

RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA POLÍTICA EN LO TRANSNACIONAL: ACERCAMIENTOS PLURALISTAS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICOS¹.

RUTH BUCHANAN²

Resumen: El pluralismo jurídico es un acercamiento alternativo para analizar los cambios en las prácticas del derecho y enfrentar los retos de la ley en un mundo globalizado. El autor hace una distinción del pluralismo jurídico del pluralismo “constitucional” o “político”.

Resumo: O pluralismo jurídico é um acercamento alternativo para analisar as mudanças nas práticas do direito e enfrentar os desafios da lei num mundo globalizado. O autor faz uma distinção do pluralismo jurídico, do pluralismo “constitucional” o “político”.

Abstract: Legal pluralism is an alternative approach to analyze the changes in the practices of the law and to face the challenges of the law in a globalization world. The author makes a distinction of the legal pluralism of "constitutional" or "politician" pluralism.

1. Introducción

En el mundo visto a través del lente de la globalización, acelerada, enlazada en red, e incansablemente materialista, re-visitamos las preguntas “básicas” de la Teoría del Derecho, pudiera parecer marginalmente sin esperanza y un ejercicio arcaico. Sin embargo, estas preguntas se han convertido más, y no menos, relevantes y urgentes en el contexto actual. En nuestro mundo, así como hemos llegado a entenderlo, imágenes, bienes, financiamiento tecnológico, y personas, están enlazadas en una vasta red de relaciones de intercambios trans-fronterizas, un mercado global, el cual —nos han dicho— amenaza con desestabilizar y superar, sobrepasar, la autoridad soberana de los estados-nación.

Esta amenaza (percibida o real) al estado-nación, se vive profundamente desestabilizadora, puesto que el estado-nación es la forma paradigmática en la cual el derecho y la política han sido imaginados en la modernidad. Que éste es el caso, a pesar (o quizás por ello mismo) del hecho de que esta forma puede ser vista como una “concepción de relación de estado-sociedad” en particular, nacida dentro de la historia parroquial de Europa Occidental hecha universal, quizás es una indicación de cuán poco ha cambiado la estructura del sistema global, desde los tiempos coloniales. (Chatterjee, 1993:238). El reto ostensible al estado-nación propuesto por la globalización, ha propiciado debates públicos y de erudi-

¹ Traducido del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte

² Associate Professor of Law at the University of British Columbia. She wishes to thank Peter Fitzpatrick for his generous and supportive editorial advice.

tos en Occidente para re-visitar viejas (y quizás irresolubles) preguntas sobre las bases de la autoridad jurídica. Esfuerzos contemporáneos de re-imaginar soberanía “más allá del estado-nación” han abierto la caja de Pandora de preguntas respecto de la misma naturaleza del derecho, la legitimidad de las fuentes del derecho, y la relación entre la autoridad jurídica y política. Lo que es menos claro, sin embargo, es si estas reconsideraciones incorporarán reflexivamente las perspicacias de los profesores post-coloniales respecto de los orígenes parroquiales de esos discursos ostensivamente “constitutivos”.

Aquí descansa el peligro del desarrollo actual. Tanto como el fenómeno de la globalización es re-enmarcado como un “problema” de teoría jurídica; argumentaría que se convierte en un problema cuya “solución” ya está determinada por los parámetros existentes de un discurso en particular (la teoría jurídica) (Gunther, 2003). Uno puede observar esto como algo muy revelador en el contexto de los debates sobre “constitucionalismo” en el contexto transnacional, donde “el toque de estatalidad” muy a menudo invisible es reconocido como persuasivo (Shaw and Weiner, 2000). Desde luego, muchos de los defensores del constitucionalismo transnacional son no-pesarosos sobre su adherencia a un “vocabulario” establecido o canon de concepciones que “han tomado siglos de desarrollo y refinamiento dentro del contexto del estado” (Walker, 2001:33). Como se sabe, el debate sobre constitucionalismo post-nacional ha germinado en el vivero de los debates sobre la constitucionalización de la Unión Europea, donde “las asunciones normativas acerca de la utilidad del pensamiento constitucional en la promoción del orden, la justicia, y la civilidad en la sociedad y en la política, aún (quizás particularmente) más allá de los lazos del estado nacional”, quizás pueda ser “prácticamente inescapable” (Shaw, 2000:7). Sin embargo, el debate de ninguna manera ha quedado confinado a su rango original. Torciendo la analogía botánica un poco más, uno podría sugerir que el discurso sobre el constitucionalismo post-nacional se ha comportado más como una especie invasora, proliferándose salvajemente en ubicaciones donde no se originó, y donde no se enfrenta a competidores naturales.

Uno encuentra lo que yo identifico como acercamientos “constitucionales”, al preguntar sobre la relación entre “legitimidad” y “legalidad” más allá del estado-nación en una pincelada gruesa de la erudición contemporánea, desde los eruditos constitucionales modernistas referidos previamente, hasta los tratamientos sobre el orden global de los explícitamente “posmodernos”. Mientras eruditos tales como Hardt y Negri abordan estas preguntas en los términos de un paradigma que se mueve hacia formas posmodernas de un orden social, jurídico político, las preocupaciones centrales con el derecho y las políticas, legalidad y legitimidad, permanecen en su lugar. Hardt y Negri decidieron examinar “*la constitución*” del poder de un nuevo mundo supra-nacional, que ellos llamaron Imperio, enmarcando su proyecto, en términos de un “*constitucionalismo global*”. (2001:7). Mientras Hardt y Negri critican el uso de la “analogía doméstica”, como

una herramienta metodológica para el análisis de las formas supra-nacionales de ordenamiento, ofrecen su propia conceptualización de “Imperio” como un avatar posmoderno de soberanía, una formación jurídica supra-nacional emergente que corresponde a los “totalizados” procesos sociales y económicos actuales trabajando en el mundo. La problemática jurídica (en Occidente) permanece en su lugar, a pesar de estar elevada a un nuevo nivel (Buchanan y Pahuja, 2004).

