estos principios básicos en la medida que en los debates nacionales sobre el tema se han hecho planteamientos que recortan o limitan el contenido de la

⁵²⁵ *Ibidem*

reforma y los derechos ya consagrados en el Convenio 169 de la OIT. La ley de desarrollo constitucional referida no tiene competencia para reducir derechos, limitarlos, o pretender regularlos de tal manera que operativamente signifiquen reducción o limitación de los mismos.

El objeto de las normas de desarrollo constitucional es facilitar la implementación del reconocimiento legal del derecho indígena en todos los ámbitos y niveles del quehacer público. A continuación se proponen algunos contenidos mínimos de estas normas, según la visión de Raquel Yrigoyen.

Dado que el debate sobre la ley de desarrollo constitucional continúa, Yrigoyen ofrece algunos elementos a tenerse en cuenta mínimamente⁵²⁶, y luego abordaremos lo que propone el Anteproyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional en Bolivia:

a) DESCRIMINALIZACIÓN DE LA CULTURA Y EL DERECHO INDÍGENAS.

La ley de desarrollo constitucional debe establecer mecanismos para la descriminalización de las prácticas culturales que son parte del sistema de regulación indígena pero que pueden configurar algún tipo penal. Debe darse una abstención de la intervención punitiva estatal cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas (por ejemplo: Uso de plantas medicinales).

Igualmente la ley debería descriminalizar el ejercicio de la justicia indígena a nivel normativo y fáctico: evitar cualquier forma de persecución o estigmatización de autoridades indígenas que administran justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos, de los miembros de los pueblos indígenas que se someten a su propia justicia; de los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como de los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en el marco de la justicia indígena. Si hay una denuncia por presunta violación de derechos humanos esta debe investigarse y resolverse según un procedimiento específico que garantice la interculturalidad, para evitar que por esta simple vía se neutralice o criminalice la justicia indígena.

El reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial permiten la existencia de varios órganos de producción jurídica y de control penal, por lo tanto no sólo no pueden ser criminalizados, sino que además son legales y legítimos.

b) RECONOCIMIENTO Y FORTALECIMIENTO DE AUTORIDADES, ACTOS Y

⁵²⁶ R. Yrigoyen. *2Criterios y pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal*". Fundación Mirna Mack. Guatemala. 1999

DECISIONES JURÍDICAS INDÍGENAS.

La ley debería establecer mecanismos registrales para el reconocimiento legal de los **actos jurídicos** realizados dentro del derecho indígena (uniones conyugales, nombres, filiación, formas de contratos, traspasos de propiedad y otros actos), sin establecer nuevos requisitos que en la práctica signifiquen el desconocimiento de lo actuado en los pueblos indígenas. Entre ellos, mecanismos para que se coordine con las instancias registrales (civiles, de la propiedad, etc.) a fin de que los actos jurídicos realizados en los pueblos indígenas con sus procedimientos y dentro de su cultura e idioma, tengan validez cuando interactúan fuera de sus comunidades y para efectos de ser tenidos en cuenta en los registros nacionales.

El reconocimiento legal de las **decisiones** tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro del derecho indígena exige que la ley establezca mecanismos para que las decisiones jurisdiccionales indígenas sean respetadas por autoridades jurisdiccionales estatales y otras autoridades. Esto no otorga facultades a las autoridades estatales para la revisión de las mismas o requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia.

La ley debe establecer claramente el respeto y fortalecimiento de las **autoridades e instituciones indígenas**, así como de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas. Los procedimientos de reconocimiento no pueden incluir mecanismos de inscripción acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas. La ley debe establecer determinados canales de diálogo con autoridades indígenas con base en la consulta previa sobre los mismos a los pueblos indígenas, pero no puede obligar al registro, carnetización o listado de todas las autoridades indígenas, dados los temores históricamente fundados que tienen respecto de posibles actos represivos. También en consulta y con participación de los pueblos indígenas la ley debería establecer algunos mecanismos para el fortalecimiento de las autoridades indígenas así como de las instancias de decisión que tienen un carácter consensual y participativo (asambleas, cabildos, etc.).

En **conflictos de competencia**, la ley debería establecer los procedimientos para casos que han sido presentados simultáneamente o sucesivamente a varias instancias. Es importante que quede claro que la competencia para regular situaciones o resolver casos de cualquier materia, monto o gravedad entre indígenas y en territorio de los pueblos o comunidades indígenas corresponde a la jurisdicción especial o indígena. En el caso de personas no indígenas pero que

el objeto de la *litis* es de interés del pueblo o comunidad indígena (porque los hechos se han realizado dentro de territorio indígena o afectan a personas indígenas o intereses de la comunidad), también ésta tendría competencia, sólo con el límite de no vulnerar los derechos humanos. Cuando un mismo caso ha sido presentado sucesiva o simultáneamente a la jurisdicción especial indígena y a la estatal, y está dentro de los criterios de competencia de la primera, toca a ella conocer y resolver el caso, que se respete su decisión y se ordene el archivo del caso o remisión de lo actuado a la jurisdicción indígena. Esto permitirá fortalecer el derecho indígena, mellado por siglos de minusvaloración.

