

Desencantamiento del derecho moderno al derecho posmoderno: visibilización de otros derechos y el derecho comunitario*

*Víctor M. Ávila***

Resumen

El documento presenta los procesos de “desencantamiento” de la sociedad y el derecho, evidenciando los desarrollos científicos y tecnológicos, que desde la primera revolución industrial han acompañado las transformaciones jurídicas, con nuevas respuestas, nuevos métodos, nuevas formas de operatividad jurídica. Indudablemente en este marco de convulsiones es difícil encontrar el núcleo que transformara el deber ser del derecho, por ello se recorren las nuevas teorías del derecho, el derecho revolucionario, para concluir en un diálogo con el derecho comunitario y sus fuentes que surgen de una matriz diferente al derecho clásico occidental.

* El presente artículo es un avance de la investigación “Economías fundacionales, una mirada desde América Latina” realizada por la línea Derecho, Sociedad y Estudios Internacionales adscrita al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Libre, Bogotá (2012).

** Docente investigador Universidad Libre. Docente Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Sociólogo y abogado. Especializado en Derecho administrativo y ciencias políticas. Especializado en Ciencias penales y penitenciarias. Máster en Filosofía. Diplomado en Altos estudios políticos Universidad del País Vasco. Candidato a doctor Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.

Palabras clave: derecho, modernidad, postmodernidad, racionalidad, constituciones, Estado, giros jurídicos, otro derecho, derecho revolucionario, derecho comunitario, cosmología, fuentes.

Abstract

This article presents the processes of “disenchantment” of society and laws, which have been put into evidence by recent scientific and technological developments. These, since the first industrial revolution produced legal changes, and conveyed new answers, new methods, and other forms of legal procedures. In this legal and historical context of seizures is difficult to find the core that will transform what ought to be the latest interpretation of laws. The purpose of this article is to explore the emerging theories of law and the extreme right to abridge a new dialogue with the legal law community. Thus Opening a new synthesis or interpretation that takes distance from Western classical law.

Keywords: Law, modernity, postmodernity, rationality, State, legal turns, Other Law, community law, revolutionary right, cosmology, sources alternative, alternative sources.

Introducción

La refundación del Estado-nación se presenta como una metáfora, incapaz de traducirse en hechos reales, ya que la historia en su devenir ha mostrado este epígono, desde el giro producido por la Revolución de Octubre, hasta las rebeliones judiciales, siempre se ha echado mano de la creatividad, derecho intermedio, derecho otro y derecho de resistencia. Sin embargo, el Estado moderno, es un Estado inamovible y cristalizado que se caracteriza por ser uninacional y mestizo excluyente; lo que genera contradicciones que hay que reconocer y superar. De hecho, a partir de los años setenta, las principales organizaciones indígenas del continente se agruparon alrededor de un objetivo común: establecer un Estado plurinacional, intercultural y que reconociera al otro; para ello se fijaron nuevos contenidos y fuentes que cruzaran la línea del tiempo, ya que su praxis fue invisibilizada desde el *cogito* yo conquisto, hasta el *cogito* yo soy.

La interrogación, una crítica en alteridad

Ayer éramos dichosos, por haber desencantado el mundo, el orden mundano quedaba totalmente sustraído a disposición de lo humano, pues éramos fáusticos²¹, e hijos de otra

1 El Estado de las cuatro regiones: Chinchaysuyo, Antisuyo, Collasuyo y Contisuyo. En el cual el Cuzco (magnífica y gloriosa ciudad) fue considerada el centro del perímetro jurisdiccional andino controlado por la etnia inca.

época, en la cual el tiempo había perdido su carácter cronológico, para designar algo enfáticamente nuevo. Hoy nuestra dicha presuntamente es tristeza, los pretendientes de la verdad solo somos parte de una gran bufonada, en la que reímos como ebrios. En la actualidad sabemos que la modernidad tiene un concepto emancipador racional y a la vez, un mito irracional, de justificación de la violencia (Dussel, 1992). Esta claridad nos ubica en el núcleo de los debates, ya que “de todas maneras el otro no fue descubierto como otro, sino que fue en-cubierto como lo mismo que Europa ya era desde siempre” (Dussel, 1992: 11). Este núcleo será el que nos permitirá entender los procesos de “desencantamiento” de la sociedad y del derecho.

La sociedad de la época vio fenecer la tercera Revolución Industrial, y con ello también se vienen produciendo transformaciones complejas del derecho, la robótica, la telemática y la informática. Por otro lado, las relaciones de capital de trabajo sufren grandes desequilibrios, con tendencias antropocéntricas y ecológicas, sesgadas por la influencia cultural de otros pueblos, principalmente por los países orientales en virtud de la ruptura de fronteras y la acelerada comunicación, pues no nos cabe duda de que el ciberespacio forma parte de la vida de la mayoría de los habitantes, sin desconocer el derecho de la tierra. Es un nuevo “realismo” que evoca el color azul y la Pachamama. El azul se relaciona con la pureza, la profundidad del agua y la inmensidad del cielo. Es el color de la paz y la serenidad. También se conecta con los ritos de purificación del cuerpo y el alma en busca de la preparación espiritual. La meditación y los budismos se fijan como estrategia para reemplazar los medicamentos. La demanda de productos orgánicos crece a paso firme, no solo por el miedo a los contaminantes químicos, sino también por el temor a los productos transgénicos; hechos que hicieron exclamar a Joni Mitchell en *Big yellow taxi* (un lamento musical ecologista): “dejad que mis manzanas se manchen pero dejadme los pájaros y las abejas” (Matathia y Salzman, 2001: 213).