Así, a pesar de la fluida apariencia que caracteriza este momento histórico tal como este momento en la erudición jurídica, también existe una rigidez continua, la persistencia de ciertos tipos de impedimentos sobre nuestra capacidad de imaginar formas jurídicas. Estos impedimentos, infectan un amplio rango de discusiones desesperadas, tales que hasta quienes preconizan esto como un momento de (la pos-moderna) transición, están inadvertidamente atrapados en la reproducción de la forma “moderna” del derecho. Parece como si verdaderamente no “hay un escape del (universal) código de la legalidad” (Gunther, 2003:16). Contra este dilema es que me propongo (inmodestamente) luchar en este artículo.

En lo que prosigue, argumento que, a pesar de que hay estudios constitucionales, ampliamente concebidos, que pretenden ayudarnos a lidiar con los retos de la ley que presenta la globalización, lo hacen de manera implícita, reforzando un limitado y limitante acercamiento a la legalidad transnacional. Contra este fondo, el artículo presentará al pluralismo jurídico como un acercamiento alternativo por el cual uno pueda examinar los cambios en las prácticas de regulación en un mundo globalizado sin prejuzgar sobre la pregunta por la forma jurídica. Artículo mi acercamiento al “pluralismo jurídico” distinguiéndolo del pluralismo “constitucional” o “político”. Lo anterior encuentra dentro del momento actual, una oportunidad de preconcebir radicalmente la producción de legalidades transnacionales fuera o más allá de las jerarquías y exclusiones que han marcado, tanto al estado-nación moderno, como a la historia del sistema inter-estatal, mientras que, el último, está limitado por una dependencia continua respecto de las formas institucionalizadas del derecho y de la nación. Por consiguiente, mientras el pluralismo constitucional es un acercamiento, el propósito del cual es arreglar la diferencia, fracasa en fomentar pluralidad.

En contraste, entonces, con lo que he (ampliamente) identificado como acercamientos “constitucionales”, incluyendo aquellos identificados como “pluralismo constitucional”, este artículo propondrá que el pluralismo jurídico, como una metáfora, como un marco, o como un estilo de pensamiento jurídico, quizás provea una avenida más productiva a través del cual se puede acercar al aspecto represor de la inclusividad y legitimación del derecho en el ámbito transnacional. Este momento excepcional, en el que la teoría jurídica no es “aburrida”, sino, más bien una “actividad que participa en la vida de su objetivo” intensamente atractiva y sobresaliente (Davis, 2002:3), presenta una oportunidad a los estudiosos jurídicos, para *participar* en la emergencia de nuevas formas de legalidad

transnacional. Y somos capaces de re-imaginar su alcance y la “forma” del derecho que hará una diferencia significativa en el futuro de varias legalidades emergentes, las cuales serán nutridas y suprimidas.

2. Constitucionalismo Post-nacional.

Muchos han argumentado persuasivamente que, en los tiempos actuales, es necesario re-imaginar, tanto las políticas, como el derecho, en un marco post-nacional. La búsqueda de un constitucionalismo “post-nacional” ha emergido en respuesta a los “déficits” percibidos de gobernabilidad a nivel transnacional: de la democracia, la legitimidad, la responsabilidad. Es una respuesta que busca dibujar en el profundo pozo de significación que carga el discurso constitucional de Occidente. Como Neil Walker observa, “la idea normativamente continua de constitucionalismo está vinculada a una cadena poderosa y resistente de la significación de una serie entera de valores-democráticos centrales de gobernabilidad, responsabilidad, equidad, separación de poderes, estado de derecho y derechos fundamentales” (Walker, 2002:344). Por esta razón, sin embargo, las discusiones de gobernabilidad transnacional que buscan en su rico legado, pueden también sufrir un grado de ambigüedad. Esto es, el lenguaje del constitucionalismo puede ser movilizado en registros diferentes (institucional o teórico), para extremadamente opuestos, por un gran número de actores situados diferentemente, quienes, no obstante, trabajan bajo la ilusión de que están participando en un debate común (Cass, 2001:41).

Los debates sobre el cambio del constitucionalismo en la Organización Mundial de Comercio (OMC) son ilustrativos en este respecto. Alumbrado por la “crisis de legitimidad” de la institución, seguida por el muy publicitado fracaso de la Cumbre de Seattle, el cual se caracterizó tanto por la discordia interna, como por las ruidosas protestas públicas, los artículos promoviendo la constitucionalización de la OMC han proliferado en años recientes.³ Esta creciente atracción del constitucionalismo como un marco de trabajo explicatorio para desarrollos actuales y anticipados en un régimen de intercambio internacional, ha sido atribuida a un sin número de factores. En primera instancia, la teoría constitucional convencional provee un elemento de fundamentaciones políticas de una autoridad jurídica legítima, frecuentemente utilizado en el contexto de la OMC. En segunda instancia, la calidad de “manos amarradas” del constitucionalismo apetece a los defensores de un orden global liberal de intercambio, tal como Ernst Ulrich Petersmann, quien ve sus beneficios amenazados por la captura potencial del proceso político doméstico en estados-miembros por varios intereses especia-

³ El debate erudito sobre la constitucionalización de la OMC se expande constantemente, y yo no me propongo un estudio comprensible aquí. Algunas intervenciones claves, sin embargo, incluyen a Cass, 2001, Petersmann, 2000, Howse y Nicolaidis, 2003, Krajewski, 2001, de Burca y Schott, 2001.

les (Petersmann, 2000). Sin embargo, el discurso constitucional es crecientemente entendido como un marco de trabajo dentro del cual los reclamos normativos correspondientes, como los de un coro creciente del no-estado o actores de la sociedad civil, son balanceados y acomodados y, por tanto, apetece a quienes enfocan los objetivos, en el alcance del “comercio” y “otras” preocupaciones: ambiente, labor y desarrollo (Krajewski, 2001). De esta manera, el discurso constitucional en el contexto de la OMC parece ofrecer todas las cosas a todas las personas: primero otorga la legitimidad política al derecho de la OMC, luego lo pone por sobre la contienda de la política, todo el tiempo prometiendo una desapasionada arena para una resolución justa de los desacuerdos normativos fundamentales.

