

DESENCANTAMIENTO DEL DERECHO MODERNO AL DERECHO POSTMODERNO: VISIBILIZACIÓN DE DERECHOS OTROS Y EL DERECHO COMUNITARIO¹

VÍCTOR M. ÁVILA P²
bichorpacheco@hotmail.com

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, derecho de resistencia. Sin embargo el Estado moderno, es un Estado inamovible, cristalizado que se caracteriza por ser uninacional, mestizo excluyente, generando contradicciones que hay que reconocer y superar, precisamente a partir de los años setenta, las principales organizaciones indígenas del continente se fueron agrupando alrededor de un objetivo común: la necesidad de establecer un estado plurinacional, intercultural, que reconozca el otro, fijando nuevos contenidos y fuentes, que crucen la línea del tiempo, ya que su praxis ha sido 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 fáusticos³, e hijos de otra época, en la cual el tiempo había perdido su carácter cronológico, para designar algo enfáticamente nuevo. Hoy nuestra dicha presuntamente se ha convertido en tristeza, los pretendientes de la verdad solo éramos parte de una gran bufonada, en la cual reímos como ebrios. Hoy sabemos que la modernidad tiene un concepto emancipador racional y al mismo tiempo un mito irracional, de

¹ El presente artículo es producto de avance de investigación "Economías Fundacionales, una mirada desde América Latina" realizado por la Línea Derecho Sociedad y Estudios Internacionales adscrita al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Libre. Bogotá. Junio, 2012.

² Docente investigador Universidad Libre. Docente Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Sociólogo, Abogado. Especializado en Derecho Administrativo y Ciencias Políticas. Especializado en Ciencias Penales y Penitenciarias; Master en Filosofía, Diplomado en Altos Estudios Políticos Universidad del País Vasco. Candidato a Doctor Universidad del País Vasco, EuskalHerrikoUnibertsitatea, Leioa

³ Lo utilizo como sinónimo de modernidad, teniendo en cuenta la obra del Fausto.

justificación de la violencia⁴. 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 encubierto como lo mismo que Europa ya era desde siempre”⁵. Este núcleo será el que nos permitirá entender los procesos de “desencantamiento” de la sociedad y del derecho.

La sociedad ha visto fenecer la tercera revolución industrial, y con ello también se vienen produciendo transformaciones complejas del derecho, la robótica, la telemática, la informática y, las relaciones capital trabajo sufren grandes desequilibrios, presentando 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 pasa a formar 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 asocia con la pureza, la profundidad del agua y la inmensidad del cielo. El azul es el color de la paz y la serenidad, adoptado en el mundo del comercio para posesionar los productos; igual se asocia el color azul, 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 remplazar los medicamentos. La demanda de productos orgánicos por parte de los consumidores viene creciendo a paso firme, no sólo por el miedo a los contaminantes químicos, sino también a los productos transgénicos; hechos que hicieron exclamar a Joni Mitchell en Big Yellow Taxi, uno de los lamentos musicales pop más a favor de la ecología: “Dejad que mis manzanas se manchen pero dejadme los pájaros y las abejas”⁶.

El 22 de abril del 2009 la ONU declaró a esta fecha el “(...) día internacional de la Madre Tierra”, proyectando una nueva conciencia de que no es un planeta solamente, mucho menos materia inerte; es nuestra Madre Tierra (Pachamama)⁷. 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”⁸; y que emerge, pues no estaba muerto, y que se va hacer evidente a través de la cosmovisión de los pueblos, donde todo ser tiene derecho a vivir dignamente. Hecho que va hacer visibilizado en los procesos de refundación del Estado⁹ con los actos

⁴ Dussel, E (1992); *1492 El encubrimiento del otro (hacia el origen del "mito de la modernidad")*; Ediciones Antropos; Bogotá.

⁵ Ibídem. Pág. 11.

⁶ Mathatia, I. & Salzman M. (2001); *Tendencias: Las claves del futuro próximo*; Planeta divulgación; Barcelona. Pp. 213.