El 22 de abril del 2009 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró a esta fecha el Día Internacional de la Madre Tierra, pues el planeta no es materia inerte, como muchos piensan, es nuestra Madre Tierra (Pachamama). En este contexto se abre una puerta para “dejar de hablar de explotación de recursos y profundizar el respeto a todo lo que nos da vida y permite el equilibrio natural de todas las formas de existencia para vivir bien” (Huanacuni, 2010: 19). Esta era la cosmovisión de nuestros pueblos antiguos, allí todo ser tenía derecho a vivir dignamente. Cosmovisión que también se evidencia en los procesos de refundación del Estado con los actos constitucionales de Ecuador y Bolivia y las declaraciones de interculturalidad y de Estados plurinacionales.

Ahora bien, si reflexionamos las transformaciones del derecho, cabe preguntarnos: ¿qué nos traerá el tiempo por recorrer?, ¿qué tipo de vida llevaremos?, ¿qué aspecto tendrán nuestro cuerpo y nuestras casas?, ¿qué clase de mercancías compraremos?, ¿cómo compraremos?, ¿qué tipo de contratos celebraremos?, ¿qué acciones u omisiones se tipificarán como delitos y contravenciones?, ¿cómo será la familia?, ¿existirá el Estado tal cual lo conocemos hoy?, ¿cómo se comprenderán los grados de soberanía, poder y fronteras?,

¿cómo serán los juzgados, las demandas y contrademandas virtuales?, ¿qué remplazará los viejos conceptos de ciudadanía tanto global como local?, ¿aparecerán los globalismos y nomadismos virtuales?, y ¿cómo serán las fuentes del derecho?

Lo anterior nos deja ver que vivimos días en donde la luz se torna opaca. La modernidad desgajada por Hegel (1978) como noción de “época” (Habermas, 1993), está en una violenta crisis, y se busca a toda costa consolidar los procesos de mundialización donde el mercado quede liberado de controles democráticos, en favor de lo que se ha dado en llamar globalización.

En medio de esta gran agitación económica, política y epistemológica es de suyo imposible que la disciplina del derecho se quede indemne, máxime cuando el derecho moderno, fue protagonista de la misma modernidad; su baluarte, la “racionalidad”, cede paso a nuevas instancias de integración social y de ordenamiento.

En este marco de convulsiones es difícil encontrar el núcleo que cambiará el deber ser del derecho. El derecho como un nuevo proyecto social, con nuevas valoraciones, con inéditas respuestas a una época, con nuevos métodos o sin métodos, más allá de lo jurídico, de lo doctrinal y lo jurisprudencial, el derecho como un medio transformador, unido a nuestras necesidades, a nuestra cultura, a nuestra historia, a nuestro tiempo-espacio, a nuestro lugar de enunciación, a nuestras vidas. Hoy sabemos que los giros y las rupturas no son sencillas; que en el espacio y el tiempo estaba consensuada la teoría del contenedor de la sociedad y que Ulrich Beck (1998) lo tipificaría con tres contenidos esenciales: primero el dominio estatal del espacio, lo cual quiere decir que la visión sociológica resulta de una autoridad ordenadora –poder/violencia– del Estado nacional. Segundo, el ordenamiento vale hacia adentro y hacia afuera, y en este contexto guardan la autoimagen evolutiva; y por último, la autoconciencia de las sociedades modernas: ser moderno significa mostrarse superior, “esta pretensión universalista se expresa por una parte, como exigencia de liberación del hombre de su inmadurez autoculpable (Kant, 1982) en el establecimiento de los derechos y normas fundamentales de la autorregulación democrática” (Beck, 1998: 47).

Esta imagen evidencia los contenidos de dominio del cuerpo jurídico, que cumplen su tarea de regular y ordenar a nombre de otro tipo de sociedad. Es una corporación jurídica donde el sujeto que habla no se ve pero se siente. Frente a estos cánones es que el otro derecho, el derecho posmoderno y el derecho comunitario con la refundación del Estado tratan de producir giros de ruptura que nos acerquen a nuestras propias realidades, para decir con Borges (2005):

Yo que anhelé ser otro, ser un hombre
de sentencias, de libros, de dictámenes,
a cielo abierto yaceré entre ciénagas;
pero me endiosa el pecho inexplicable
un júbilo secreto. Al fin me encuentro
con mi destino sudamericano...

El otro derecho

Nos referimos al derecho alternativo aclarando que “alternativo” viene del latín *alter*, que significa otro, es decir, una nueva instancia de interpretación del derecho, que responde a la crisis de la dogmática jurídica frente al mundo de los conflictos sociales. El derecho alternativo o el otro derecho, quiere ir más allá de la discusión filosófica, planteando un avance metodológico, puesto que ni la dogmática formal, ni la dogmática axiológica responden a las expectativas reales que la sociedad espera del derecho.

La teoría del nuevo derecho representa un punto de ruptura con las teorías acerca del derecho, que explicaban a este último sencillamente como una forma de ordenamiento y un epifenómeno de las clases dominantes, y por ello era un terreno poco propicio para ventilar los conflictos sociales. Sin embargo, el otro derecho ve al mismo derecho en una contradicción dialéctica que refleja los movimientos sociales y la lucha de clases y, por consiguiente, es susceptible de una práctica diferente en beneficio del colectivo social. En ese sentido, es que se puede “hablar del uso alternativo del derecho, que significa tan solo reintegrar las instituciones jurídicas al interior de las contradicciones sociales, y de las relaciones histórico materiales” (Muñoz, 1988: 43). Empero, se ignoraba el colonialismo o la colonialidad del poder. El mismo derecho crítico desconocía la vigencia del colonialismo.