Igualmente la ley debería establecer mecanismos y formas de **coordinación**, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo el criterio del mutuo respeto y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas (como actualmente se pretende en algunos lugares obligándoles a ser meros notificadores sin sueldo, a detener a infractores y a ejecutar órdenes de autoridades estatales de modo impositivo, ilegítimo e ilegal).

c) PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS ENTRE DERECHO CONSUECUDINARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

La ley –sostiene Yrigoyen- debe establecer un **procedimiento *ad hoc*** para resolver los conflictos que se puedan presentar entre el derecho indígena y los derechos humanos, para atender a lo señalado por el Convenio 169 de la OIT (art. 8,2). Ello permitiría contar con un mecanismo para el conocimiento de casos en los que se ha denunciado la presunta vulneración de derechos humanos por el derecho indígena. Si bien el Convenio no especifica qué tipo de procedimiento debe seguirse (en Colombia lo hace la Corte Constitucional), es claro que el procedimiento que fuese debe garantizar la *comprensión intercultural* de los hechos e *interpretación intercultural* de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle.

Una manera de operativizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, podría ser mediante la instalación de jurados escabinados o tribunales mixtos, conformados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita

entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más (por ejemplo si la queja es por la aplicación de algún tipo de trabajo en la comunidad o sanción física, en el caso que pasase automáticamente a la justicia estatal, el quejoso podría ser objeto de muchos años de prisión, restringiéndose de manera más dura sus derechos). Es menester dejar claro que en Bolivia, la Constitución ha establecido la conformación del Tribunal Constitucional con criterios de plurinacionalidad, lo cual constituye un gran avance en cuanto a la solución de conflictos que pudieren presentarse entre el Derecho Indígena y los derechos humanos.

Otra tarea de la ley de desarrollo constitucional será remitir algunos temas a otros cuerpos legales (código penal, procesal penal, civil, leyes registrales, etc.) para ordenar la introducción de normas que expliciten los contenidos arriba mencionados.

Por su parte, Cabedo⁵²⁷ señala como temas clave para el objeto de la ley de coordinación:

- 1) Establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de posibles conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones;
- 2) Determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos con relación a la jurisdicción especial indígena.

En el caso de Bolivia, como se tiene visto, es la Constitución la que ya ha establecido en forma clara, las competencias personal, material y territorial. Personal, al establecer que están sujetos a la jurisdicción indígena originario campesina, los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores, demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos; por lo que, esta jurisdicción no abarca a quienes no pertenecen al pueblo indígena. Material, cuando señala que esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos, de acuerdo a la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Y, territorial, porque determina que la jurisdicción indígena originario campesina se aplica a las

⁵²⁷ V. Cabedo. Op Cit. Pág. 110

relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo originario campesino.

En síntesis, la tarea normativa aún no ha terminado. Falta también una mayor apropiación de estas reformas por la sociedad civil en general y por los pueblos indígenas en particular, a fin que participen en el proceso de elaboración normativa para el establecimiento de mecanismos consensuales, plurales y democráticos de coordinación entre sistemas.

La construcción de una juridicidad plural en el marco de un nuevo Estado Pluricultural, exige el diálogo intercultural y el respeto a la diferencia. Dada la situación de marginación histórica de los pueblos y comunidades indígenas, debe realizarse esfuerzos grandes para promover la participación de los mismos, a fin que no sean meros receptores de normas impuestas desde afuera. Una condición para el desarrollo pleno de los pueblos indígenas y el ejercicio del derecho a la diferencia cultural, es el ejercicio simultáneo de derechos económico-políticos en igualdad de condiciones al resto de los ciudadanos, a fin de que la diferencia cultural no se identifique con desigualdad social. El reconocimiento de la juridicidad plural requiere fundarse en derechos económico-políticos para que pueda construirse un sistema de democracia sostenible. Este, especialmente, es un gran reto en la construcción de un modelo de Estado Pluricultural⁵²⁸.

⁵²⁸ R. Yrigoyen. Op Cit.