⁷ Declaración de las Naciones Unidas 22 Abril de 2009 Día Internacional de la Madre Tierra.

⁸ Huanacuni, M. (2010); *Vivir Bien/Buen Vivir. Filosofía, política y estrategias y experiencias regionales*; Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, Prisa; La Paz; pág. 19.

⁹ Santos, B. de S. (2007); *La Reinvencción del Estado y Estado plurinacional*; Cenda, Cejis, Cedib; Santa Cruz de la Sierra.

constitucionales de Ecuador y Bolivia y las declaraciones de interculturalidad y de Estados plurinacionales.

Ahora bien, preguntándonos por 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 tipo de mercancías compraremos?, ¿Cómo compraremos?, ¿Qué clase 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?, ¿Cómo serán las fuentes del derecho?.

Estos hechos nos dejan ver que tal vez estuvimos en décadas perdidas, la luz se tornó opaca, la modernidad desgajada por Hegel como concepto de "época"¹⁰ ha entrado 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 globalización¹¹.

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 talante de la misma modernidad, su baluarte, la "racionalidad", cede paso a nuevas instancias de integración social y de ordenamiento.

Indudablemente en este marco de convulsiones es difícil encontrar el núcleo que transformara el deber ser del derecho. El derecho como un nuevo proyecto social, con nuevas valoraciones, con nuevas 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 consensuado lo que se dio en llamar teoría del contenedor de la sociedad y que Ulrich Beck¹² 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. En segundo lugar que el ordenamiento vale hacia adentro y hacia afuera, y que en este contexto guardan la autoimagen evolutiva; y por último, la auto-conciencia de las sociedades modernas: ser moderno significa

¹⁰ Hegel. F. (1978); *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura Económico.

¹¹Habermas, J.; (1993); *El discurso filosófico de la modernidad (Doce Lecciones)*; Taurus Humanidades. Madrid.

¹² Beck, U. (1998); *Qué es la Globalización. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*; Paidós; Barcelona; pág. 46. Beck, U (2004); *Poder y contrapoder en la era global*; Paidós; Barcelona.

mostrarse superior, "esta pretensión universalista se expresa por una parte, como exigencia de liberación del hombre de su inmadurez autoculpable en el establecimiento de los derechos y normas fundamentales de la autorregulación democrática"¹³.

Esta imagen invisibiliza los contenidos de dominio del cuerpo jurídico, que cumplen su tarea de regular, 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 postmoderno 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:

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...¹⁴

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 el derecho sencillamente como una forma de ordenamiento y un epifenómeno de las clases dominantes, y por ello el derecho se presentaba como 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 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"¹⁵. Pero tal vez, se desconocía el colonialismo o la colonialidad del poder. El mismo derecho crítico desconocía la vigencia del colonialismo.

¹³Ibídem; pág.47

¹⁴ Borges, J. L. (2005); *Poema conjetural en El otro, El mismo*; Emecé; Buenos Aires.

¹⁵ Muñoz G. J. A. (1988); *Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho*. En el Otro Derecho; Temis-ILSA; Bogotá; pág. 43.

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

Todos estos términos, hacen mención a la diferencia, entre el derecho tradicional, caracterizado por su defensa a ultranza del Statu Quo, basado en lo positivo, de solución de casos, representaciones en juicios, y estrategias legales. Y el otro derecho caracterizado en una relación directa con la transformación del sistema social vigente vinculado a referentes poblacionales con todas su problemáticas.

El derecho revolucionario, lo tomamos en evidencia a través de la revolución de 1917, donde se va a mirar la riqueza y también la teoría crítica de Marx. Indudablemente como recordamos todos, se va a plantear el debate entre Rosa de Luxemburgo, Lenin, la social democracia, y el movimiento anarquista. Indudablemente se debía consolidar un nuevo derecho, se toma el poder y ahora organiza el nuevo orden, y precisamente 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, indudablemente produce un giro, ya que en su artículo 20, concede la ciudadanía a los trabajadores extranjeros residentes en el territorio de la Republica de Rusia, con la condición de que pertenezcan a la clase obrera y campesina. Esta iniciativa rompe deliberadamente con los principios tradicionales del derecho moderno, según la cual la cualidad del súbdito del Estado solo puede resultar de la relación con la tierra o con la sangre (iusconsanguini), la solidaridad de clase prevalece sobre la idea de comunidad nacional.

