

SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA PARADOJA DEL DERECHO^{1, 2}*ADALBERTO NÚÑEZ LÓPEZ³*

Resumen: El autor aborda el tema de la legitimidad del derecho a la luz de la teoría de los sistemas y la teoría de la acción comunicativa. La relación entre el concepto “colectivo” y la construcción jurídica de “mayoría” es analizada a partir de una ética del discurso que permite entender la paradoja del derecho como instrumento y opresor de las aspiraciones colectivas.

Resumo: O autor aborda o tema da legitimidade do direito à luz da teoria dos sistemas e a teoria da ação comunicativa. A relação entre o conceito “coletivo” e a construção jurídica de “maioria” é analisada a partir de uma ética do discurso que permite entender a paradoxo do direito como instrumento e opressor das aspirações coletivas.

Abstract: The author approaches the subject of the legitimacy of the right in the light of the theory of the systems and the theory of the communicative action. The relation between “the collective” concept and the legal construction of “majority” is analyzed from an ethics of the speech that allows to understand the paradox of the right like instrument and obstacle of the collective aspirations.

PALABRAS CLAVES: Legitimidad del derecho, Democracia Latinoamericana, Uso alternativo del derecho, Pluralismo jurídico.

KEY WORDS: Law’s Legitimacy, Latinoamerican Democracy, Alternative Law, Legal Pluralism.

El tema de la legitimidad ha sido tema recurrente como parte de las discusiones filosóficas y sociológicas sobre el Derecho. Para propósitos de nuestra ponencia partiremos de la premisa de que la legitimidad del Derecho se mide a partir de la posibilidad de participación que tengan los afectados en la elaboración de las normas y procesos del Derecho que les aplique. Esta premisa de por más imperfecta, supone que es legítimo el Derecho expresado como norma jurídica

¹ Recibido el 20 de junio de 2008. Aceptado el 09 de septiembre de 2008.

² Ponencia dictada en la Segunda Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, celebrada en la Universidad Autónoma de México del 26 al 30 de noviembre de 2007, en el Panel: Filosofía del Derecho.

³ Candidato a Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco. Diploma de Estudios Avanzados en filosofía y Teoría del Derecho y del Estado de la Universidad del País Vasco. Doctor en Jurisprudencia (Juris Doctor) de la Universidad de Puerto Rico. B.A. Magna Cum Laude con concentración en Ciencia Política de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Ex Decano de Asuntos Académicos y Estudiantiles de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos y es profesor de dicha Facultad, donde dicta cursos en las áreas de: Métodos y destrezas de solución de conflictos y Responsabilidad Civil Extracontractual, y ha dictado cursos en Historia del Derecho, Derecho Arte y Literatura, Clínicas del Centro de Servicio Jurídico, Mediación, Investigación y Pensamiento Jurídico, Derecho Notarial, Derecho Probatorio, Derecho de Menores, Destrezas para el Desarrollo del Pensamiento y Lectura Analítica.

en tanto y en cuanto surja de los procesos formales e informales⁴ establecidos por la sociedad afectada y también, en tanto y en cuanto recoja las aspiraciones de desarrollo social y de justicia de dicha sociedad.

Por ejemplo que la premisa nos arroja de plano una amplia problemática, como por ejemplo, el mismo hecho que entabla la dificultad de definir cuáles son las aspiraciones sociales de justicia y desarrollo y cómo esto se fija en determinada sociedad. Además, el mismo proceso de definir y establecer los mecanismos e instituciones formales que crean la norma depende por sí de otros procesos formales e informales, y de aspiraciones concretas o ideales, de un colectivo indefinido, difuso y heterogéneo. Savigni expresa que dondequiera que los hombres convivan siempre se hallan en una comunidad espiritual que en el uso del mismo lenguaje se evindencia, robustece y desarrolla, pero reconoce que los límites de estos Pueblos individuales (como sujeto personal activo que hace Derecho) son poco precisos y mudables; y este estado dudoso se patentiza también en la unidad o diferencia el Derecho por ellos producido. Se cuestiona así si estamos ante un Pueblo o ante varios y que igualmente habrá en cuanto a sus respectivos derecho⁵. En palabras de Kelsen, “No hay interés alguno que, que en tanto interés individual, no se oponga al interés contadictorio de otro individuo. El llamado interés común de todos es una ficción enteramente demostrable siempre que con esto no se entienda un compromiso entre intereses opuestos.”⁶