COLOFÓN CONCLUSIVO

- De las cuatro perspectivas sobre el pluralismo jurídico, que a manera de síntesis se han descrito y analizado al final del primer capítulo de la tesis; una, la última de ellas, sostiene que el pluralismo jurídico es algo así como una *construcción en pleno proceso de desarrollo* con la visión de convertirse en una *forma organizativa* útil para las sociedades diversas, en las que el pluralismo es un hecho innegable, presente en todas las esferas de la vida social. Una de las variantes de tal pluralismo es el pluralismo jurídico, caso en el que (por el contenido intrínsecamente normativo de toda forma de Derecho) no se está solamente frente a un hecho consumado sino, además, frente a una tarea, a un cometido que, siendo a la vez un proceso pendiente y en curso, debería derivar en un producto, un “constructo” de determinadas características (propias en cada sociedad en particular, pero siempre plural), fruto de la elaboración consensuada y argumentativa emergente de la interacción de actores diversos, que no son ya los individuos sino los propios sistemas jurídicos concretos (diferentes y hasta divergentes) coexistentes en las sociedades.

Considerado así, el pluralismo jurídico visto teóricamente, es un tipo de *discurso* (que refleja simultáneamente el proceso de armonización de las distintas manifestaciones jurídicas y el resultado siempre progresivo de un producto consensuado momento a momento) que persigue grados cada vez más elevados de *consenso* dentro de un contexto de heterogeneidad, en búsqueda de la armonización de la pluralidad de discursos jurídicos particulares.

- Por otra parte, según se ha visto en el desarrollo del primer capítulo de la tesis, es evidente otro hecho igualmente indiscutible: se refiere al relacionamiento entre órdenes jurídicos en el contexto de las sociedades plurales y en concreto a la asimetría de tal relación; según la cual, hay que asumir (igualmente como hecho recurrente) que la tendencia es la penetración y la dominación del Derecho estatal (sobre los otros sistemas jurídicos de la sociedad, los subalternos) y la vez, la tendencia a la subversión de parte de esos órdenes subalternos, en los márgenes de la sociedad. Lo que termina conformando relaciones de *tensión*, en lugar de relaciones de equilibrio de fuerzas o de armonía. Ambas tendencias

y las tensiones que provocan, resultan inquietantes (pues corren en vía opuesta a lo expresado en el anterior acápite) dado que el “constructo” armónico que el pluralismo jurídico debería ser, corre el riesgo de no desarrollarse en la realidad (a pesar de que la teoría ofrece otras salidas) y consiguientemente a consolidarse la tendencia a la permanente intervención del sistema jurídico estatal en los órdenes jurídicos periféricos y a la modelación de dichos sistemas jurídicos subalternos en el molde estatal.

- A no ser que sea posible aplicar alguna teoría que sirva de base para que el pluralismo jurídico (más allá de las tendencias de facto) sea viable en términos equilibrados y armónicos y permita concebir sociedades plurales en las que reine una forma de racionalidad que a una vez, respete la heterogeneidad y el pluralismo (por decirlo así, *connaturales* a las sociedades modernas) y facilite una forma de organización jurídica plural tal, que no excluya ningún orden jurídico, ni dominante ni subalterno y que permita un diálogo entre ellos en procura de un pluralismo jurídico consensuado. Esa puede ser la Teoría del Discurso y a su descripción y análisis se han dedicado los capítulos segundo y tercero de la presente tesis. Se la ha abordado en una profundidad tal que sin pretender agotarla, la ha visto como un útil método, forma, vía o camino que pueda hacer posible concebir que las relaciones entre órdenes y sistemas jurídicos dentro del pluralismo jurídico, sean equilibradas.
- En efecto, la Teoría del Discurso (que es una teoría de la Ética), puede ser una contribución útil para el propósito señalado puesto que, a pesar de no haber sido concebida para sustentar ningún sistema jurídico en particular, ni singular ni plural (pues su discusión se centra en un nivel menos concreto que el de la Teoría del Derecho) sí que se concentra en el diálogo y en las formas más idóneas (los presupuestos de la argumentación) a través de las cuales ese diálogo se convierte en *consenso* y en equilibrio. Esa dedicación es, a efectos de la presente tesis, una cualidad útil de la teoría del discurso que la hace válida como base teórica lo suficientemente sólida para al objetivo de diálogo inter-sistémico.
- En el capítulo segundo se han desarrollado y descrito los más importantes elementos de la teoría del discurso, haciendo hincapié en los presupuestos de la argumentación, a partir de los cuales opera el mecanismo del discurso (diálogo) entre participantes libres de expresar sus pretensiones de validez y de criticar los de los demás con la única regla de que vence el argumento más racional. Dicho diálogo va, en hipótesis, construyendo un resultado consensuado que se constituye el mismo, en el contenido de la racionalidad

discursiva, sea en el plano de la discusión sobre la verdad, sobre la corrección normativa o sea sobre la veracidad. Se hizo eso en razón a que parece concebible asumir que una teoría que funciona como idea regulativa de la interacción real de sujetos individuales reales que persiguen construir una racionalidad colectiva viable; también puede funcionar como idea regulativa de la interacción de sujetos colectivos y del acuerdo pacífico que se puede obtener de dicha interacción, al tener y expresar esos sujetos colectivos (que pueden ser los grupos que sean miembros de los sistemas jurídicos concretos y subalternos a los que nos hemos referido líneas arriba) sus propias versiones de la corrección normativa en un escenario en el que actúan otros similares. Entendimos entonces que la que resulta aceptable y muy plausible como idea regulativa de la racionalidad –la teoría del discurso- es tan aplicable a individuos como a colectivos; y que el consenso es también alcanzable con la actuación de sujetos como los últimos.