El Estado por ello se debía presentar como una especie de microcosmos de la futura sociedad socialista mundial. Sin embargo, mientras se produce 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 Korovin y Pashukanis, imaginaron en los años 20 un ingenioso sistema en la 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 antagónicos¹⁶.

Asumirá 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

¹⁶Merle. M. (1978); *Sociología de las relaciones internacionales*; Alianza; Madrid; pág. 79

sociedades socialistas”¹⁷. Pero estas tentativas y prácticas serán interrumpidas en 1930, en la cual 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 Merle¹⁸: “Nada, en su comportamiento jurídico y político, permite ya distinguirla de los otros Estados, salvo la propaganda revolucionaria que continuara difundiendo hasta 1943 mediante la Tercera Internacional, cuyo control exclusiva detenta”.

El campo jurídico se convierte en un campo de batalla. Por un lado, el derecho se produce diferente a las posturas liberales e intenta transformar 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 socio-jurídicas.

De 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 la movilización por la transformación de órdenes jurídicos que sean más favorables a las luchas sociales.

Ambas experiencias, una producida desde el Estado socialista hacia abajo, y otra, la práctica jurídica 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 entredicho el derecho moderno, el cual entra en el campo de la postmodernidad bajo las críticas de sus metarrelatos como señalamos a continuación.

Postmodernidad y Derecho.

Después de la Segunda Guerra Mundial, es donde se hace tangible el movimiento postmoderno, pues desde esta fecha se da un cambio profundo en la sociedad industrial. Los primeros retoños de la época postmoderna parecen estar en Nietzsche¹⁹ quien se sirve de la razón histórica para tirarla y hacer pie en el mito. En lo otro de la razón. 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 es partidario de una mitología renovada en términos estéticos,

¹⁷Ibídem; pág. 74.

¹⁸Ibídem; pág. 79.

¹⁹ Nietzsche. F. (1989); *Crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*; Alianza; Madrid.

que pongan en movimiento las fuerzas de integración social, congeladas en la sociedad de la competencia. Esa mitología desencantaría la conciencia moderna y abriría a experiencias arcaicas. En la nueva mitología el arte sustituiría la filosofía porque la intuición es el acto supreso de la razón.

Es evidente que intentamos salir de la razón moderna, pero aun hoy, nos movemos con una razón impuesta por el derecho moderno, sin embargo los nuevos movimientos sociales han favorecido 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 historia²⁰, a través de los grandes relatos. Desde luego la búsqueda de ese nuevo sujeto, implica una nueva identidad, pues la primera persona que Descartes elige para exponer su método, no es sino el esfuerzo del *yo* por dominar todos los relatos.

Estas bifurcaciones e interrelación han sido parametrizadas por Víctor Manuel Moncayo²¹, al afirmar que las nuevas relaciones generan un nuevo proceso de intermediación entre el sujeto y el Estado, sujeto y familia; y como consecuencia de ello, un nuevo concepto de ciudadanía, ya que durante las épocas precedentes de la organización social capitalista, el proceso de atomización individual se concentraba exclusivamente en la doble interpelación del sujeto como hombre y como ciudadano, es decir, como individuos libres que viven una existencia dual; de sujetos civiles en el orden mercantil, familiar e individual y como ciudadanos pertenecientes 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 atomización 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 promueve y orienta la satisfacción autónoma e independiente de las necesidades individuales y sociales, por la propia comunidad o por sus organizaciones; en el seno de estas deben necesariamente 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

²⁰Liotard. J. F. (2001); *Misiva sobre la historia, en La posmodernidad explicada a los niños*, Gedisa; Barcelona; pág. 37.