Dicha problemática parece manifestarse a través de la historia, la cual nos demuestra que las aspiraciones sociales son definidas por grupos de poder, ya fueran económicos, militares o incluso intelectuales, desde donde el colectivo adviene a ser un sirviente o, en el mejor de los casos, un seguidor. En ese sentido las aspiraciones se concretan en un derecho imperfecto que requiere de la fuerza y de una profunda carga ideológica para su cumplimiento. Con el tiempo las generaciones de ciudadanos van aceptando el estado de derecho en que viven, ideológicamente hablando, como lo correcto. Conductas e ideología, ambos son efectos o producto de las funciones del derecho.⁷ Nos dice Óscar

⁴ El Derecho, en sus formas institucionales, se retroalimenta en el movimiento social. Así, las instituciones del Derecho se mantienen, se crean, se construyen y re-construyen en el escenario amplio donde se fragua el movimiento, se alimenta de él y lo construye a la vez, de ahí su efecto constitutivo. En su forma discursiva, el discurso legal trasciende su centralidad institucional y se inserta en forma de poder tanto de las instituciones como fuera de ellas. Su forma de discurso, pues, está presente más allá de los profesionales del Derecho y es usado por otros actores quienes invocarán “el derecho a . . .”, “la fuerza de la ley”, “la ley y el orden” y “el debido proceso” para justificar y legitimar sus reclamos o acciones. El discurso legal, que coincide con otros, reclamará su espacio de legitimidad social, será parte de esa realidad estudiada. Fontánez Torres, Erica, *La presencia del Derecho en el movimiento de rescates de terreno en Puerto Rico: rescatando entre leyes, tribunales y el discurso legal*, UMBRAL, Universidad de Puerto Rico, 2006.

⁵ Savigni, 1949, “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica”, en *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, Argentina, pág. 38-40.

⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 11va impresión, 2006, Fontamara, S. A., México, pág. 34-35.

⁷ Correas, Óscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Fontamara S. A., México 2003, pág. 31 y ss.

Correas que “la producción, conservación y transmisión de ideología, la construcción de la conciencia del dominado, es otra de las funciones del derecho; que los efectos de ese discurso se extienden más allá del simple control social que se consigue con la promoción de conductas por medio de la amenaza de la violencia; que el control social o dominación incluye la formación de la conciencia del sujeto de derecho” (Énfasis en el original). Incluso el derecho alternativo tiene su sentido ideológico, pues aunque la normas de esa organización popular puedan no cumplirse o ser ineficaces, el uso de esas normas puede desarrollar cierta conciencia, y en tal caso el sentido ideológico de tales normas cumple una función subversiva.⁸ Así pues, el “pacto social” adviene a ser un fenómeno a a, producto de la imposición más que del contrato. No en balde las revoluciones políticas y sociales que han afectado significativamente el Derecho han sido precedidas por un desfase ideológico entre las esferas del poder y el resto de la ciudadanía, lo que significa, según nuestro planteamiento, que el colectivo ya no se identifica con las aspiraciones de los grupos de poder y control a través del Derecho que los regía. (No digo con ésta sea la causa de las revoluciones, más bien es un síntoma de la necesidad del cambio social).

Allí donde el colectivo contiene diversidad de grupos sociales, no sólo heterogéneos, sino perfectamente diferenciados, como es el caso de los países donde comparten distintas nacionalidades (a modo de ejemplo “occidentales” e indígenas) el problema es aún mayor, pues los grupos de poder se convierten en una cadena de dominación jerárquica cada uno con su propia conciencia definida a partir de la clase dominada. Así por ejemplo: Poder económico sobre poder militar; ambos sobre el pueblo hispano parlante en general; el pueblo hispano parlante sobre los pueblos indígenas. Además, dentro de cada grupo: los blancos sobre los negros; los ricos sobre los pobres; los intelectuales sobre los analfabetos, etc.⁹ El Derecho común del país responderá siempre a las más altas esferas de poder, pero no será posible evitar un derecho segregado entre las diferentes jerarquías, ya sea formal o informal. Podemos encontrar así formas o combinaciones de “pluralismo jurídico”, “derecho alternativo” o “uso alternativo del derecho”. Según nos lo define Óscar Correas:

⁸ *Ibíd.*

⁹ Estos grupos se autodefinen no sólo a partir del grupo dominado, sino a partir de sí mismos, a manera de autopoiesis según definido por Niklas Luhmann en su aplicación a las relaciones sociales del concepto desarrollado por Humberto Maturana y Francisco Varela. Es decir, en cuanto a la capacidad de los sistemas de reproducirse a sí mismo, de carácter autorreferente, creando o destruyendo elementos de su propio sistema, Lima Vianna, Tulio, “Da Ditadura dos Sistemas Sociais: Uma Crítica á Concepção de Direito como Sistema Autopoiético”, *Revista Crítica Jurídica*, no. 22, Jul/Dez, 2003, pág. 67-78.