Se derivaba tal vez una corriente con múltiples aristas, desde el mismo derecho revolucionario hasta otros términos que podían acuñar la misma praxis: derecho innovador, derecho estratégico, derecho popular, derecho transformador, derecho participativo, derecho social y derecho alternativo.

Todos estos conceptos, hacen mención a la diferencia, entre el derecho tradicional – que se caracteriza por su defensa a ultranza del *statu quo*, y que se basa en lo positivo, la solución de casos, representaciones en juicio y en estrategias legales– y el otro derecho, que se entiende en una relación directa con el cambio del sistema social vigente, vinculado con referentes poblacionales con todas sus problemáticas.

El derecho revolucionario, dado desde la revolución de 1917, observa la riqueza y la teoría crítica de Marx. Allí se plantea el debate entre Rosa de Luxemburgo, Lenin, la socialdemocracia y el movimiento anarquista, como resultado, indudablemente se debía consolidar un nuevo derecho, la toma del poder y la organización de un nuevo orden. Justo ahí está el problema, ¿cuál es derecho?, el derecho moderno, con toda su estructura colonial, y aún más de fondo: ¿cuál es la respuesta frente al capitalismo? La Constitución Soviética de 1918, produce un giro, ya que en su artículo 20, concede la ciudadanía a los trabajadores extranjeros residentes en el territorio de la República de Rusia, con la condición de que pertenezcan a la clase obrera y campesina. Esta iniciativa rompe de forma deliberada con los principios tradicionales del derecho moderno. Según estos, la cualidad

del súbdito del Estado solo puede resultar de la relación con la tierra o con la sangre (*ius sanguinis*), la solidaridad de clase prevalece sobre la idea de comunidad nacional.

El Estado por ello debía presentarse como una especie de microcosmos de la futura sociedad socialista mundial. No obstante, mientras se origina su advenimiento, es necesario vivir, es decir, cohabitar con países pertenecientes a regímenes diferentes, y condenados a desaparecer, sin dejarse confundir con ellos.

Para resolver este problema es que algunos juristas soviéticos, especialmente Koro-rovín y Pashukanis, imaginaron en los años 20 un ingenioso sistema en el cual la Unión Soviética, no podía aceptar las reglas del derecho burgués establecido en los Estados capitalistas en su propio interés. Entre la Unión Soviética y los demás Estados, que pertenecen a sistemas radicalmente diferentes no puede existir más que un derecho intermedio, cuya función es precisamente la de tender un puente entre sistemas antagónicos (Merle, 1978: 79).

“Asumiré este derecho de compromiso la provisionalidad (...) que desaparecerá progresivamente a medida que el socialismo vaya ganando terreno, para ser sustituido por un sistema totalmente nuevo, basado en las relaciones entre sociedades socialistas” (Merle, 1978: 74). Pero estas tentativas y prácticas serán interrumpidas en 1930, pues se rehabilita la soberanía del Estado y los principios esenciales del derecho burgués. En 1934, la Unión Soviética, es admitida en la Sociedad de las Naciones, y con ello el giro jurídico prácticamente concluye, haciendo expresar a Marcel Merle: “Nada, en su comportamiento jurídico y político, permite ya distinguirla de los otros Estados, salvo la propaganda revolucionaria que continuará difundiendo hasta 1943 mediante la Tercera Internacional, cuyo control exclusivo detenta” (1978: 79).

El campo jurídico se convierte en un campo de batalla. Por un lado, el derecho se produce de modo diferente a las posturas liberales e intenta cambiar sus contenidos y formas al interior de lo que fueron los proyectos socialistas. Este fenómeno tuvo su auge en el siglo XX, mostrando cómo es posible construir marcos jurídicos que desafían los principios liberales positivistas. Sin embargo, no somos ajenos a las críticas de su propio devenir, pero nos muestra de manera significativa que el establecimiento de un marco universal siempre se encuentra contrastado por las luchas sociojurídicas.

Por otro lado, el otro derecho y el derecho alternativo, se convirtieron en una práctica de las sociedades al interior de las estructuras liberales y capitalistas como una herramienta para confrontar las estructuras desiguales a través del uso del mismo derecho positivo. La estrategia ha sido doble: usar el derecho establecido para incidir en la realidad de las poblaciones más afectadas o desiguales, y movilizar la transformación de órdenes jurídicos que sean más favorables a las luchas sociales.

Ambas experiencias —una suscitada desde el Estado socialista hacia abajo, y otra, la práctica jurídica, que se originó desde abajo en el marco de los Estados capitalistas— han

sido poco exploradas en los campos oficiales del derecho. Allí hay un proyecto que desde la crítica pone en duda el derecho moderno, el cual ingresa en la posmodernidad poniendo en cuestión sus metarrelatos.

Posmodernidad y derecho

Después de la Segunda Guerra Mundial, se hace tangible el movimiento posmoderno, pues desde esta fecha se da un cambio profundo en la sociedad industrial. Los primeros retoños de la época posmoderna parecen estar en Nietzsche (1989), quien se sirve de la razón histórica para tirarla y hacer pie en el mito. En lo otro de la razón. El filósofo intenta que el espíritu de la edad moderna entre en algo realmente nuevo, prometedor para la vida, y tiene en mente un origen de la tragedia. Nietzsche (2004) es partidario de una mitología renovada en términos estéticos, que pongan en movimiento las fuerzas de integración social, congeladas en la sociedad de la competencia. Esa mitología desencantaría la conciencia moderna y abriría experiencias arcaicas. En la nueva mitología, el arte sustituiría la filosofía porque la intuición es el acto supremo de la razón.