- Ahora bien, en el capítulo tercero, se abordaron algunos problemas que parecían en principio, obstaculizar la aplicación de la Teoría del Discurso a un contexto de pluralidad de sistemas jurídicos coincidentes en tiempo y espacio. El primero de dichos problemas fue el de la conexión entre Moral y Derecho. El resultado evidente al quedar claro que la Teoría del Discurso es una teoría de la Ética y no particularmente de lo jurídico; pero también es cierto que el Derecho, como la Moral, son sistemas conectados puesto que ambos regulan conductas humanas –con sus diferencias de perspectiva por cierto, pero su objeto es el mismo, el de la regulación de los comportamientos humanos con corrección-. A partir de esta certeza, se desarrolló la vinculación que ocurre entre la Moral y el Derecho a partir de los postulados de la teoría del discurso, enfatizando el traslado de los mismos desde la Moral hacia el Derecho. Una vez construido el argumento de la posibilidad de conexión –que no confusión- entre la Moral y el Derecho, entonces se pudo concluir que dada esa vinculación, entonces es factible una relación entre ciertos sistemas morales y ciertos escenarios jurídicos plurales a partir de los razonamientos y principios que propugna la ética que desarrolla la teoría del discurso. No obstante, se presentaba un segundo problema: el de la atribución de condición moral a sujetos que no fueran individuos humanos sino grupos de ellos, colectivos humanos. El análisis que cupo desarrollar en esa parte de la tesis, condujo a concluir que la vía de atribución de calidad moral a los grupos humanos, es aquella misma que los asume como sujetos de derechos subjetivos universalmente admitidos como tales, es decir, de derechos humanos; en

efecto pues, se concluyó que los derechos humanos –concebidos como pretensiones morales justificadas y vinculadas a la dignidad humana, trasladadas a la formas jurídicas como facultades, potestades e inmunidades- siendo atribuibles tanto a individuos y colectivos, también son el conducto idóneo que les otorga condición moral –además de jurídica- a los colectivos humanos que sostienen sistemas jurídicos concretos y subalternos dentro de sociedades en las que el pluralismo está presente. El ejercicio y práctica de esos sistemas jurídicos subalternos, es en realidad el ejercicio de un tipo de derecho subjetivo, atribuible a los grupos que sostiene aquellos.

- Sin embargo, el problema de la atribución de titularidad de derechos subjetivos y fundamentales, a colectivos humanos –incluida la ejecución de sus ordenamientos jurídicos, como contenido de tales derechos- conduce igualmente a un tercer problema: el del ejercicio de esos derechos. En efecto, fue abordado ese problema mediante una aproximación bastante detallada a la cuestión de la *representación* –la política y la jurídica- de tales colectivos humanos. Y era pertinente hacerlo porque cada grupo humano ha de tener siempre mecanismos regulados de gobierno interno y de relacionamiento externo (mecanismos estos que forman parte ellos mismos, de sus ordenamientos jurídicos, en contextos plurales) que han de tener mínimamente dos condiciones (una interna y otra externa –al grupo-): 1) ser lo suficientemente operativos como para lograr que el conjunto de miembros los reconozca como auténticos y a la vez vea en ellos la canalización genuina de sus intereses y 2) que sean compatibles con lo que el conjunto mayor – tanto la sociedad plural en su conjunto, como los otros grupos, cada uno con su ordenamiento jurídico particular- considera aceptable en términos de dispositivos y herramientas de relacionamiento entre los distintos ordenamientos subalternos y entre ellos y el dominante (que es, normalmente, el estatal). Dentro del propósito de identificación de las dos condiciones anteriormente descritas y sus detalles, se hizo un desarrollo de la noción y alcances de la *representación* como marco conceptual que de las bases para concebir – en una tarea posterior- los mecanismos concretos para cada situación real de relacionamiento (en el caso externo) o de funcionamiento (en el caso interno). No es posible ni deseable hacerlo en esta tesis (porque rebasa el objetivo de constituirse en una investigación que establezca bases teóricas generales para la explicación y, fundamentación del pluralismo jurídico) pues la labor de descripción del funcionamiento de casos concretos y reales de pluralismo jurídico, no fue pensada para ésta tesis. En

conclusión, se analizó el problema, las dificultades particulares y los modelos de representación de grupos humanos, más racionalmente aceptables; pensando en que son la salida a la dificultad del ejercicio de los derechos colectivos.