²¹Moncayo, V. M. (1993); "Tendencias de transformación del derecho en nuestro tiempo"; Revista *Politeia*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho; Pp 112 -113.

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 necesidades²².

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 bajo 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 micro empresarial o informal.

Reitera Moncayo²³, que la estructura familiar sufre una nueva transformación, pues como corolario de las múltiples autonomías que deben interpelar al sujeto, pierde las características de estabilidad y permanencia, y libera, cada vez de manera 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 autor²⁴, que la dimensión de ciudadanía ahora es distinta por cuanto en la relación del sujeto con el Estado, éste ya no es su benefactor; por lo tanto, la relación 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 sujeto 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 solamente 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 ha emprendido 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, fundamentado en su hermetismo jurídico y 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

²²García Canclini, N. (1995); *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*; Grijalbo; México; pág. 19.

²³Moncayo; Op. Cit; pág. 113.

²⁴Moncayo, V. M et alt. (1994); "¿Existe un nuevo derecho?"; Revista *Pensamiento jurídico*; Universidad Nacional Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Bogotá.

o no se puede ver el horizonte social, para plantear la adecuación del orden prefigurado que constituye el derecho, a la vida social²⁵

En este derrotero de deconstrucción, la crítica al derecho moderno va dirigida fundamentalmente contra el derecho civil ya que éste 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 hombres (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 podrían venir desde la desregulación, el pluralismo jurídico, desde 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 obligatoriamente 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 a su vez los particularismos tradicionales y las conductas no racionales.

En su proceso de estructuración el derecho moderno fue asumiendo cinco características esenciales como bien lo afirma Weber, traído a colación por el profesor Granda en su texto *Postmodernidad y derecho*²⁶, y que se referencian en el siguiente sentido: el derecho debe contener reglas generales, que deben ser aplicadas 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 ser avalada 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 ante los grandes acontecimientos, por ejemplo ante las grandes revoluciones, se toma como modelo la Revolución Rusa. Se cuestiona el derecho civil en nombre de la técnica, ya que ahora hay un orden que exige un rigor exacto, 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 y sociología, etc.

La nueva legislación posmoderna, por su mismo origen histórico, se ha desarrollado 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 Granda²⁷, ha optado por una dualidad estratégica para su supervivencia, optando inicialmente por el repliegue; es decir, por una retirada estratégica, que asegure su

²⁵ Botero U. D. (2005); *Teoría social del derecho*; Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Bogotá; pág. 59.

²⁶ Granda de T. (1993); "Postmodernidad y derecho"; *Monografías jurídicas* No. 86.; Temis. S.A.; Bogotá; pág. 16.

²⁷ *Ibidem*; pág. 25.

paz pero no su supervivencia; posteriormente opta por transformarse, aceptando las nuevas formas de pensar que no pertenecen a las del derecho civil.

Frente al sisma de la posmodernidad, la pregunta a resolver, se cuestiona Granda, consiste en saber si el derecho civil podrá cumplir su papel modernizador en la misma posmodernidad; si es que este proyecto adquiere validez; es decir, 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. Pero en realidad la supervivencia del derecho civil, parece estar condicionada a la existencia de las relaciones²⁸ privadas entre los individuos; solo si estas desaparecieran totalmente dentro de un sistema totalitario, el derecho civil no tendría la posibilidad de continuar. En la posmodernidad lo que se evidencia, es que las relaciones de ciudadano a ciudadano, o incluso, las relaciones económicas 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 nuevas a nuevos problemas, utilizando nuevas categorías y conceptos, que permitan contrarrestar los efectos formalistas, categorías tales como el abuso del derecho, la armonía con el interés social y el enriquecimiento ilícito, como bien lo comenta Granda.

Cabe ahora interrogarnos sobre lo que nos pregunta Trazegnies Granda: cómo el derecho puede encarar, el problema de la diversidad de culturas y tradiciones que existen en América Latina. En otras palabras, 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 formas sociales que sin embargo no han logrado fusionar una cultura nueva. Para Granda el pasado y la tradición tienen que ser proyectados hacia adelante, "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"²⁹, por ello, lo fundamental para Granda no se encuentra en la relación "tradición-modernidad", sino en la relación modernidad-posmodernidad.