Sin embargo, este trabajo busca moverse más allá de las políticas institucionales comprometidas con la gobernabilidad transnacional, para considerar el cambio del constitucionalismo a otro registro; el de la teoría jurídica. Mientras que las investigaciones jurisprudenciales raramente son una parte explícita de las discusiones contemporáneas de la gobernabilidad “post-nacional”, yo argumentaría que, casi siempre, es una parte significativa de lo que está pasando. Con este objetivo, podríamos proseguir provechosamente una consideración adicional de las “complicidades circunscriptivas” entre la soberanía y el derecho, que corren por debajo de las bases narrativas del derecho constitucional, primero dentro, y ahora más allá del estado-nación (Fitzpatrick, 2003a:431).

El propósito de basar la autoridad jurídica en un acto fundador de voluntad política, la teoría constitucional aparece ofreciendo un tipo de solución “práctica” a “cuestiones espinosas de las fundaciones no-fundacionales” (Teubner, 2004:16). Una constitución es esencialmente una narrativa original que propone unir y autorizar, tanto la autoridad jurídica, como la política.⁴ Como tal, no puede evitar la paradoja, tan elocuentemente puesta por Fitzpatrick, de que “el origen tiene que ser antes y después del punto de origen” (Fitzpatrick, 2003b:48). Una constitución, para poder fundar una autoridad jurídica, lo hace proponiendo basar la autoridad en la voluntad política del “pueblo”, entendida como capaz de actuar como una entidad unificada. Sin embargo, el “pueblo”, no puede continuar existiendo como tal, hasta que no se dé la fundación inaugurada por la constitución. De ahí, el “momento” constitucional” debe ser entendido como un tipo de “ficción piadosa” (Hart, 1961:150). Necesariamente presume un orden político preexistente al mismo tiempo que lo trae a existir. “El Derecho Constitucional y el discurso no son simples reflexiones de un orden político anterior, sino implicaciones recursivas en la elaboración de tal orden” (Walker, 2001:39). Este “orden político” (simultáneamente presumido y llamado a existir

⁴ Acerca de las narrativas originarias del derecho, véase las contribuciones de S. Pahuja y J. L. Beard, 2003. También, Buchanan y Johnson, de próxima edición.

por la constitución), es también la fuente de la soberanía tanto para el derecho moderno como para la nación moderna.

Ya debiera ser evidente que la aserción de que en la constitución de estados-nación soberanos encontramos las “bases” del derecho moderno, que no pueden ser tomadas, como sucede frecuentemente en los debates constitucionales, como un reclamo que tiene que ver, ya sea con la verosimilitud, o con la inmutabilidad de esa base. Más bien, es el fracaso de aquellas bases ostensibles, lo que se ha convertido en el sujeto de la pregunta jurisprudencial. En esta vía, mucho del trabajo reciente de Peter Fitzpatrick, entre otros, nos ha revelado en detalle cuidadoso e ilustrativo, la imposibilidad de la mítica convivencia de las bases del derecho, la nación y la soberanía en la modernidad (Fitzpatrick, 2001 y de próxima aparición). Junto con estos lineamientos, he argumentado en otra parte que el derecho y la nación están atados juntos por un aplazamiento de la autoridad fundacional “El derecho requiere que el estado-nación sirva como la suprema fuente de su autoridad, mientras que al mismo tiempo, los estados-nación no pueden llegar a ser sin el derecho” (Buchanan y Pahuja, de próxima aparición). Es verdad que el derecho y la nación juntos son fundamentales en el discurso constitucional, pero no del modo en que los eruditos constitucionales muchas veces se imaginan.

En cuentas convencionales, el primer reto del proyecto de encontrar o crear una “base” para el derecho, más allá del estado-nación, por consiguiente, es muchas veces representado en términos de la necesidad de escapar del “toque de estatalidad”, la analogía (engañosa) con el derecho municipal y estatal. Esto se basa en un viejo pero duradero contraste entre la postulada existencia del derecho en el ámbito municipal, y su deficiente y tenue existencia en el ámbito internacional (Hart, 1961). Sí, como he sugerido, el derecho municipal permite esta percepción, tanto de autonomía, como de estabilidad de su “complicidad constitutiva”, con la nación, el derecho internacional requiere no ser entendido como adoleciendo de alguna carencia respecto del tema del fundamento. Es decir, tanto en contextos nacionales como transnacionales la auto justificante narrativa de los fundamentos del derecho, el proceso de arranque de la autoridad legal, se desenvuelve (y procesa) en esencialmente la misma forma. Eso es, el derecho tiene que contar con alguna noción de una “comunidad” pre-existente de la cual saca su autoridad. Sin embargo, esa comunidad, ya sea “nacional” o “internacional”, solamente puede ser constituida como un “todo”, por la demarcación de lo que el derecho trae consigo en su momento (constitucional) originario. Es por eso, que, frecuentemente, escuchamos innovaciones de una “comunidad internacional” (algunas veces con la apariencia de ser una sociedad civil global) intentando proveer “fundamentos” legítimos a un derecho más allá del Estado (Buchanan y Pahuja, publicación próxima). Y el cambio a un constitucionalismo post-nacional es una extensión de la misma lógica. El problema es, desde luego, que lo que se presume con estas expresiones es, precisamente, el

objeto que debe ser de ese modo llamado a ser. De esta manera, el discurso constitucional en sí mismo toma lugar, más bien, inventa, los buscados “fundamentos” del derecho, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.