- Entonces, si se asume que los sistemas jurídicos subalternos son sujetos colectivos de derechos y se señalan las condiciones del ejercicio de esos derechos, entonces se puede concebir que cuando en las sociedades se verifica que existe un escenario jurídico múltiple y diverso, compuesto por varias y distintas manifestaciones de Derecho (que son, evidentemente, los sujetos colectivos mismos) que necesitan interactuar armónicamente, el diálogo argumentativo serio, racional y conducente al consenso entre ellas ha de derivar muy probablemente en un pluralismo jurídico viable y sostenible. Por otra parte, dada la conexión que la Teoría del Discurso concibe entre Derecho y Moral, es posible trasladar los principios del discurso y los presupuestos de la argumentación, de la esfera moral a la esfera jurídica sin inconvenientes; con lo que, se puede contar con el escenario teórico adecuado para el funcionamiento racional de sistemas jurídicos plurales.
- En el cuarto capítulo, se ha efectuado un estudio breve de la pluralidad de sistemas jurídicos en Bolivia, lo que ha permitido una mayor y mejor comprensión de las relaciones de individuos en comunidad, así como del propio Derecho plural, tomando en cuenta las relaciones de coordinación, subordinación, exclusión, inclusión o complementación que se pueden plantear entre órdenes jurídicos. En ese capítulo, cuya intención es la de analizar las características y condiciones normativas y fácticas en las que se ha configurado el pluralismo jurídico en Bolivia, se ha intentado relacionar dicha configuración a la luz del bagaje teórico de los capítulos precedentes. Es evidente que esa vinculación sirve como explicación y justificación de un contexto jurídicamente plural -el de la sociedad y el Derecho bolivianos- pues se ha visto cómo el Tribunal Constitucional Plurinacional está llamado a actuar –en su fallos referidos a la protección de derechos fundamentales y en los de resolución de conflictos de competencias jurisdiccionales- aplacando la tensión y promoviendo el diálogo entre los ordenamientos jurídicos originarios y el estatal y entre aquellos cuando es necesario, constituyendo así el escenario del diálogo –moral y jurídico- argumentado, racional y tendiente al consenso, que ha de estructurar la armonía jurídica que el pluralismo jurídico boliviano precisa. De esa manera, esa instancia estatal –que en su conformación refleja la diversidad y pluralidad jurídica de la sociedad- no únicamente controla la constitucionalidad y la convencionalidad de normas y actos de instituciones

estatales y de particulares; sino que, además fija los límites reales, fallo a fallo, de la operación de los distintos ordenamientos jurídicos internos, materializando en la vida real y caso por caso, el deslinde jurisdiccional y normativo de los grupos que detentan y ejercen tales ordenamientos jurídicos concretos. Se ha visto cómo la teoría del discurso puede contribuir a que la tarea –que además ha de ser permanente- de dirimir las tensiones entre pretensiones de validez normativa provenientes de grupos diversos y de, en base a esa tarea, establecer fronteras de actuación y de relacionamiento entre esos colectivos humanos, sea argumentada, racional, democrática y respetuosa de los derechos humanos, tanto de los individuos involucrados como de los que no lo están directamente (es decir de quienes no reconocen sino al Derecho estatal como el suyo).

- A lo largo de la tesis, se ha analizado pues, cómo la teoría del discurso sirve para verificar entonces, si se puede –y en qué medida y forma- dar más fuerza y aportar a la construcción de sistemas jurídicos plurales. Relacionando los planteamientos de dicha teoría, que abogan por un pluralismo y por una democracia radical desde sus bases, había que introducirse en las propuestas teóricas vinculadas al pluralismo jurídico y luego entrar con alguna profundidad en el tema del consenso devenido del discurso y de la argumentación; porque el consenso resulta ser pilar fundamental de la construcción de la teoría del discurso y por otro lado, porque el *acuerdo* parece ser la única vía segura de consecución de un estado de paz en escenarios tensos y convulsos como los que viven algunas sociedades latinoamericanas y especialmente la boliviana. En esta base, se tuvo la posibilidad de aportar desde una doctrina crítica, emancipadora, convincente y coherente en la construcción de unas bases teóricas que sirvan a fortalecer (o no) el escenario jurídico plural. Se ha hecho eso a partir del desarrollo de un planteamiento de teoría del derecho que haga plausible el pluralismo jurídico; o sea desde el desarrollo del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, como derecho –en el sentido subjetivo del término- al propio Derecho – en el sentido objetivo de la palabra-.