Es evidente que intentamos salir de la razón moderna, pero aun hoy tenemos una razón impuesta por el derecho moderno; empero, los nuevos movimientos sociales favorecen la crítica a todo ordenamiento jurídico de índole nacional. La posmodernidad en debate con el derecho moderno, madura en su seno un nuevo sujeto; una identidad no encontrada o más bien negada por la organización práctica de la historia (Lyotard, 2001), a través de los grandes relatos. Desde luego, la búsqueda de ese nuevo sujeto, implica una nueva identidad, pues la primera persona que Descartes (2011) elige para exponer su método, no es sino el esfuerzo del *yo* por dominar todos los relatos.

Estas bifurcaciones e interrelación, las analiza Víctor Manuel Moncayo (1993). Este autor afirma que las nuevas relaciones generan un proceso inédito de intermediación entre el sujeto y el Estado, y entre el sujeto y la familia; y como consecuencia de ello, se crea un nuevo concepto de ciudadanía, ya que durante las épocas precedentes a la organización social capitalista, el proceso de atomización individual se concentraba en exclusiva en la doble interpelación del sujeto como hombre y como ciudadano, es decir, como individuo libre que vive una existencia dual; y del sujeto civil en el orden mercantil, familiar e individual y como ciudadano perteneciente a la sociedad o a la comunidad política (la atomización individual en este sentido se condensa en dos polos: la vida civil y la vida política; lo privado y lo público). Ahora, el reordenamiento provoca una fragmentación individual, que necesariamente multiplica el mundo de las interpelaciones. Como quiera que ya el Estado no se dirige universalmente a los sujetos como proveedor de bienes y servicios, sino que impulsa y orienta la satisfacción autónoma e independiente de los requerimientos individuales y sociales, por la propia comunidad o por sus organizaciones. En el seno de estas deben, por obligación, encontrar expresión los sujetos, alrededor

de factores diversos de agrupación, que van desde los ligados a la localización (la calle, el conjunto ocupacional, el barrio, la comuna, la localidad, la ciudad o la región), hasta los que tienen que ver con el género, la etnia, la cultura, la religión, los hábitos y costumbres; la edad, las enfermedades, los vicios, las virtudes, las conductas consideradas desviadas o anormales, etc.

El ser ciudadano no tiene que ver solo con los derechos reconocidos por los aparatos estatales a quienes nacieron en un territorio, sino también con las prácticas sociales y culturales que dan sentido de pertenencia y hacen sentir diferentes a quienes poseen una misma lengua, semejantes formas de organizarse y satisfacer sus necesidades (García, 1995: 19).

En similar dirección operan los efectos de las nuevas formas de trabajo y de gestión de la fuerza laboral, pues queda definitivamente atrás la figura central de obrero de fábrica, o en general, del sujeto asalariado vinculado con formas disciplinarias de dependencia a un patrono, para dar paso a un trabajador independiente que proclama su autonomía como productor en el interior de su espacio doméstico, o de su organización microempresarial o informal.

Reitera Moncayo (1993), que la estructura familiar sufre una nueva modificación, pues como corolario de las múltiples autonomías que deben interpelar al sujeto, esta pierde las características de estabilidad y permanencia, y libera, cada vez de manera más precoz, a sus miembros de los lazos sentimentales que suponían la filiación o el parentesco, para arrojarlos al libre juego de las subjetividades múltiples.

Explica el mismo autor, que la dimensión de ciudadanía ahora es distinta por cuanto en la relación del sujeto con el Estado, este ya no es su benefactor; por tanto, el vínculo es de coordinación y orientación de las expresiones individuales y comunitarias, con cargos cada vez más reguladores. Y el hombre civil tampoco es ya el individuo aislado, que alternativamente actúa en los espacios de la producción, sino el miembro de grupos y comunidades delimitadas por los factores más diversos, que no se excluyen sino que se acumulan.

En síntesis, el sujeto sigue siendo el átomo de la forma-derecho, pero ya no se trata del sujeto dual sino múltiple. No estamos tan solo frente al individuo aislado y al ciudadano libre, sino ante una inserción simultánea en subjetividades diversas, a partir de factores de interpelación igualmente diferentes. Como consecuencia lógica de esta transformación, el derecho emprendió el difícil camino de desprenderse de las categorías jurídicas del derecho moderno. El derecho moderno se ha deslegitimado a través del tiempo y el espacio, pues ha hecho crisis su sistema jurídico, que tiene fundamento en su hermetismo jurídico y en su concepción positivista:

(...) la crisis del derecho es una crisis de miopía científica y política; de un formalismo agudo que no se plantea el derecho como un *telos*, sino como un *quehacer*

cotidiano, que se agota en la resolución de conflictos. No se quiere o no se puede ver el horizonte social, para plantear la adecuación del orden prefigurado que constituye el derecho, a la vida social (Botero, 2005: 59).

En este derrotero de deconstrucción, la crítica al derecho moderno se dirige en principio contra el derecho civil, ya que este y no otro, cumplió un papel histórico en el proceso de ajuste de la modernidad, por ser el derecho civil el que regula las relaciones más directas de los seres humanos (la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, etc.). Y es tiempo, ya afirman sus críticos, de que el derecho civil asuma una posición de derrota o de autoconstrucción, que bien podría venir desde la desregulación, el pluralismo jurídico, la globalización o desde la aceptación de los nuevos sujetos y sus contradicciones.

Históricamente el derecho civil actuó como un elemento clave de la modernización, ya que una transformación con características modernas y con contenido social, requería por obligación de un Estado y un derecho que facilitara el desenvolvimiento de la racionalidad individual. El derecho, a medida que construía el capitalismo garantizando la libertad individual, suprimía los particularismos tradicionales y las conductas no racionales.