Pluralismo jurídico: la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos (ya sean dos sistemas de normas reconocidas, o donde el Estado mismo es hegemónico sobre otras formas, como por ejemplo, el derecho indígena no escrito).

Derecho alternativo: sistema normativo cuyas normas obligan a producir conductas que, conforme al sistema hegemónico, constituyen delito o formas menores de faltas (Conforme a esto un sistema alternativo lo es respecto a otro dominante. El derecho alternativo puede implicar la existencia del pluralismo jurídico, pero no necesariamente a la inversa).

Uso alternativo del derecho: “Uso” del sistema hegemónico de manera que se consiga la producción, por parte de ciertos funcionarios públicos, de decisiones —normas— favorables a los intereses de ciertos sectores sociales a los cuales el sistema normativo desea en realidad desproteger.¹⁰

A nuestro juicio es imposible el consenso relativo a cuáles son las aspiraciones sociales y de justicia social. Luhmann nos explica desde el punto de vista de la teoría de los sistemas que el consenso es una coherente generalización de expectativas normativas de comportamiento. Así pues, el sistema social está compuesto de acciones que se estabilizan mediante estructuras que por códigos de comunicación prefiguran relaciones entre comportamientos y acontecimientos sociales, hasta determinar expectativas (de todos realizables) y simplificar la coordinación. En este escenario el derecho asegura la estabilidad de las instituciones y de los códigos de comportamiento. El Derecho generaliza las expectativas normativas haciéndolas independientes e indiferentes a los cambios contingentes y coordina los instrumentos que tienden asegurar el orden o la cohesión social, sobre todo cuanto mayor es la institucionalización del consenso (presunción de que las instituciones reguladas jurídicamente gozan del mayor consenso posible). Por su parte Jürgen Habermas considera que los procesos de legitimación no son del todo formales (dependientes de procedimientos, entendido en el sentido luhmanniano como efecto de la adquisición por parte de los sujetos de roles prefigurados en el funcionamiento del sistema), sino que también se basan sobre alguna visión de valores aceptados y, por tanto, sobre hipótesis de justicia.¹¹ Sin embargo, siempre habrá un grupo dominante que podría imponer su perspectiva concerniente a tales aspiraciones. Incluso Kelsen acepta que “[e]l derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es

¹⁰ Correas, Óscar., *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 37-38.

¹¹ Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, traducción Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005; Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de una teoría del discurso*, editorial Trotta, Madrid, 2005. Palombella, Gianluigi, *Filosofía del Derecho, Moderna y Contemporánea*, editorial Tecnos, Madrid, 1999, Cap. VI. Para una crítica sobre la dogmática jurídica en la obra de Luhmann ver Sahúf Maldonado, Alejandro, “Dogmática Jurídica y Sistema social: Breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann”, *Revista Crítica Jurídica*, no. 21, Jul – Dic, 2002, pág. 217 y ss.

decir, funciones determinadas por juicios de valor.”¹² El análisis sobre quiénes componen los grupos de poder y cómo advienen a serlo está fuera del alcance de este escrito; baste aceptar como premisa que los juicios de valor prevalentes en una sociedad, desde el punto de vista jurídico, reflejarán los valores particulares del grupo dominante. La aceptación —incluso la legitimidad— de estas dependerá del grado de coincidencia entre el grupo y el colectivo y el grado de representación que signifique la voz de uno para con el otro. De modo que a mayor coincidencia, mayor representación y por tanto, mayor legitimidad. Ello implica a priori mayor control de los miembros del colectivo sobre sus representante y, por tanto, de sus decisiones. De ser así, el grupo dominante se convierte en una entidad difusa de la sociedad que provoca en consecuencias una elite del poder igual de difusa y coincidente y, de hecho, más legítima. Ejemplo de esto pueden ser los casos de Venezuela, y de los Zapatistas. El colectivo de ve así reivindicado como dueño de los procesos dirigidos al logro de sus aspiraciones comunes. Como ya indicamos el colectivo es un grupo difuso y heterogéneo; el consenso no se refiere a la definición académica en cuanto a que es un acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios (Diccionario de la Real Academia Española, 21 Edición), sino a la coherente generalización de expectativas normativas de comportamiento (Luhmann). Por lo tanto, el concepto “colectivo” debe remitirse necesariamente a la construcción jurídica de “mayoría”, y “grupo dominante” a las teorías sobre el “poder”, que pueden o no coincidir en determinado momento histórico. Así pues, la “coincidencia” de perspectivas sobre las aspiraciones de la justicia social la entendemos a partir de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, como acción orientada a la comprensión del sentido, al entendimiento entre participantes en un discurso conducido en una situación “ideal”, a la que se accede con iguales oportunidades de habla, compartiendo criterios discursivos comunes, sobre la base de la disponibilidad a aceptar la lógica del “mejor argumento”.¹³ Ello implica por tanto que a mayor coincidencia entre el “colectivo” y “el grupo dominante” mayor es la coincidencia social, económica o ideológica entre ambos, sobre todo si tomamos en cuenta que la acción comunicativa está orientada a la comprensión y presupone una racionalidad interna que permite el debate entre diversos juicios de valor, a partir de una “ética del discurso”.