No todos los defensores de la “constitucionalización sin Estado, no obstante, comienzan desde la asunción de que la autonomía y autoridad del derecho están definitivamente anclados “dentro” del estado y que el derecho internacional tiene, en contraste, que ser definido, a través de su carencia. Más bien, algunos eruditos han comenzado con un reconocimiento de las continuidades entre el derecho local y el internacional, han enfocado el extenso mundo en el cual el derecho transnacional y la política ya han mostrado muchas cualidades constitucionales⁵. Aquí, el discurso de naturaleza auto-constitutiva o “reflexiva”, no sólo es reconocido, sino enfatizado (Teubner, 2004:7). Esto es, el “mutuo proceso de constitución y contenimiento” del derecho y la política, es reconocido como una necesaria, efectivamente definiente, característica del constitucionalismo (Walker, 2001:34).⁶ Como lo pone Gunther Teubner, “El punto es de continuamente entender el proceso paradójico en el cual cualquier creación de derecho ya siempre presupone los elementos rudimentarios de su propia constitución, y, al mismo tiempo, constituye esto, sólo a través su implementación” (p. 16). Esta relación paradójica es la que mantiene unidos al derecho y la política, necesariamente, ambos juntos y ambos apartados, permitiendo y constriñendo el uno al otro.⁷ La tarea restante a los eruditos jurídicos, entonces, respecto del constitucionalismo post-nacional, es la de identificar y catalogar la evolución de regímenes jurídicos transnacionales en términos de varios índices “constitucionales”, incluyendo la emergencia de normas ordenadas jerárquicamente, un proceso de auto-reflexión o autonomía interpretativa, mecanismos para una representación o “voz” democrática, y, en particular, la existencia de un discurso constitucional auto-reflexivo.

⁵ A pesar de que mis referencias primarias en esta sección son de Neil Walker y Gunther Teubner, mi deseo es dibujar un lineamiento general o “tipo ideal” sobre este acercamiento, que pudiera parecer amable hasta el punto donde los eruditos actualmente están trabajando en asuntos de gobernabilidad transnacional desde la perspectiva constitucional pluralista de Jo Sahw y James Tully. Adicionalmente, sin tener que decirlo, Walker y Teubner representan una muy diferente tradición teórica, pero al yuxtaponerlos de esta manera, apunto a ilustrar el muy amplio atractivo del acercamiento “constitucionalista reflexivo”.

⁶ Walker lo propone de la siguiente manera, “La política en el sentido fundamentalista de los asuntos de una polis— no puede ser concebido sin algún sistema y marco de trabajo de derecho *constitutivo*. Sin embargo, por el otro lado, el derecho constitucional siempre *presupone* algún sistema político anterior— en el doble sentido de requerir una política de contexto pre-existente para su movilización, y sostenimiento y un contexto político re-imaginable [...] en su forma narrativa original”, Walker, 2002:340.

⁷ En el lenguaje de los sistemas teóricos, “enlaces estructurales de largo plazo y normas jurídicas son puestos para [...] El efecto importante de los enlaces estructurales es que retienen, tanto el proceso jurídico, como el proceso social, en su posibilidad de influir”, Teubner, 2004:20.

Mas este abrazo pragmático de la naturaleza paradójica de las bases del derecho, una perspicacia ya central en la muy contemporánea teorización jurídica, aún no responde la pregunta: ¿Qué se busca lograr al volverse al lenguaje del constitucionalismo?. Es aquí donde un proyecto de constitucionalismo postnacional se revela como un proyecto normativo, y no meramente descriptivo. Reenmarcando los debates públicos y de eruditos en términos constitucionales, para estos eruditos, contiene el potencial de transformar el proceso continuo de la juridificación transnacional, de tal manera, que trae consigo las condiciones para una constitucionalización legítima, de la cual se está careciendo. Como Walker lo pone, “[...] en el análisis final, la dimensión ideológica de las políticas constitucionales [...] no es la enemiga del discurso normativo de un auto gobierno responsable, sino, más bien, su acompañante necesaria, y, por supuesto, una parte central de su contexto generativo (Walker, 2001:53). Para Teubner, es para “garantizar las oportunidades de articular la así llamada lógica no racional de la acción contra la moda de racionalización social dominante, conquistando áreas de autonomía para la reflexión social en conflictos duraderos, e institucionalizándolos” (Teubner, 2004:13). Ambos, Walker y Teubner, aunque desde modelos teóricos completamente diferentes, parece que están basando el argumento a favor del constitucionalismo, sobre las creencias de los efectos saludables del discurso constitucional mismo. Al final, este acercamiento descansa en el deseo de que el constitucionalismo “(abrirá) un debate normativo más rico y productivo”, (Walker, 2001, p. 54).

Por supuesto, el deseo de “abrir un debate más rico” todavía llama a la pregunta de lo que debe ser debatido. Esto es, el regresar a la objeción registrada desde un principio, ¿hasta qué extensión los acercamientos constitucionales reflexivos pre-determinan los parámetros dentro de las cuales la legalidad transnacional deben moldearse?; Dos tendencias conciernen aquí. Primeramente, es la manera en la cual una llamada al constitucionalismo responde bien al discurso de los “déficit” mencionados anteriormente. Esto es, un discurso constitucional postulado como un suplemento, algo que suministrará “más” de lo que sea de que se está careciendo actualmente en legalidad transnacional; la democracia, la responsabilidad, la legitimidad, o hasta el discurso auto-reflexivo constitucional mismo. Relativamente, la llamada al constitucionalismo implica tanto una jerarquía, como una trayectoria de legalidades transnacionales, en donde algunas formas jurídicas emergentes son imaginadas como más completas (de manera constitucional) que otras. Esta trayectoria, la cual pudiera decirse ser paralela a la jerarquía en crecimiento de los estados en el orden *Westphalian*, tiene el efecto de privilegiar ciertas formas jurídicas sobre otras, tales como normas-generación jurisprudenciales, (Cass, 2001). Adicionalmente, los debates constitucionales tienden a enfocarse en entidades altamente formalizadas y juridificadas, tales como la UE y el OMC, mientras que una entidad como el Foro de Debates, de-

dicado a ampliar y democratizar el debate público sobre normas transnacionales, es virtualmente ignorada.