En su proceso de estructuración, el derecho moderno asumió cinco singularidades esenciales –como bien lo asegura Weber, citado por el profesor De Trazegnies (1993) en su texto *Postmodernidad y derecho*–: el derecho debe contener reglas generales, que deben aplicarse mediante procedimientos lógicos jurídicos, por ello el sistema no debe contener ningún tipo de lagunas; se debe considerar como irrelevante todo lo irracional, y toda acción social debe avalarse en términos de derecho.

Se acusa al derecho civil de no ser capaz de seguir las transformaciones de la vida social y de hacer crisis frente a los grandes acontecimientos, por ejemplo, ante las revoluciones, verbigracia la Revolución Rusa. Se cuestiona al derecho civil en nombre de la técnica, ya que ahora hay un orden que reclama un rigor; diversas áreas de las relaciones sociales ya no admiten ser regidas por la lógica, sino que exigen una técnica que incluye aspectos de ingeniería, economía, sociología, etc.

La nueva legislación posmoderna, por su mismo origen histórico, se desarrolla en un terreno disperso y reglamentario, teniendo como base la técnica, antes que el método jurídico.

Ante la arremetida de un derecho técnico y reglamentario, el derecho civil, dice De Trazegnies (1993), elige una dualidad estratégica para su supervivencia, optando en principio por el repliegue; esto es, por una retirada estratégica, que asegure su paz pero no su supervivencia; posteriormente escoge transformarse, aceptando las nuevas formas de pensar que no pertenecen a las del derecho civil.

Frente al cisma de la posmodernidad, la pregunta a resolver, según De Trazegnies (1993), consiste en saber si el derecho civil podrá cumplir su papel modernizador en la misma posmodernidad; si es que este proyecto adquiere validez. En otras palabras, si el derecho civil tiene todavía elementos dinámicos que le permitan continuar a través de la misma posmodernidad, sin que implique su continuación la derrota de la modernidad, como tampoco la desaparición del derecho civil. En realidad, la supervivencia del derecho civil, parece sujetarse a la existencia de las relaciones (De Trazegnies, 1993) privadas entre los individuos; solo si estas desaparecieran en absoluto dentro de un sistema totalitario, el derecho civil no tendría la posibilidad de continuar. En la posmodernidad lo que se evidencia, es que los vínculos de ciudadano a ciudadano, o incluso, los nexos económicos, aunque cambien, se siguen asemejando a las relaciones privadas.

El derecho posmoderno, si es factible, exigirá a los juristas no una simple labor exegética, sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones inéditas a nuevos problemas, utilizando nuevas categorías y conceptos, que coadyuven a contrarrestar los efectos formalistas, el abuso del derecho, el enriquecimiento ilícito, etc. (De Trazegnies, 1993).

Cabe ahora interrogarnos sobre lo que nos pregunta De Trazegnies (1993): cómo el derecho puede encarar el problema de la diversidad de culturas y tradiciones que existen en América Latina. En síntesis, lo que se plantea es el problema de las relaciones entre multiculturalidad y pluralismo jurídico, entendiendo la multiculturalidad como un crisol de valores, creencias y modos sociales que sin embargo, todavía no logran fusionar una cultura nueva. Para De Trazegnies el pasado y la tradición tienen que proyectarse, “no servir de freno ni menos de impulso para un retroceso frente a la modernidad sino que deben constituir, más bien, un estímulo para una superación de la modernidad en una posmodernidad enriquecida con nuestras divergencias y nuestras originalidades” (1993: 74-75), por ello, lo cardinal para este autor no se encuentra en el nexo tradición-modernidad, sino en la relación modernidad-posmodernidad.

Entiende De Trazegnies (1993) que la posmodernidad es un desencanto frente a la modernidad, es una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma. Dicho de otra manera, la posmodernidad es la búsqueda del orden social no lineal, dinámico, que no sacrifica la diversidad con la ayuda de una razón, que no quiere esquematizar para entender, sino que respeta lo complejo con toda su variedad, y que trata de incorporar dentro de ese orden abierto las posibilidades del azar, de la libertad y la complejidad.

Apunta De Trazegnies (1993), que más exactamente, le gustaría concebir la posmodernidad como un “proyecto”, aunque suene muy a disfraz de la modernidad. Proyecto que no es una filosofía simplemente negativista y desintegradora, sino que es un impulso negativo, optimista, que condena con severidad los errores de la modernidad, pero que no se queda en la crítica, pues pretende reconstruir el mundo, utilizando los mejores materiales del pasado. Por ello según este autor, habría que abogar por un posmodernismo que

no menosprecie la modernidad, sino que la lleve hasta sus últimas consecuencias, para no caer en la negación de toda posibilidad de creación y organización, que no sería más que un neoconservadurismo. La posmodernidad debe ser entonces, el reconocimiento del orden dentro de la diversidad y la diversidad dentro del orden.

Ahora bien, si es factible pensar en la construcción de un derecho posmoderno, lo interesante de observar es, que el fenómeno post como evolución sociojurídica, no ha podido desprenderse de la modernidad, sino que es una continuación de ella, lo que deja entrever que las posibles salidas para solucionar la crisis del derecho moderno –tales como la globalización, el pluralismo jurídico, la desregulación, etc.– conllevan una unidad de acción del centro hacia la periferia, de la colonialidad jurídica.