Supongamos por un momento un proceso ideal, en que “el colectivo” (un colectivo, como unidad histórica y cultural, de vínculos intextricables, tales como sociales, familiares, económicos, políticos, históricos, culturales, educativos, etc.) decide lograr sus aspiraciones comunales. Tales aspiraciones pueden ser: 1) materiales y básicas, i.e., de sobrevivencia, tal cual es la salud, la alimentación, la vivienda y la seguridad; 2) espirituales, como la educación y la religión; 3) ideales, en conceptos como la libertad, la igualdad, y

¹² Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, ob. cit., pág. 29. Énfasis nuestro.

¹³ Palombella, Gianluigi, *Filosofía del Derecho, Moderna y Contemporánea*, ob. cit

la felicidad. Luego de un largo debate determinan por mayoría las “formas” jurídicas por las cuales canalizarán el logro de sus objetivos¹⁴; eligen así mismo y por mayoría sus líderes, a quienes delegan la estructuración de sus formas jurídicas. La imposibilidad de que todos, literalmente, participen en la toma de decisiones sin que sea a través de representantes conlleva un déficit inherente de democracia. En palabras de Dussel: “Se “delega” a alguien el poder para que represente” en el nivel del ejercicio institucional del poder a la comunidad, al pueblo. Esto es necesario, pero al mismo tiempo, ambiguo. Es necesario porque la democracia directa es imposible en las instituciones políticas que involucran a millones de ciudadano. Pero es ambiguo porque el representante puede olvidar que el poder que ejerce es por delegación, en nombre “de otro” . . .”¹⁵ Los referéndum, aunque son indispensables en el origen, tienden a ser cada vez menos frecuentes con el tiempo; incluso en el origen han sido raros, como lo demuestra la historia.

Con la elección de los líderes y la delegación para estructurar las formas jurídicas comienza un deterioro continuo de representatividad y legitimidad, por lo que nuestro proceso ideal comienza a deteriorarse. Los líderes electos presentan al colectivo una constitución cuya legitimidad dependerá qué tanto se aleja o se acerca a las aspiraciones articuladas inicialmente por el colectivo. No obstante, tendrá dicha constitución que reflejar los principios articulados y no articulados de los propios líderes, y de las estructuras de poder a las que respondan, ya material o ideológicamente. Sometido a referéndum y aprobado, el estado de Derecho representa la voluntad del colectivo, pero igual la sustituye en un inexorable proceso de desfase entre pueblo y Estado, fruto de la burocracia, la profesionalización política y administrativa y las influencias de los grupos de poder para dominar esa “voluntad” colectiva atrapada en el Derecho.

El Derecho se ha convertido entonces en instrumento para alcanzar aspiraciones colectivas, pero a la vez arma en contra de éstas. Si seguimos a Kelsen en cuanto a que el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, sólo puede ser un orde coactivo y por consiguiente un orden jurídico, que por lo tanto todo estado es, en sentido amplio, un Estado de derecho y que la

¹⁴ Supongamos la democracia, desde el punto de vista rousseauiano. Como nos dice el Dr. Rivera Lugo en “Democracia y elecciones en Cuba”, *Periódico Claridad*, semana del 25 al 31 de octubre de 2007: “Ahora bien, existe otra manera de concebir la democracia, anclada fundamentalmente en la concepción de Rousseau para quien el Estado existe en función de procurar el bien común, es decir, la felicidad y el progreso de todos. La más plena y efectiva libertad, igualdad y justicia son sus ejes centrales. Especial énfasis pone Rousseau en la igualdad, ya que difícilmente puede fructificar la democracia donde existe desigualdad social y la riqueza se concentra en pocas manos. Bajo esta concepción, el ser humano es el sujeto privilegiado de lo político. De ahí la centralidad de su participación protagónica en todos los asuntos públicos, único sentido que puede tener la soberanía del pueblo, estrictamente hablando, no se puede enajenar, delegar o representar. La administración sustitutiva —de la voluntad general del pueblo. De ahí que el control democrático de las ejecutorias gubernamentales constituye un proceso que cesa con la elección del oficial sino que requiere de una periódica rendición de cuentas.”