Entonces, ¿cómo es que, aquello a lo que yo estoy llamando “constitucionalismo reflexivo” puede también ser identificado con la preocupación de albergar pluralidad, de tal manera que algunas veces es identificado como “pluralismo constitucional”? (Walker, 2002). Junto con el enfoque sobre la calidad autógena de la forma de constitucionalismo, existe un énfasis en este acercamiento a la capacidad del “constitucionalismo” de rehacerse en una nueva versión, de muchas maneras diferentes. O sea, esta vista sugiere que el constitucionalismo puede ser “desaglomerado” en sus partes o índices componentes, que luego puede ser re-ensamblado de muchas maneras diferentes. Hasta la noción de “soberanía” es desagregada y pluralizada dentro de este concepto (Walker, 346). Este pluralismo formal o institucional está acompañado por otro sentido del pluralismo, un reconocimiento de la necesidad de acomodar, dentro de los varios constitucionalismos, un paisaje político diverso. Esto es, se conecta con un discurso constitucional aspiracional, el cual busca reformar la esfera tradicional intrastado constitucional de las relaciones entre los diversos grupos [...] dentro del estado de maneras que van más allá de aquellas formas jurídicas de identidad política [...] que pueden ser cómodamente acomodadas dentro del marco y carácter constitucional existente (Walker, 2002: 353). En otras palabras, el constitucionalismo reflexivo post-nacional busca ser más radicalmente flexible a la pluralidad que varios modelos de constitucionalismo “multicultural” alcanzados en el nivel municipal. Es decir, los medios bajo consideración para la pluralización política del constitucionalismo, en sí mismos son abundantes, y están más allá del alcance de este artículo ensayo. Debe hacerse notar, sin embargo, que en cierto momento, los requerimientos de “inclusividad” parecen exigir del constitucionalismo una “reflexividad” imposible (Christodoulidis, 2003: 408). Esto es, es función de una constitución, la de representar a una colectividad como un sujeto político soberano. Esta representación es también un acto de creación, un llamado a ser, puesto que el sujeto soberano del derecho no puede existir antes del momento en que es “constituido”. La constitución de un sujeto constitucional, entonces, es un momento de cierre, de contenimiento, y, de ahí, de exclusión. Es difícil imaginar cómo un constitucionalismo transnacional, cuán plural o inclusivo aspira a ser, puede esquivar esta implicación necesaria.

En este respecto, hay un acercamiento adicional al constitucionalismo, articulado más claramente por James Tully, el cual debe ser considerado. El “constitucionalismo agonístico” de Tully, lleva el doble requerimiento de la reflexividad y la pluralidad, a su punto final lógico, potencialmente bosquejando el marco constitucional más allá del reconocimiento. Este autor coloca un irreducible desacuerdo, aun cuando, y tal vez, especialmente acerca de las reglas de reconocimiento o reglas de las reglas, en el corazón del arreglo constitucional, rechazando cualquier noción de “consenso” a favor de un “orden con-

tinuamente conciliado” (Tully, 2002). Mientras la cuenta de Tully merece una consideración adicional de la que yo puedo proporcionar aquí, la utilizo para ilustrar el punto en el cual nos enfrentamos más desprotegidos a los límites de la forma institucionalizada del discurso constitucional en relación con la demanda de la pluralidad. Tully no busca minimizar o contener el reto presentado por las demandas de la pluralidad; más bien, busca ahondar su propio entendimiento, y el nuestro, sobre la “densidad de las relaciones de exclusión y asimilación” actuando en el mundo de hoy (2002: 226). Más significativamente, creo, en contraste con la mayoría de los debates sobre el “constitucionalismo postnacional” que he buscado comprometer en este ensayo, él implícitamente, reubica el sitio del compromiso de los eruditos, más allá de las “instituciones formalizadas de deliberación” de las “prácticas de y para la libertad democrática (que) irrumpen en oposición a la (exclusión) en una multiplicidad de nodulos y redes, y alrededor de la multiplicidad de asuntos” (p. 226).

De muchas maneras, el abordaje de Tully parece más en sintonía con el tenor y la intención de mi propia mirada sobre el pluralismo jurídico, que con el contorno general del constitucionalismo legal que he mostrado hasta el momento. Quizás también pueda ser observado aquí, que el abordaje de Tully, comparte algunas afinidades con los de Hardt y Negri en *Imperio*. Hardt y Negri identifican su proyecto como la formación de una nueva constitución global: “En términos constitucionales, el proceso de globalización no es meramente un hecho sino una fuente de definiciones jurídicas que tiende a proyectar una sola figura supranacional del poder político” (2000:9). En contraste con los enfoques modernos, Hardt y Negri reconocen que el marco de trabajo constitucional de *imperio*, está marcado por una serie de “aporías explosivas” en su núcleo. Estas “aporías” representan la ausencia total de un consenso (aun imaginado, proyectado o deseado) en relación con preguntas fundamentalmente jurídicas de legitimidad, justicia y orden político (2001:20). En este sentido, Hardt y Negri plantean la misma pregunta que hace Tully, sobre los límites del constitucionalismo. ¿Tiene sentido continuar hablando acerca de un marco de trabajo constitucional, cuándo la característica central del marco de trabajo en cuestión es una radical indeterminación? Mientras agradezco los reconocimientos sobre la reflexividad y el pluralismo encontrados en estos enfoques posteriores, me pregunto sobre la percibida necesidad de continuar operando dentro del discurso del constitucionalismo y qué potencial disruptivo que pudieran tener estas contribuciones que pueden contenerse aquí.