Derecho comunitario

El derecho moderno al pretender mostrarse como único y universal se hace prisionero de su propia ambivalencia. De Sousa Santos (2009) considera que estamos en un tránsito paradigmático y sociopolítico donde el campo jurídico se transforma y confronta por la “diversidad jurídica del mundo”. Las investigaciones en sociología jurídica muestran que al interior de los Estados nacionales convive una pluralidad de ordenamientos jurídicos que deslegitiman el derecho positivo y en muchas ocasiones lo subvierten. Pero no solo en lo estatal; el mismo derecho internacional se da gracias a sujetos o grupos de sujetos que antes estaban relegados u olvidados. Quizá el caso más emblemático y reciente es el de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). El derecho estatal y el internacional, no solo mutan por la existencia de pluralismos jurídicos arraigados en las sociedades, sino que se han visto enfrentados por sistemas jurídicos que conviven paralelamente a su estructura. El sistema jurídico ancestral comunitario es tal vez el más notable.

El sistema jurídico ancestral, como expresa John Barrows (2006), se ampara en un conjunto de saberes que resistió de forma creativa los procesos de colonización. Estos saberes se transmitieron a través de las enseñanzas, la historia oral, los rituales y las experiencias cotidianas. Y no solo lograron sostenerse en el tiempo, también consiguieron interpelar al derecho occidental en procesos de reclamación de tierras, reconocimientos jurídicos, producción de derechos y jurisprudencias que dan cuenta de sus procesos de lucha. Las experiencias son significativas tanto en América como en Oceanía, África y Europa. Basta ver la proyección de las autonomías indígenas para darse cuenta que estructuras jurídicas que convivían subterráneas pasaron a posesionarse de los ritmos legales de sus comunidades, como es el caso de maoríes, inuit, sami, aymaras y quechuas, por citar algunos ejemplos. Los sistemas jurídicos, reclama Barrows (2006), son en la actualidad,

sistemas existentes dentro de las estructuras estatales donde progresivamente han ampliado el espectro jurídico local y global.

El sistema jurídico ancestral comunitario, a diferencia del sistema jurídico que nos rige, esto es, un sistema moderno o posmoderno que se caracteriza por ser individual, producto de miles de años de colonialidad y con cosmovisiones desintegradas y antropocéntricas,

[Considera] que el ser humano tiene una tendencia y necesidad de expansión (ser más) y de apropiación (tener más), entonces surge el Estado para limitar y racionalizar esa tendencia y para garantizar una regulación de esta a través de la formulación de los derechos, y obligaciones de los individuos. Así se protege con prioridad la propiedad privada, y el capital sobre todas las cosas, y de esta forma solo se han protegido los intereses capitales individuales humanos, aunque vayan en desmedro de la Madre Tierra y de la vida (Huanacuni, 2010: 68).

El sistema jurídico ancestral hace primar la vida y el respeto a la libertad, sin recurrir a prácticas punitivas, sino a la integridad de la comunidad para alcanzar la armonía. El derecho comunitario emerge como un principio fundamental, del cual es imposible aislarse, ya que se presenta como una posibilidad no abstracta ni utópica que tiene un referente histórico. Experiencias concretas como el Tawantinsuyu² –al decir de Rene Reynaga (2011)–, han permitido vivir en comunidad y en concordancia con la naturaleza. El comunitarismo es la esencia originaria del continente Abya Yala³ (Milla, 2007). Quizá, dice Reynaga (2011), se nace humano pero se hace comunitario en la convivencia armónica con la comunidad y con la naturaleza, siendo lo comunitario una construcción colectiva. La realidad se construye, el concepto comunitario habla del exterior propio, no se puede percibir la naturaleza como algo aparte de la comunidad.

La conciencia comunitaria ha postulado la concepción del poder como servicio; el hogar comunitario (la naturaleza) como el lugar de encuentro y disfrute colectivo; el trabajo colectivo como eje del desarrollo comunitario; y el sistema de cargos como espacio de formación permanente para ejercitar el servicio comunitario. Las comunidades no son objetos, sino sujetos con capacidad autorganizativa (Reynaga, 2011: 76).

El comunitarismo no solo es una relación social, es un profundo vínculo con la vida. En este sentido, afirma Huanacuni (2010) que “para reconstituir nuestra vida necesitamos impulsar acciones en muchas dimensiones; locales, nacionales, internacionales; emerger de una conciencia comunitaria para vivir bien; comprender que debemos empezar a integrarnos a todo y todos, que necesitamos acercarnos a los demás (...)” (Hua-

2 El Estado de las cuatro regiones: Chinchaysuyo, Antisuyo, Collasuyo y Contisuyo. En el cual el Cuzco (magnífica y gloriosa ciudad) fue considerada el centro del perímetro jurisdiccional andino controlado por la etnia inca.

3 Tierra en florecimiento. Nombre veraz de nuestra América profunda.

nacuni, 2010: 76) por ello, es imprescindible volver a integrarnos y ver hacia dónde estamos caminando.

El comunitarismo nace del derecho natural ancestral comunitario como planteamiento en materia jurídica, y parte de la base de que los derechos, responsabilidades y la vida los da la Madre Tierra. Entre esos derechos, nos regala el derecho de relación, tan importante en la consolidación de descolonización de las relaciones sociales y económicas. “El derecho de relación es un término jurídico del derecho natural ancestral comunitario, el derecho de la vida, remarcando que todo tipo de relación está en función de la conciencia del *ayni*”⁴ (Milla, 2007), es decir, la complementación, principio que cuida permanentemente “el vivir bien en comunidad” (Huanacuni, 2010, 76). Es desde allí, desde la lógica del derecho natural ancestral comunitario que se contempla el derecho de relación.

Así se habla de derecho de relación de cada familia, derechos de relación de complementariedad mujer-hombre y así también se observan las relaciones en la sociedad, relaciones entre Estados y relaciones internacionales.