¹⁵ Dussel, Enrique, *20 tesis sobre Política*, siglo XXI editores, México, 2006, pág. 38

palabra “estado de derecho”, según el uso tradicional de la palabra, significa un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos a aplicación del derecho...”¹⁶, se produce así lo que llamaremos la paradoja del Derecho, que se convierte a su vez y a la postre en parálisis paradigmática. El Derecho es, o pretende ser, bajo estos postulados, motor y freno del cambio social y del desarrollo; protector a la vez que detractor de la justicia, tanto en sí misma como en sus dimensiones de igualdad y libertad. Por lo tanto, no es extraño encontrar leyes para proteger el ambiente en el mismo estado de Derecho que promueve la industrialización masiva al margen del desarrollo sostenido; de igual forma, encontramos leyes de reconocida justicia social que promueven los derechos civiles, al lado de otras que los niegan. Hay innumerables ejemplos históricos y actuales que ilustran dicha información. A modo de ejemplo y remitiéndonos al caso de Puerto Rico, podemos mencionar el movimiento social de rescates de terreno que se desarrolló en las décadas de los sesenta y setenta del siglo veinte. Fue un movimiento social por el cual más de diecisiete mil familias que no tenían una vivienda propia o apropiada rescataron, mediante la invasión, un sinnúmero de terrenos públicos y privados que no estaban siendo explotados para actividad alguna para construir allí sus viviendas. Como era de esperarse la reacción del gobierno fue violenta, protegiendo la propiedad privada (reconocida como derecho constitucional) sobre el derecho a la vivienda (también reconocida como derecho constitucional). El balance del movimiento, cuyo impacto aún se siente en la actualidad, y en términos jurídicos, fue el reconocimiento legal sui generis de la propiedad a favor de algunos rescatadores, frente a la inclusión (1972) de las “invasiones” como delito en los artículos 317 y 519 del entonces vigente Código Penal de 1937. (Artículos 177 y 178 del Código Penal de 1974 y artículos 205 y 206 del vigente Código Penal de 2004).¹⁷

En el caso de los derechos humanos, nos dice el Dr. Correas:

“Como el discurso de los derechos humanos es el discurso propio del mundo moderno, su utilización es ambivalente; por una parte el usuario del mismo se instala en el espacio ideológico hegemónico por el sistema jurídico estatal; por otra parte, en tanto que todas las aspiraciones populares que este estado no quiere satisfacer son vividas como derechos humanos por los sectores oprimidos, el uso de ese discurso se constituye en una práctica contradiscursiva, contestataria, cuya eficacia atenta contra la hegemonía del derecho estatal.”¹⁸

Añade que: “Por una parte los derechos humanos, los derechos subjetivos, son el discurso propio de la atomización de los individuos, enfrentados al estado que es, ni más ni menos, una creación del uso de ese

¹⁶ Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, ob. cit., pág. 36.

¹⁷ Para un análisis socio económico y jurídico de este movimiento social ver Cotto Morales, Liliana *Desalambra*, editorial Tal Cual, San Juan, Puerto Rico, 2006.

¹⁸ Correas, Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 43-44

mismo discurso que luego aparece como dador o reconocedor de esos derechos. Por otra parte, precisamente por eso, los sectores oprimidos no pueden instalarse en un espacio discursivo distinto del creado por el derecho moderno. De modo que su utilización para exigir lo que el estado no quiere dar, se convierte en un contradiscurso cuya eficacia, ideológica, es subversiva.”¹⁹

Por eso en cuanto al derecho alternativo y su eficacia contra el orden hegemónico, nos dice corras, lo que explica la seriedad con que los funcionarios del estado se dedican, más que ha reprimir los delitos, a cooptar a los funcionarios alternativos con el objetivo de destruir esa eficacia que es subversiva. “Cuando la cooptación tiene resultado —concluye— la alternativa deja de ser subversiva, es decir, de disputarle hegemonía al sistema estatal.”²⁰

Esta paradoja del Derecho y la parálisis paradigmática que conlleva tiene un contenido ideológico de mucho peso, al nivel de poder enajenar, al colectivo, no sólo de sus procesos formales e informales de producción del derecho, sino también de la implantación y la aplicación de ese Derecho. Por tanto la reivindicación social se acepta sólo dentro del estado de Derecho, por los canales reconocidos y “concedidos” por el mismo Estado. Lo demás se considera pues, subversivo al orden y puede ser objeto de represión. Esta carga ideológica es tal que incluso movimientos sociales de avanzada piden la reivindicación mediante legislación protectora dentro del mismo estado de derecho que los reprime, reproduciendo a veces, sin querer, las mismas formas que combaten.²¹ De modo que, por ejemplo un Tribunal del Pueblo constituido por la sociedad civil para juzgar violaciones ambientales e infracciones al patrimonio histórico cultural que pida que su laudo se “legitime” (o legalice) en el sistema de tribunales oficial del Estado, lo único que conseguirá, por definición, será la propia des-legitimación de su aspiración de pluralismo jurídico o incluso derecho alternativo. Así mismo, las protestas del movimiento ambientalista que ha clamado y conseguido sendas leyes civiles y penales en protección del ambiente por parte del Estado liberal, quedaron atrapadas en el esquema legalista y burocrático que dichas leyes crearon y que