Había pues que pensar en presentar el consenso de una manera que lo resalte como un elemento nuclear e ineludible de la teoría del discurso, considerando la crítica que desde el empirismo, se le hace a la teoría del discurso, planteando que un consenso ideal que no se daría nunca en la vida real. Teniendo en cuenta esa crítica. Se ha comprendido que lo valioso y probablemente más útil para los objetivos de la tesis, es la idea de que la razón (para la teoría del discurso) es *única y universal*, y si ellas tienen dichas condiciones,

entonces también lo sería el consenso obtenido por medio de la argumentación racional; por lo tanto podría ser útil como modelo regulativo de definición de pretensiones de validez normativas en el Derecho boliviano, que presenta variadas y plurales pretensiones de validez de ese tipo.

- El análisis que se ha planteado en la tesis, puede entonces ser útil para verificar si el proyecto de la modernidad es aplicable o no a realidades de Latinoamérica, si la ilustración tiene algo o mucho que decir en la construcción del estado boliviano, ahora explícitamente plural; o si por el contrario, el pensamiento occidental tiene poco o nada que contribuir a sociedades ex - coloniales porque, como piensan algunos en Bolivia, estas (y sus instituciones) tienen su propia racionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Discurso y Realidad. En Debate con Karl Otto Apel*, Ed. de Domingo Blanco Fernández, Pérez Tapias José A. y Sáez Rueda Luis. Trotta. Madrid. 1994.

AA.VV. *Concepciones y usos del Derecho Indígena y sus implicancias para el derecho propio mapuche en ciencias sociales, derecho internacional y comparado*. Salamanca María del Rosario, Maureira Huircaman Ramón y Núñez Verónica. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2003. Obtenido en www.biblioteca.serindigena.org

AA.VV. *Justicia Comunitaria*. Tomo 9. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Bolivia. La Paz. 1999

ALBÓ, X. y BARRIOS, F., *Por una Bolivia Plurinacional e Intercultural con Autonomías*. En *Cuaderno de Futuro* N° 22. Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD. La Paz. 2007

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993

APEL, K.O., *La Transformación de la Filosofía Tomo II. El Apriori de la Comunidad de Comunicación*, Taurus, Madrid, 1985.

—, *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*, Paidós, Barcelona, 1995.

—, *Apel versus Habermas. Elementos para un Debate*, Comares, Granada, 2004.

ARBLASTER, A., *Democracia*. Alianza Editorial. Madrid. 1992

ARDILLA AMAYA, E., *Pluralismo Jurídico: Apuntes para el debate*. En la revista *El otro Derecho*. Número 26-27. ILSA. Bogotá. 2002.

BELTRÁN GUTIÉRREZ, B., *El Proceso Penal Indígena: Desde el Delito hasta la Sanción*. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Konrad Adenauer. Montevideo. 2006.

BERGMANN ÁVILA, H., *Teoría dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Malheiros Editores. Sao Paulo. 2012

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*. Temis. Bogotá. 2002. 2ª Edición.

—, *Teoría General de la Política*. Madrid. Trotta. 2005

BONILLA MALDONADO, D., (Dir.), *Pluralismo Jurídico*. Siglo del Hombre. Bogotá. 2007

- CABEDO MALLOL, V.**, *De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena. Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 2004
- , *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. 2004
- , *El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador (Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena)*. Obtenido en www.observatorio.cl (17/12/2008)
- CHIVI, I.**, *Los caminos de la Descolonización en América Latina*. Bolpress. La Paz. 2009
- CLAVERO, B.**, *Escenario Constitucional del Derecho Indígena en América*. Obtenido en fecha 23/04/2008 en www.geocities.com/relaju/clavero
- CORREAS, O.**, *El Derecho Indígena frente a la Cultura Jurídica Dominante de los Jueces*. Obtenido el 12/12/2008 en www.dialnet.unirioja.es
- CORTINA, A.**, *Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria*, Sígueme, Salamanca, 1985.
- , *Ética sin Moral*, Técnos, Madrid, 1995.
- , *Ética*, Akal, Madrid, 1996.
- , *Ética Mínima*, Técnos, Madrid, 2000
- DEL VECCIO, G.**, *Filosofía del Derecho*. S.A. Bosch. Madrid. 2011
- DÍAZ, E.**, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus. Madrid. 1981
- DÍAZ GÓMEZ, F.**, *Principios Comunitarios y Derechos Indios*. México Indígena No. 25. Diciembre de 1988
- DREIER, R.**, *Derecho y Moral*. En GARZÓN VALDEZ E. (Ed.). *Derecho y Filosofía*. Alfa. Barcelona. 1985
- DUSSEL, E.**, *El principio democrático. Igualdad*. Artículo publicado por la “Asociación de Filosofía y Liberación”. Disponible en www.afyl.org/fp21.pdf , (consultado en fecha 05/05/2015).
- DWORKIN, R.**, *Los Derechos en Serio*. Ariel. Barcelona. 1984
- ECHEGOYEN, J.**, *Filosofía Medieval y Moderna. Historia de la Filosofía Vol. II*. Edinumen. Madrid. 1996
- EHRlich, E.**, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Harvard University Press. Cambridge. 1936
- ENGLE MERRY, S.**, *Pluralismo Jurídico* en BONILLA MALDONADO D. (Dir.) *Pluralismo Jurídico*. Siglo del Hombre. Bogotá. 2007