Aunque los pueblos indígenas/aborígenes o primeras naciones son diversos, comparten una lógica relacional que les caracteriza. Kunnie y Nomalungelo (2006) nos ponen en perspectiva al señalar que –refiriéndose a pueblos indígenas de África– entre todas las cosmovisiones indígenas hay una interconexión espiritual con todos los seres que habitan el cosmos. De esta posición “ontológica” y del sistema de conocimientos, surge el sistema jurídico ancestral. Y de este posicionamiento germinan las diferencias con el sistema jurídico occidental. Si bien el derecho moderno se preocupa por defender los derechos individuales, el derecho ancestral se ocupa de defender el derecho a todas las formas de vida, tanto de las personas, la comunidad y la Madre Tierra en un sistema de “igualdad”. El derecho moderno al garantizar el derecho de propiedad y explotación viola el derecho ancestral comunitario y de relación con la tierra. Mientras para el derecho moderno la naturaleza no es sujeto de derecho más que a través de los individuos, en el derecho ancestral la tierra es “un sujeto de derecho”, es más, el ser humano no tiene *derecho* sobre la tierra porque esta no puede ser apropiada. Este ejemplo nos muestra que los principios, discursos, normas y prácticas difieren entre sistemas jurídicos occidentales y ancestrales.

En un diálogo que sostuvimos con Huanacuni (2010) en La Paz (Bolivia) en el año 2011, este nos explicaba que así como la tierra nos da la vida y los derechos, también nos dona las responsabilidades complementarias, en este mismo sentido, el Estado no puede otorgar ningún derecho, pues no tiene la autoridad para ello. Se presenta así una modificación de las fuentes, un acercamiento de las fuentes reales a las fuentes formales, más bien una ruptura de las mismas, ya que el marco jurídico formal y real ocultaba el carácter tecnocrático y procedimental de la formación del derecho.

4 Ley de la reciprocidad, molde milenario de la memoria histórica.

Las fuentes del derecho son el tema que suscita las más vivas polémicas entre juristas y filósofos, que perplejos observan los matices que paulatinamente estas adquieren en el tiempo y las sucesivas dificultades por ellos mismos planteadas. La cuestión fue expuesta por primera vez por Savigni hace más de 150 años y hoy, nuevamente, el tema adquiere importancia capital. La palabra “fuente” es multívoca. Con ella se puede aludir al origen del derecho, es decir, a las causas que lo han creado tal cual es. Ciertamente, se justifica preguntarse por esas causas. Por lo anterior se han hecho estudios sociológicos del término “fuente”, ya que su significado varía según cada sociedad y lugar de enunciación.

Cuando se habla de fuentes del derecho, se hace en el sentido de las normas que determinan cuáles son los sujetos o actos a los que el ordenamiento jurídico confiere la facultad de crear normas. También se hace referencia a los procedimientos o modos por los cuales se crea el derecho, y además a las formas a través de las cuales se expresa el derecho (Rubio, 2000).

Expresa Rubio (2000) que

(...) fuente significa o puede significar tanto la razón teórica, ideal o suprapositiva de la validez de las normas, como el fundamento positivo de esta validez y junto a ello, de manera alternativa o conjunta, el origen ideal o el origen social concreto de los contenidos normativos. El concepto incluye tanto las fuentes positivas como las extrapositivas, las inmanentes y las trascendentes al sistema. (Rubio, 2000: 80).

Corresponde a la filosofía del derecho y a la sociología jurídica preguntarse en qué sentido específico se habla de fuentes del derecho. Aquí pretendemos únicamente ofrecer claridad para observar las fuentes del derecho comunitario, sin inquietarnos a fondo sobre el debate conceptual de las fuentes.

El derecho comunitario deriva de una matriz cultural que privilegia como principios, la cosmovisión, la identidad, la relacionalidad y la dualidad; estos se anclan en la constelación de la cruz del sur (la más importante en el cielo del hemisferio del sur), la *chakana*, lo experiencial y lo vivencial, pues hay allí una visión cíclica del tiempo, donde existen momentos de ascenso y descenso, de expansión y contradicción. Esto ayuda a que los sujetos se asuman como parte del universo. Asimismo el individuo existe, pero existe de manera plena. Cuando vive en comunidad, no hay un principio de exclusión, sino de complementariedad, el principio de la reciprocidad que ayuda a reproducir la vida y construir la comunidad. La visión cósmica tiene que ver con la manera de ser, sentir, percibir... es la expresión del multiverso, donde todo está conectado e interrelacionado, nada está afuera, sino por el contrario todo está adentro. Por ello en gran parte de la región andina pervive la cosmovisión ancestral que es una forma de comprender el mundo y de expresarse en las relaciones de la vida (Huanacuni, 2010).

Recuperar la cosmovisión ancestral es volver a la identidad un principio fundamental para conocer nuestro origen y nuestro rol complementario en la vida. El retorno a la iden-

tividad es recuperar la memoria y la historia en el tiempo presente para ir hacia el futuro (Huanacuni, 2010). Entonces identidad, es reconocerse a sí mismo y respetar las diferencias, es el dejar ser y dejar crecer, es una ley que es parte de la ley cósmica de la armonía. Estas fuentes, normas y códigos del mundo andino se ilustran en la siguiente frase. “Somos una cultura cíclica, complementaria rotacional, dual y simétrica” (Academia Diplomática Plurinacional, 2009: 26)⁵. Así, el orden y el derecho comunitario producen un giro que es necesario entender desde un lugar de enunciación y desde la memoria.