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Correas, Oscar, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, ob. cit., pág. 49 nos dice: “Cuando estamos frente a textos que ‘conceden’ derechos que en realidad el estado no quiere conceder, como el derecho a la vivienda o el salario remunerador, estamos, no frente a normas, sino a ideologías que acompañan otras normas del mismo discurso, por ejemplo el constitucional. La eficacia de estos sentidos ideológicos del derecho no es precisamente la alternatividad, sino todo lo contrario: incluyéndolos a sabiendas de que no se pueden exigir por las vías normales del derecho, se intenta lo contrario de la subversión, que es la sumisión; el efecto perseguido es la producción de la ideología del dominado como conforme con un estado “bueno” que le promete casa y salario digno”. Reconocemos, sin embargo, la particularidad que representan ciertos movimientos de reivindicación social, sobre todo a través de la desobediencias civil, cuyo propósito, en palabras de Habermas, no es poner en cuestión el conjunto del ordenamiento jurídico, sino apelar a la capacidad de razonar y al sentido de justicia de la mayoría, cuando ésta ataca libertades inviolables que están más allá del alcance legítimo de la mayoría, Portela, Jorge Guillermo, 2003, *La obediencia al Derecho y otros ensayos*, EDUCA, Argentina, págs, 165-171.

favorecen precisamente a los grandes intereses económicos que logran solventar la marejada de reglas y reglamentos, ya con su poder económico o político.

Nos preguntamos entonces, si una verdadera reivindicación se puede dar dentro de un estado de derecho opresor, o necesariamente hay que partir del cambio revolucionario de éste. Tomemos por ejemplo a los Estados Unidos de Norteamérica, cuya lucha por la independencia representó sin duda alguna una revolución en el Derecho, al menos constitucionalmente hablando y a pesar de la naturaleza burguesa y terrateniente de sus promotores. Sin embargo, su movimiento de derechos civiles ha sido en esencia reformista aunque sus principios se encuentren en la Constitución. Fue a través de la jurisprudencia que esos principios se desarrollaron sensiblemente, provocado por amplios reclamos sociales y políticos, en la segunda mitad del siglo XX, pero sus resultados fueron circunstanciales a la composición ideológica de los jueces del Tribunal Supremo. En la actualidad esos logros están perceptiblemente amainados y es la nación norteamericana uno de los países con mayor índice de violación de tales derechos. Hay que reconocer no obstante, que los derechos civiles en Estados Unidos no son necesariamente equivalentes a derechos humanos. En la tradición anglosajona los derechos humanos constituyen límites al poder, frente a la tradición francesa en la cual los derechos humanos constituyen un programa de gobierno.²² Para la América latina la cuestión de los derechos humanos es una cuestión política, tienen que ver con la supresión de la pobreza y la redistribución de la riqueza.²³ De modo que a pesar de que los derechos humanos constituyen un discurso propio de la sociedad burguesa o capitalista y que la defensa de los derechos humanos reproduce el discurso jurídico burgués, toda aspiración humana en general, latinoamericana en particular, debe ser enunciada en términos de derechos humanos, como derecho humano.²⁴

Venezuela por otra parte, requiere de una revolución paradigmática que impulsaba la propuesta de una nueva Constitución.²⁵ Para ella el reformismo no es una opción en tanto y en cuanto su estado de derecho continúe como una

²² Ansaldi, Waldo, citado por Oscar Correas en *Acerca de los Derechos Humanos: Apuntes para un ensayo*, ediciones Coyoacán, México, 2003, pág. 42.

²³ Correas, Oscar, *Acerca de los Derechos Humanos: Apuntes para un ensayo*, pág. 121.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Según el Ingeniero Haiman El Troudi, uno de los intelectuales adscritos al Centro Internacional Miranda, una especie de “tanque de ideas” encargado de contribuir a la investigación y difusión del proceso revolucionario que se vive en Venezuela, ya la luz del “Socialismo del Siglo XXI”, en Venezuela el socialismo bolivariano aspira, entre otras cosas, a la redistribución del ingreso nacional; la disminución de la pobreza; la construcción de un nuevo tejido productivo estatal-popular; el incremento de la participación en los procesos productivos; la puesta en marcha de una reforma agraria con carácter colectivo; la adopción de presupuestos participativos; y la planificación centralizada y democratizada. Ahora bien, insiste también en que el socialismo del Siglo XXI no puede ser, como algunas experiencias del pasado bajo el “socialismo real”, un capitalismo de Estado o un Estado totalitario, y menos ateo, populista, unipartidista o castrador de la participación democrática plena del pueblo en todos los ámbitos de la vida económica, social y política, Rivera Lugo, Carlos, “El socialismo bolivariano”, en periódico *Claridad*, semana del 25 al 31 de octubre 2007.