ESTREMADOIRO, R., *Los Retos de la Aplicación del Pluralismo Jurídico en Bolivia y la Construcción de un Estado Plurinacional*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. 2007

FETSCHER, I., *La Tolerancia*. Gedisa. Barcelona. 1995

FICHTE, J.G., *Reivindicación de la Libertad de Pensamiento y Otros Escritos Políticos*. En *Artículos Políticos de la Enciclopedia*. Selección, Traducción y Estudio Preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porras. Tecnos. Madrid. 1986

FITZPATRICK, P., *Law, Plurality and Underdevelopment*. En SUGARMAN D. (Ed.) *Legality, Ideology and the State*. Academic Press. London. 1984

FULLER, L., *La Moralidad del Derecho*. Yale U.P. Londres. 1969

GÁLVEZ REVOLLAR, C., *El Derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del Perú del siglo XX*. Primer Encuentro de la Sección Peruana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Lima. 2001

GARZÓN VALDÉS, E., *Representación y democracia*. En *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho N°6*. Universidad de Alicante. Alicante. 1989

GÓMEZ-HERAS, J.M.G., *Teorías de la Moralidad. Introducción a la Ética Comparada*. Síntesis, Madrid, 2003.

GÓMEZ M., *Derecho Indígena y Constitucionalidad*. Ponencia presentada en el *XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal*. Arica, Chile. Marzo 2000

GRIFFITHS, J., *What Is Legal Pluralism?* En *Journal of Legal Pluralism*. 1986

HABERMAS, J., *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, Taurus, Madrid, 1981.

—, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.

—, *Escritos sobre Moralidad y Eficacia*, Paidós, Barcelona, 1991.

—, *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Tecnos. Madrid, 1994.

—, *Jürgen Habermas/John Rawls. Debate sobre el Liberalismo Político*. Introducción de Fernando Vallespín. Paidós, Barcelona, 1998.

—, *Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, Taurus, Madrid, 1999.

—, *Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo II*. Taurus. Madrid. 1987

—, *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Trotta, Madrid, 2000

—, *Ética del Discurso y la Cuestión de la Verdad*. Paidós. Barcelona. 2003

- , *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*, Trotta, Madrid, 2005
- , *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Trotta, Madrid, 2008
- , *La necesidad de Revisión de la Izquierda*. Tecnos. Madrid. 1991
- , *La inclusión del Otro*. Paidós. Barcelona. 1999
- , *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Paidós, Barcelona. 1991
- , *Escritos Políticos*. Península. Barcelona. 1987
- , *Teoría y Praxis*. Tecnos. Madrid. 1987
- , *El Pensamiento Postmetafísico*. Taurus. Madrid. 1990
- , *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Tecnos. Madrid. 1989
- , *La Constelación Postnacional*. Paidós. Barcelona. 2000
- HART, H.L.A.**, *El Concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1968
- HAYES, Y.**, *Jurisdicción Indígena Originario Campesina. Coordinación con las demás Jurisdicciones*. UMRPSFX. Sucre. 2009
- HENRY, S.**, *Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialects of Collective Law in the Cooperative*. En *Law and Society Review*, N°30. 1985
- HOBBS, T.**, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica o Civil*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.
- INKSATER, K.**, *Resolviendo Tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del Pluralismo Juri-Cultural Transformativo*. Universidad de Ottawa. Ottawa. 2006
- KANT, I.**, *La Metafísica de las Costumbres*. Tecnos. Madrid. 1989
- KELSEN, H.**, *Teoría Pura del Derecho*. Unión. Bogotá. 2000
- KOLHBERG L.**, *El Niño como Filósofo Moral*, en DELVAL J. (Ed.), *Lecturas de psicología del Niño*. Alianza. Madrid. 1978
- KYMLICKA, W.**, *Filosofía Política Contemporánea*. Ariel. Barcelona. 1995
- , *Ciudadanía Multicultural*. Paidós. Barcelona. 1996.
- LAPORTA, F.**, *Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo*. En CAMPS, V (Ed.). *Historia de la Ética*. Crítica. Barcelona. 1989. Vol. III.