3. Pluralismo Jurídico Transnacional.

Nuestro entendimiento del orden jurídico es una parte integral de un mundo complejo del lenguaje, mito y metáfora en el cual vivimos y tratamos de encontrar sentido (Cover, 1983). Yo he sugerido varias maneras en que el dura-

dero mito constitucional, a través del cual la comunidad jurídica y política se encuentra a sí misma perdurablemente, pudiera modular el sentido que le encontramos al orden jurídico transnacional en ciertas instancias. Sin proponer que he avanzado algo como una “teoría” desarrollada en la sección final de este ensayo, deseo proponer, modestamente, el “pluralismo jurídico” como una metáfora alternativa para pensar sobre la legalidad transnacional. Debería estar claro que mis esfuerzos necesitan ser claramente distinguidos de las varias teorías sobre el pluralismo jurídico tal cual es debatido por los eruditos jurídicos, especialmente aquellos en los ramos de la antropología y la sociología jurídica.⁸ Adicionalmente, y en relación con un debate popularizado recientemente, no estoy promoviendo el pluralismo jurídico como una teoría que está particularmente bien adaptada para, o hasta obligada por, un análisis del “global” fenómeno emergente (Teubner, 1997; Snyder, 1999).

Más bien busco especular acerca de cuáles implicaciones podría tener mi cambio metafórico en nuestra capacidad de imaginar formas jurídicas, de lo “constituido” a lo “plural”. Claro que, para poder hacer esto, primero necesito articular más cuidadosamente lo que pudiera ser imaginado como un cambio. Como una “multiplicidad metafórica”, un enfoque jurídico sugiere un número de puntos de partida a partir de un recuento constitucional convencional del derecho. Parte desde el punto de vista de que el derecho es necesariamente forma y que puede ser identificado institucionalmente con la acción estatal. No identifica el derecho exclusivamente con normas puestas, distintas y territorialmente definidas. Y, finalmente, no depende de una construcción dicotómica del derecho y la sociedad (o la política) (MacDonald, 1998:74). En el lugar de la forma claramente específica e identificable del derecho situada dentro de los límites de la teoría constitucional, encontramos en el pluralismo jurídico un punto de vista sobre el derecho (incluyendo el derecho transnacional) como emergiendo de una pléthora de marcos de trabajo normativos, frecuentemente en competición (MacDonald, 73).

En contraste, para unificar la imagen del momento constitucional, la imaginación del pluralismo jurídico comprende multiplicidad, heterarquía, y diversidad. El pluralismo jurídico nos permite pensar en la posibilidad de una legalidad transnacional sin un “centro” o jerarquía normativa. Esto es, la relación entre la necesidad de los regímenes regulatorios transnacionales emergentes no deben ser reducidos a una relación necesaria superior/inferior como resultado de la extensión en la cual son más o menos “jurídicos” o “constitucionales”. Más bien, pueden ser entendidos de varias maneras: superpuestas, discretas, competitivas, interpenetradas, mutuamente constitutivas. De este modo, la discusión pública sobre la emergencia y la evolución de las normas jurídicas

⁸ Para una reconsideración reciente, benéfica, de la literatura sobre pluralismo, véase a Melissaris, 2004.

transnacionales está abierta para incluir un muy amplio rango de mecanismos formales e informales, institucionales y discursivos (Pérez, 2003; 2004).

Una manera en que los debates dentro del marco del pluralismo jurídico pudieran ser más incluyentes, es la manera en la cual prevén la participación de la sociedad civil global. Dentro de los debates de derecho internacional, la creencia en una ya existente “comunidad internacional”, aparece como una necesaria ficción (Buchanan y Pahuja, de próxima edición). Esto es porque en acercamientos convencionales, el sujeto jurídico/político (aquí, sociedad civil) sólo puede ser constituido mediante un llamado a formarse en fila (Christodoulidis, 2003: 426). Para plantearlo de otra manera, la “comunidad internacional” del derecho internacional es un contenedor que tiene contornos determinados. Para que una sociedad civil sea contenida dentro de él, tiene que hacerse a la medida. Aquellas partes de la sociedad civil que no quepan, los pedazos “irrupidos”, simplemente son recortados. Para el pluralismo jurídico, en contraste, es la sociedad civil la que moldea el contenedor jurídico/político, tanto como al revés. Así, la presencia o ausencia de un marco de trabajo normativo compartido se convierte en el mismo sujeto de la investigación. Mientras mucho trabajo ha sido hecho para mejor integrar la reconsideración de las preguntas del reconocimiento y la participación en los abordajes constitucionales, el riesgo de manejar estas cuestiones en términos constitucionales, es que se conviertan en sólo otro problema de diseño institucional; en otro detalle procedimental para ser trabajado por los ingenieros institucionales del orden jurídico global. Sin embargo, en el marco del pluralismo jurídico, las respuestas a tales preguntas no están dadas con antelación. Los marcos de trabajo institucionales, el significado de participación y las fuentes de legitimidad pueden, y seguramente serán, múltiples, discutibles y en evolución. Como puede haber ya quedado claro, hay importantes diferencias entre esta formulación de pluralismo jurídico y los debates sobre la importancia, y la necesidad, de contar con el pluralismo político, el cual, usualmente, toma su lugar en el marco constitucional⁹.