Aclara Huanacuni (2010) que el derecho natural, ancestral y comunitario se puede conceptualizar así:

Derecho. Se entiende como la disciplina que se ocupa de las costumbres, prácticas y normas de conducta que la comunidad reconoce como vinculantes. La aplicación de este conjunto de normas corresponde a la autoridad dentro de la comunidad.

Natural. Significa que esta disciplina emerge no solo de las convenciones sociales o humanas, sino que está sujeta íntimamente a las leyes naturales y por tanto, lo social debe adecuarse a lo natural.

Ancestral. Nuestros ancestros vivieron en armonía y en equilibrio, y se inspiraron en los principios y leyes naturales. En contraste con la modernidad, que propone una vida desligada de la naturaleza.

Comunitario. Occidente entiende comunidad como la unidad y estructura social solo humana. Desde la cosmovisión indígena originaria entendemos comunidad, como la unidad y estructura de la vida, es decir, todo es parte de la comunidad, no solo lo humano.

¿Cómo construir una representación jurídica que se apoye en un reconocimiento recíproco, cuando la modernidad justifica una praxis irracional de la violencia y simultáneamente, la constitución colonial de los saberes, de los lenguajes, de la memoria y del imaginario? No será fácil reconocernos con el dragón de alas de oro, máxime cuando contamos con el concurso del Estado moderno, y de una plataforma de saberes, que ejercen el control sobre la vida de las personas en lo que se ha dado en llamar la “invención del otro” y que se sustentó y se sigue sustentando en las constituciones, los manuales de urbanidad, las gramáticas de las lenguas y en la formación del ciudadano como sujeto de derecho (Lander, 2000).

La salida será tal vez un reconocimiento dialógico, autopoietico que utilice la hermenéutica diatópica, la pluritópica o las hermenéuticas abiertas. Será un camino arduo de construir en las relaciones de los pueblos, difícil porque implica dejarse conocer por el otro y abrirse a una posible fecundación mutua, que sostenga una comunicación intercultural y una transacción no solo entre conocimientos distintos, sino también entre culturas

5 Aprendiendo nuevos protocolos, el akhulli.

diversas, que hagan posible la negación de los “mitos” y reconozcan las múltiples variables en tiempos y lugares.

Referencias bibliográficas

- BARROWS, John. *Recovering Canada. The resurgence of indigenous Law*. Toronto, University of Toronto, 2006.
- BECK, Ulrich. *Qué es la globalización. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, Paidós, 1998.
- . *Poder y contrapoder en la era global*. Barcelona, Paidós, 2004.
- BORGES, Jorge Luis. “Poema conjetural”. En: *El otro, el mismo*. Buenos Aires, Ediciones Emecé, 2005.
- BOTERO, Darío. *Teoría social del derecho*. Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- DE MARZO, G. *Buen vivir, para una democracia de la tierra*. La Paz, Plural, 2010.
- DE SOUSA, Boaventura. *La globalización del derecho*. Bogotá, Ilsa, 1999.
- . *Crítica de la razón indolente*. Bilbao, Desclée, 2000.
- . *La reinención del Estado y Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra, Cenda, Cejis, Cedib, 2007.
- . *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, Trotta, 2009.
- DE TRAZEGNIES, Leopoldo. *Postmodernidad y derecho*. Bogotá, Temis, 1993.
- DUSSEL, Enrique. *1492 el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. Bogotá, Ediciones Antropos, 1992.
- GARCÍA, Néstor. *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. México D. F., Grijalbo, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad (doce lecciones)*. Madrid, Taurus Humanidades, 1993.
- HEGEL, Georg. *Fenomenología del espíritu*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- HUANACUNI, M. *Vivir bien/Buen vivir. Filosofía, política, estrategias y experiencias regionales*. La Paz, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), Prisa, 2010.

- KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura* (6ª ed.). México, Porrúa, 1982.
- KUNNIE, Julián y NOMALUNGELO, Goduka. *Indigenous peoples' wisdom and power: affirming our knowledge through narratives*, Londres, Ashgate, 2006.
- LANDER, E. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires, Clacso, 2000.
- LEFEBVRE, H. *Introducción a la modernidad*. Madrid, Tecnos, 1971.
- LYOTARD, J. F. "Misiva sobre la historia". En: *La posmodernidad explicada a los niños*. Barcelona, Gedisa, 2001.
- MATATHIA, Ira y SALZMAN, Marian. *Tendencias: las claves del futuro próximo*. Barcelona, Planeta Divulgación, 2001.
- MERLE, M. *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid, Alianza Editorial, 1978.
- MILLA, V. C. *Ayni: semiótica andina de los espacios sagrados*. Lima, Amaru Wayra, 2007.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. "El vivir bien, como respuesta a la crisis global". En: *Diplomacia por la Vida*, núm. 2, pp. 115-125. La Paz, Academia Diplomática Plurinacional, 2009.
- . "El akhulli. La coca en la diplomacia de los pueblos". En: *Diplomacia por la Vida*, núm. 4, pp. 85-95 La Paz, Academia Diplomática Plurinacional, 2009.
- MONCAYO, Víctor Manuel. "Tendencias de transformación del derecho en nuestro tiempo". En: *Revista Politeia* N° 13, pp. 112-113. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 1993.
- MUÑOZ, G. J. A. "Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho". En: *El otro derecho*. Bogotá, Temis-Ilsa, 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*. Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- REYNAGA, B. R. V. "Descolonización desde la perspectiva comunitaria". En: Ávila Víctor y Peña Wilson (comps.). *Descolonización del Estado en América Latina*. Bogotá, Universidad Libre, 2011.
- RUBIO, Francisco. "Fuentes del derecho". En: Aragón, M. (ed.). *Temas básicos de derecho constitucional*. Madrid, Civitas, 2000.