—, *Sobre la Teoría de la Democracia y el Concepto de Representación Política: Algunas Propuestas para Debate*. En *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°6. Universidad de Alicante. Alicante. 1989

LAZARTE, J., *Dos Justicias para Dos Bolíviás*. En el periódico *La Razón*, de 13 de febrero de 2008. Disponible en

<http://boliviademocratica.net/pensadores.php?idArticle=134605>

LÓPEZ MEDINA, D., *La Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

MACPHERSON, C.B. *La Democracia Liberal y su Época*. Alianza. Madrid. 1997

MCCARTHY, T., *Universalismo Multicultural*. BBV. Madrid. 1993

MOLINA RIVERO, R., *Derecho Consuetudinario*. En *Justicia Comunitaria* Tomo 9. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Banco Mundial. La Paz. 1999.

MOORE, S. F., *Law as a Process: An Anthropological Approach*. Routledge and Kegan Paul. London. 1978

NEUMANN, F., *El imperio de la Ley*. Surkhamp. Francfort. 1980

NINO, C., *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

—, *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2003

ÖST, F., *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°14. Alicante, 1993

PARSONS, T., *El Sistema Social*. Alianza. Madrid. 1982

PECES-BARBA, G., y **FERNÁNDEZ, E.**, (Dir.) *Historia de los Derechos Fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2010

PECES-BARBA, G., *El Fundamento de los Derechos Humanos*. Debate. Madrid. 1989

—, *Teoría General de los Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid- BOE. Madrid. 1999

PEÑA JUMPA, A., CABEDO, V., LÓPEZ BÁRCENAS, F., *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002

PÉREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos*. En VV. AA. *Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*. Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979

- PETERS, B.**, *Racionalidad, Derecho y Sociedad*. Suhrkamp. Frankfurt. 1991
- PITKIN, H.F.**, *El Concepto de Representación*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985
- POSPISIL, L.**, *Antropology of Law: A Comparative Theory*. Harper. New York. 1971.
- PRIETO SANCHÍS, L.**, *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992
- RAMÍREZ, S.**, *Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*. En *Pueblos Indígenas y Derecho*. 2008
- RESCHER, N.** *Pluralism. Against the Demand for Consensus*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- ROBLES, G.**, *Pluralismo Jurídico y Relaciones Intersistémicas. Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho*. Civitas. Navarra. 2007
- ROMANO, S.**, *El Ordenamiento Jurídico*. Colección *Clásicos del Derecho*. Editorial Reus. Madrid. 2012
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A.**, *Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*. Artículo componente de *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Obra Editada por Alba S. Oscar y Castro Sergio R. Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal de la Cooperación Técnica Alemana GTZ. Sucre. 2007
- SARTORI G.**, *Elementos de Teoría Política*. Alianza Editorial. Madrid. 1999
- SMITH, M. G.**, *Corporations and Society*. Duckworth. London. 1974
- SOUSA SANTOS, B.**, *Crítica de la Razón Indolente. Contra el Desperdicio de la Experiencia. Volumen I*. Desclee. Bilbao. 2003
- , *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. ILSA. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999
- STAVENHAGEN, R.**, *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. En: *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México. 1990
- , *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos: Informes Temáticos del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*.
- , *Los Derechos de los Pueblos Indígenas: Esperanzas, Logros y Reclamos*” En BERRAONDO, M., (Coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao. 2006
- TAMANAH, B.**, *La Insensatez del Concepto “Científico Social” del Pluralismo Jurídico*. En BONILLA MALDONADO D. (Dir.) *Pluralismo Jurídico*. Siglo del Hombre. Bogotá. 2007

TAPIA MEALLA, L., *Gobierno Multicultural y Democracia Directa Nacional*. En *La Transformación Pluralista del Estado*. Muela del diablo. La Paz. 2008

—, *La velocidad del pluralismo*. Muela del diablo. La Paz. 2002

TAPIA RODRÍGUEZ, M. y VALDIVIA, J. M., *Homenaje a Jean Carbonnier* En *Revista Chilena de Derecho Privado*. Versión on-line: www.scielo.cl (24 de enero de 2012)

TEUBNER, G. (Ed.), *Global Law Without a State*. Ashgate. Burlington. 2004

THIEBAUT, C., *Los Límites de la Comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

VANDERLINDEN, J., *A return to Legal Pluralism*. Artículo disponible en <http://commision-on-legal-pluralism.com>, obtenido en fecha 14/11/2013.

VELASCO, J.C., *Teoría Discursiva del Derecho. Sistema Jurídico y Democracia en Habermas*. BOE/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000

WALSH, C., *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*. Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4. No. 36. Marzo de 2002

WEBER, M., *Economía y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

WELLMER, A., *Ética y Diálogo*. Anthropos. Barcelona. 1994

WOLFF, C., *Principios del Derecho Natural y de Gentes*. Tomo I. Universidad de Caen. 1990.

WOLKMER, A. C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 3a. Ed. Alfa-Omega. Sao Paulo. 2001

YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrna Mack. Guatemala, 1999

—, *Hacia un Reconocimiento Pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal*. Publicado en *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes* N° 59-60. Instituto de Pastoral Andina. Cusco. 2009