La distinción entre el pluralismo político y la pluralidad jurídica es crucial. Pluralismo político, a pesar de abrazar ostensiblemente a la diversidad política, quizá en realidad funciona para contener, inclusive socavar, el reconocimiento del pluralismo jurídico a través de una dependencia implícita, tanto sobre una concepción monista del derecho, como una correspondiente distinción clara entre los ámbitos “jurídico” y “político”. Usualmente esto puede ser visto como

⁹“El pluralismo jurídico en realidad descansa casi sobre la presuposición intelectual opuesta al pluralismo político (democrático). Lejos de simplemente reconocer el pluralismo etnocultural como un hecho de la sociedad y designar instituciones políticas dependientes de un concepto de ciudadanía abstracta para acomodarlos dentro del orden jurídico político monista, el pluralismo jurídico es un concepto radicalmente heterogéneo. El pluralismo no es tan sólo de ciudadanos, es un pluralismo de órdenes jurídicos también—cada uno opera dentro del mismo espacio social y cada uno de ellos existe independientemente de los otros” (MacDonald, 76).

sucediendo en dos maneras. Oren Pérez ha descrito la primera variante como un acercamiento “Westphalian”, donde la política puede ser vista como confinada en un nivel nacional, mientras que el trabajo de las instituciones internacionales es imaginado como primariamente jurídica, y técnica en naturaleza (Pérez, 2003). Este acercamiento es un argumento relativamente común por parte de aquellos que buscan mantener la política pluralista “fuera” del OMC, por ejemplo (Howse, 2002). Pero hasta los abordajes constitucionales pluralistas que buscan integrar el arreglo del pluralismo político dentro del derecho transnacional, y las instituciones frecuentemente evocan una concepción del derecho centrista, en lugar de pluralista. Un ejemplo se encuentra en el planteamiento adoptado por de Burca y Walker (2003), en su rol como editores de una colección de trabajos sobre el tema “El Derecho, la Sociedad Civil y el Gobierno Transnacional Económico”. En su recuento, aunque ellos reconocen los múltiples discursos de la sociedad civil detalladamente, el derecho es representado como un mecanismo central de dirección: “Una pregunta general y dominante concierne a las posibilidades y limitaciones del rol del derecho, en su especificidad institucional y discursiva, dentro del ámbito post nacional [...] el derecho actúa, como un mecanismo de dirección central, inevitablemente organizando a la sociedad civil, de tal manera, que reduce su autonomía” (p. 389). La manera en que la pregunta es planteada aquí, argumentaría que prefigura su respuesta. Si el derecho es concebido tanto centralizado como autónomo, esto es, un ámbito institucionalizado de “coordinación” que existe separadamente de la política, es difícil imaginarlo como capaz de facilitar las políticas múltiples y diversas que actualmente están siendo avanzadas en el ámbito internacional por actores contemporáneos de la sociedad civil global.

En contraste, la metáfora de la pluralidad jurídica facilita un acercamiento reflexivo a una relación entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Esto es, el derecho provee un espacio fluido y en evolución, y un discurso dentro del cual los reclamos normativos competitivos son debatidos, ocultados, negociados, y transados. El derecho y la política no son imaginados como una actividad en ámbitos discretos, con el derecho en la silla del conductor, como si lo hubiera estado. En realidad, están atados juntos en una relación mutua de “complicidad constituyente”. Desde esta perspectiva, podemos considerar como un instante nuevo de la práctica de la política transnacional, tales como aquellos ejemplificados en los varios movimientos transnacionales de justicia social global en el transcurso de la última década, que pueden influenciar los regímenes legales transnacionales, tanto como lo opuesto. La sociedad civil existe y opera desde dentro de manifestaciones más “desorganizadas” y “organizadas”, incluso un foco en su relación con más formas aparentemente constitucionales, tales como la OMC tenderá a reflejar las actividades de las más organizadas organizaciones no gubernamentales, y esas particulares actividades que están específicamente dirigidas hacia la “constitución” de esas instituciones (Christodoulidis, 2003; Buchanan, 2003). La “metáfora de la multiplicidad” sugiere que el dere-

cho no es sólo o necesariamente imaginado de esta manera, como un contenedor “institucional”, de una “política” revoltosa y disruptiva, que es “previa” al derecho, mas debe ser autorizada por el mismo. La forma del derecho, en sí mismo, también tiene que ser entendida de una manera más “desorganizada”, como potencialmente plural, disruptiva, sujeta a la reconceptualización y la transformación. Sin embargo, esto no quiere decir que unitaria o constitucionalmente, las concepciones del derecho sean falsas. Más bien, mi intento ha sido elaborar una metáfora de pluralidad jurídica en respuesta a lo que percibo como una tendencia dominante hacia representaciones constitucionales unificadas del derecho.

Sin embargo, creo que este momento, en que las preguntas fundamentales del derecho, preguntas relacionadas con la “autoridad de autoridades”, parecen abiertas una vez más a la consideración, presenta una oportunidad. El permitirnos reimaginar las instituciones jurídicas y políticas transnacionales, observando las desde la metáfora del pluralismo jurídico, creo, puede permitirnos percibir formas de derecho “global”, tal vez desde lugares inesperados. Los autores de estas formas nuevas de derecho global, bien pudieran ser esos “seres críticos”, aquellos que, como los refugiados o migrantes ilegales, se encuentran ocupando los espacios más inhóspitos e intersticiales del orden transnacional, a quienes les es negado la protección de una norma establecida o determinante (Fitzpatrick y Tuitt, 2004). Como estos nuevos “sujetos globales”, las nuevas formas de “derecho global”, bien pudieran emerger de una mirada de fuentes no marginales, improbables o desacreditadas.