mera institución de poder económico de la burguesía y los intereses económicos, criollos y extranjeros.²⁶ Bolivia, por su parte, parece encontrarse en una encerrona cuya salida dependerá, a nuestro juicio, de lograr una revolución en el Derecho, como causa y efecto de la satisfacción de sus necesidades sociales y económicas.²⁷ Los movimientos indigenistas, los relativos a la formación de un derecho alternativo, funcionan —o funcionarán— desde el punto de vista revolucionario del que hablamos, al margen del estado de derecho oficial, idealmente sin la necesidad de reconocimiento de éste. Sin embargo, para entender y poder trabajar con la complejidad de la realidad indígena en Latinoamérica hay que remontarse al comienzo de la conquista misma. Los conquistadores encontraron una diversidad amplia de pueblos y culturas, desde avanzadas civilizaciones hasta tribus que aún hoy en día, pertenecen a un desarrollo social equivalente a la edad de piedra. Nos dice Rabinovich-Berk-

²⁶ El Troudi distingue tres periodos en la reciente historia venezolana:

(1) 1999-2001: Etapa nacional-popular en que no existe ningún proyecto claro de cambio pero en que se aspira a cerrarle el paso al modelo neoliberal. Ante la falta de una teoría clara, de experiencia y de cuadros, se apeló a una especie de populismo, es decir, a un asistencialismo del Estado para mitigar los problemas más apremiantes. Esta etapa se agota con el intento golpista de noviembre de 2001.

(2) 2001-2006: Etapa de estructuración revolucionaria en la que se toma el control efectivo de los hidrocarburos y la renta procedente de ambos. Va tomando forma el proyecto revolucionario a partir del fervor participativo de la gente en los asuntos públicos. El soberano popular se va apoderando políticamente. A esto habría que añadir que, además, los elementos opositores pierden cualquier viso de legitimidad democrática y ven reducido significativamente su poder de convocatoria.

(3) 2006-presente: Etapa de transición al socialismo que se espera dure, por lo menos, una generación. Bajo ésta se aspira a emprender esa transformación cultural sin la cual no puede superarse efectivamente el modo de producción capitalista, pues éste anida no sólo en las relaciones sociales de producción sino que también y sobre todo en las conciencias de venezolanos, Rivera Lugo, Carlos, “El socialismo bolivariano”, ante.

Sobre esta última etapa estuvo en proceso las enmiendas propuestas por el gobierno del Presidente Hugo Chávez a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al margen del debate sobre la posibilidad de la elección indefinida del Presidente, que creó la preocupación por una posible dictadura, lo más importante de las propuestas enmiendas eran lo relativo a la transición ordenada y constitucional al socialismo. De manera muy prudente, a nuestro juicio, las enmiendas proponían un cambio de paradigmático social y jurídico que se da en convivencia con el anterior paradigma de la propiedad privada o, más precisa, del capitalismo. Así, la “revolución”, o como cambio dramático, se cualificaba, en tanto y en cuanto se da sin transgredir de inmediato instituciones económicas, sociales y culturales muy arraigados en las mentes de los ciudadanos. Estas propuestas fueron rechazadas en referéndum del 2 de diciembre de 2007.

²⁷ En agosto de 2006 fue inaugurada la Asamblea Constituyente, que enfrentó profundas divergencias ideológicas internas y el hostigamiento de las autoridades regionales. Dicha Asamblea Constituyente tiene el objetivo de “refundar” Bolivia para reducir la desigualdad social y política, pero las disputas entre la Paz y Sucre (cuyos líderes civiles son opositores al gobierno de Evo Morales y pretenden que la capital se establezca allí), las demandas regionales e indígenas por autonomías territoriales administrativas y políticas y la reelección ilimitada del presidente se han convertido en los principales escollos. A nuestro juicio hay una valoración histórica equivocada de equiparar la elección de Evo Morales con lo que sucede en Venezuela bajo el mando de Hugo Chávez. Las condiciones históricas y sociales son muy distintas aunque ciertamente puedan coincidir en muchos ámbitos a partir de la conceptualización de la explotación, marginación y pobreza latinoamericana, pero es evidente de que una revolución en el derecho al modo venezolano en Bolivia es, por lo pronto, prematura.