El derecho hace una promesa al mundo, tanto de pluralidad como de inclusividad, una promesa dual, la cual debemos continuar buscando para realizarla en el ámbito transnacional, aún cuando sus fracasos son claramente más patéticos que nunca. Como teóricos jurídicos, aunque no podamos cambiar el mundo o sus leyes, podemos escoger las metáforas a través de las cuales podemos representarlas. La metáfora es un medio con el cual podemos continuar insistiendo sobre la necesidad de abrir para cuestionar, la extensión en que las actuales formas y marcos de trabajo del derecho transnacional realizan nuestras aspiraciones de ello. Esta apertura para cuestionar es una “tarea permanente”, una que eternamente rehúsa a aceptar alguna afirmación terminante de la pregunta por la fundación de la autoridad jurídica.¹⁰

¹⁰ La frase “tarea permanente” es de James Tully. Aunque yo haya hecho nacer preguntas sobre su adhesión al lenguaje y el marco de trabajo del constitucionalismo, estoy de acuerdo con su elegante formulación de nuestro orden social y jurídico, como un trabajo permanente de progresión; “siempre estamos en la posición de comenzar nuevamente el trabajo permanente de empujar los límites de nuestra libertad por medio de nuestra libertad” (2003:228).

Bibliografia

- Buchanan, Ruth and Pahuja, Sundhya (2004) "Legal Imperialism: Empire's Invisible Hand?" in Paul A. Passavant and Jodi Dean, eds., *Empire's New Clothes: Reading Hardt and Negri* (Routledge: NY and London.)
- Buchanan, Ruth (2003) "Perpetual Peace or Perpetual Process: Global Civil Society and Cosmopolitan Legality at the World Trade Organisation" *Leiden Journal of International Law* 16 :673-699.
- and Rebecca Johnson, (forthcoming) "The *Unforgiven* Sources of International Law: Nation-building, Violence and Gender in the Western" Doris Buss and Ambreena Manji, eds. *International Law: Modern Feminist Perspectives* (Hart: Oxford).
- and Sundhya Pahuja, (forthcoming) "Law, Nation and (Imagined) International Communities" *Law Text Culture*.
- Cass, D Z, (2001) "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *European Journal of International Law*, 12(1), pp.39-75.
- Chatterjee, Partha, (1993) *The Nation and its Fragments: Colonial and Post Colonial Histories* (Princeton University Press, Princeton, N.J.)
- Christodoulidis, Emiliios, (2003) "Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society", *European Law Journal*, 9(4) pp. 401-432.
- Cover, Robert, (1983) 'Nomos and Narrative' 97 *Harvard Law Review* 4.
- Davies, Margaret (2002) *Asking the Law Question: The Dissolution of Legal Theory* 2nd Edition (Lawbook Co.: Sydney)
- de Burca, Grainne and Walker, Neil (2003) "Law and Transnational Civil Society: Upsetting the Agenda?" 9:4 *European Law Journal* 387-400.
- Fitzpatrick, Peter, (2001) *Modernism and the Grounds of Law* (Cambridge University Press: Cambridge)
- (2003a) 'gods would be needed...' American Empire and the Rule of (International) Law 16:3 *Leiden Journal of International Law* 429-466.
- (2003b) 'Breaking the unity of the world: Savage Sources and feminine law' *Australian Feminist Law Journal*, 19 pp. 47-60
- (forthcoming) "we know what it is when you do not say it: The Unchallengeable Nation" *Law, Text, Culture*.
- and Tuitt, Patricia, (2004) "Introduction" in Peter Fitzpatrick and Patricia Tuitt (eds.) *Critical Beings: Law, Nation and the Global Legal Subject* Ashgate: Aldershot.
- Gunther, Klaus, (2003) "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory" unpublished manuscript, <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf> (last visited September 27, 2004).
- Hart, H.L.A., (1961) *The Concept of Law* (Clarendon Press).

Hardt, Michael and Negri, Antonio, (2001) *Empire* (Cambridge: Harvard University Press).

Howse, Robert, (2002). "From Politics to Technocracy - And Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime." *American Journal of International Law* 96: 94-117.

Howse, Robert, and Nicolaidis, Kalypso, (2003) "Enchancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?" in Marco Verweij and Tim Josling (eds.) *Deliberately Democratizing Multilateral Organizations, Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions* 16:73-94.

Krajewski, Martin (2001) "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law" 35 *Journal of World Trade* 167-186.

MacDonald, Roderick, (1998) "Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism" 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 69-91.

Melissaris, Emmanuel, (2004) "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism" 13(1) *Social and Legal Studies* 57-79.

Pahuja, Sundhya and Beard, Jennifer, eds. (2004) *Divining the Source: Law's Foundation and the Question of Authority* (Griffith University Press).

Perez, Oren, (2004) *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict* (Hart: Oxford).

—(2003) "Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law" *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10:2, pp. 25-64.

Petersmann, Ernst-Ulrich (2000) "The WTO Constitution and Human Rights" *Journal of International Economic Law* 3:1.

Shaw, Jo, (2000) "Process and Constitutional Discourse in the European Union" 27 *Journal of Law and Society* 4-37.

Shaw, J. and Weiner, A., (2000) "The Paradox of the European Polity" in M. Green Cowles and M. Smith (eds.) *State of the European Union 5: Risks, Reform, Resistance and Revival* (OUP: Oxford).

Snyder, Francis, (1999) "Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Law" 5 *European Law Journal* 4:334-374.

Teubner, Gunther, (2004) "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?" in Joerges, Sand and Teubner, eds. *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart: Oxford) 3-28.

—(1997) "Global Bukowina': Legal Pluralism in World Society", in Gunther Teubner ed., *Global Law Without a State* (Aldershot: Brookfield, USA) 3-28.

Tully, James, (2002) "The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy" *Modern Law Review* 65:204-228.

Walker, Neil, (2001) "The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key" in G. de Burca and J. Scott, eds. *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues* (Hart: Oxford).

—(2002) "The Idea of Constitutional Pluralism" 65:3 *The Modern Law Review* 317-359.