man que a la llegada de los españoles y portugueses existían numerosos ordenamientos jurídicos, basados principalmente en los usos, costumbres o ordenamientos jurídicos, basados principalmente en los usos, costumbres o prácticas, es decir, como un derecho consuetudinario. Sin embargo, este derecho no estaba ni nunca fue escrito, y mucho menos existió una ciencia o teoría del Derecho. Es el Derecho continental el que se impone desde los inicios de la conquista y adviene a ser un instrumento fundamental en el proceso de transculturación, junto con el idioma y la religión. El problema actual, no obstante, no proviene sólo de la dicha transculturación. Los indígenas, además de perder su cultura, pierden igualmente sus tierras y medios de producción de riqueza; proceso éste que se acentúa después de lograda la independencia por parte de los países latinoamericanos de España.²⁸ La pregunta es entonces ¿Puede existir una reivindicación de los derechos de los indígenas SIN una reivindicación de sus tierras y riquezas? Un cambio en el Derecho para el reconocimiento de los derechos de los indígenas, sin una verdadera oportunidad de desarrollo económico se convertirá en una mera declaración de principios y en un estado de derecho folklórico, sin más consecuencias que el lavado de conciencia de unos y la ilusión de libertad de otros. A nuestro entender, de hecho, la historia de nuestra América Latina, aparte de las revoluciones políticas, ha sido una embarcada en reformas, cuyas consecuencias ya sabemos, salvo quizá México y Cuba antes de la “institucionalización” de sus revoluciones.²⁹

Conclusión

Al final del camino nos enfrentamos de nuevo con la paradoja del Derecho y nos preguntamos cómo evitar una nueva parálisis paradigmática, pues una vez que la revolución se institucionaliza el Derecho se transforma otra vez en promotor y opresor. Otra vez, de representar la voluntad colectiva se mueve a sustituirla. Quizás sea un largo proceso con el cual se vayan afinando los vínculos sociales hasta llegar al mundo ideal, donde la voluntad colectiva y el Derecho coincidan en plenitud. Nos planteamos entonces como pregunta abierta para discusión posterior, cómo afrontar un proyecto político de liberación en el cual se evite reproducir las formas de poder que intentamos superar. Es más imperativo de lo que parece. Se suele justifi-

²⁸ Rabinovich-Berkman (2006), *Principios generales del Derecho Latinoamericano*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, p. 225-227.

²⁹ En términos del proceso democrático en Cuba para la elección de los gobernantes no hay duda de que su proceso es ampliamente democrático. (Para una descripción de éste ver el artículo del Dr. Rivera Lugo antes citado en la Nota 6). Sin embargo, existe un evidente desfase en la práctica que la sola razón y el sentido común nos dicta: Es imposible que en 45 años no hay surgido en el pueblo cubano alguna figura de liderazgo capaz de sustituir al presidente Fidel Castro, no ya para cambiar la política pública socialista cubana, ni siquiera para darle seguimiento. Nos cuestionamos seriamente que los procesos democráticos estén siendo efectivos a la hora de elegir las figuras cimeras del gobierno cubano.

car la opresión desde el punto de vista de la “voluntad de la mayoría”, y eso es independiente del régimen que intenta justificarlo. Es decir, suponiendo un sistema cuyos procesos en su origen son lo suficientemente democráticos para permitir que la “mayoría” decida los postulados filosóficos e ideológicos. Ello supone que esos postulados filosóficos e ideológicos puedan cambiar, incluso radicalmente, mediante los mismos procesos democráticos que contiene el sistema. Supongamos, no obstante, que ante la posibilidad de un cambio filosófico e ideológico y ante una pujante “minoría” que avanza en ese sentido, la “mayoría” resuelve prohibir no sólo los cambios filosóficos e ideológicos, sino incluso la mera discusión de esa posibilidad, ¿Es legítima esa decisión por ser de la mayoría o de quienes ejercen el poder? ¿Se legitima la minoría para la desobediencia civil o el acto revolucionario? Como vemos se crea un contrasentido, una paradoja, en que el derecho permite la acción democrática, pero la acción democrática anula a través del derecho la misma democracia que ejerce. En ese sentido Dussel nos llama la atención de la necesidad de la transformación, que según él es creación institucional y no simple toma de poder. En ese sentido las esferas de transformaciones posibles se encuentran dentro del ámbito estricto del alcanzar la liberación de un estado de cosas opresivo o excluyente. . .” Unidos a los otros postulados de la Revolución burguesa que se enunciaban con la proclamación de “Igualdad, Fraternidad, Libertad”, debemos transformarlos en la rebelión de los pueblos oprimidos y excluidos de la periferia en sus luchas por la Segunda Emancipación, en el nuevo postulado: “Alteridad, Solidaridad, Liberación”.³⁰

³⁰ Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, ob. cit., pág. 158.