Entiende Granda 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.

²⁸Ibídem; pág. 26.

²⁹Ibídem; pp. 74-75.

Observa Granda, 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 como un impulso negativo, optimista, que condena severamente los errores de la modernidad, pero que no se queda en la crítica sino que 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 neo-conservadurismo. 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 socio-jurídica, no ha podido desprenderse de la modernidad, sino que es un continuum de ella, dejando 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. Boaventura de Sousa Santos³⁰ señala que estamos en un tránsito paradigmático y socio-político donde el campo jurídico se ve transformado y confrontado por la "diversidad jurídica del mundo". Las investigaciones en el campo de la sociología jurídica han mostrado que al interior de los Estados nacionales conviven una pluralidad de ordenamientos jurídicos que han deslegitimado el derecho positivo y en muchas veces lo han subvertido. Pero no solo en lo estatal; el mismo derecho internacional se ha visto producido por los subalternos que antes estaban relegados u olvidados. Quizás el caso más emblemático y reciente es la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). El derecho estatal y el internacional, no solo se han ido transformando por la existencia de pluralismos jurídicos arraigados en sus sociedades sino que se han visto enfrentados por sistemas jurídicos que conviven paralelamente a su estructura. El sistema jurídico ancestral comunitario es quizás el más notable.

³⁰ Santos, B. de S. (2009); *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*; Trotta; Bogotá. Santos, B. de S. (2000); *Crítica de la razón indolente*; Desclée; Bilbao. Santos, B. de S. (1999); *La Globalización del derecho*; ILSA; Bogotá.

El sistema jurídico ancestral, como señala John Barrows³¹, se ampara en un sistema de saberes que resistieron de forma creativa a los procesos de colonización, siendo transmitidos por las enseñanzas, la historia oral, los rituales y experiencias cotidianas. Estos sistemas no solo han logrado sostenerse sino que han logrado 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 alrededor del mundo son significativas tanto en Latinoamérica como en América del Norte, Australia, Nueva Zelanda, África y Europa. Basta ver la proyección de las autonomías indígenas para darse cuenta que estructuras jurídicas que convivían subterráneas han pasado a posesionarse de los ritmos legales de sus comunidades, como es el caso de los Maorí, aborígenes australianos, los Inuit, Sami, Aymaras y Quechuas, entre otros. Los sistemas jurídicos, reclama Barrows, son actualmente, sistemas existentes dentro de las estructuras estatales donde progresivamente han ampliado el espectro jurídico tanto en lo local como en lo global.

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

Concibe 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.³²

Diferente al sistema jurídico "occidental", el sistema jurídico ancestral antepone la vida, y el respeto a la libertad, donde no se recurre a prácticas punitivas, sino a la integralidad de la comunidad para reintegrar la armonía, determinando trabajos para sensibilizar, y complementar el cuidado de la organización social entre todos.

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 se tiene como referente histórico. Experiencias concretas como el Tawantinsuyu³³ al decir de Rene Reinaga³⁴ organizadas comunitariamente, han

³¹ Barrows, J. (2006); *Recovering Canada. The resurgence of indigenous Law*; University of Toronto; Toronto.

³² Huanacuni, Op. Cit; pág.68

³³ El Estado de las cuatro regiones: Chinchaysuyo, Antisuyo, Collasuyo y Antisuyo. En el cual el Cuzco (magnífica y gloriosa ciudad) fue considerada el centro del perímetro jurisdiccional andino controlado por la etnia Inca. Walder Espinoza Soriano. Amaru Editores. Los Incas. Economía, Sociedad y Estado en la era del Tawantinsuyo.

permitido vivir en comunidad y en armonía con la naturaleza, siendo el comunitarismo la esencia originaria del continente AbyaYala³⁵; quizás, dice Reinaga³⁶, 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 es construida, 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 auto-organizativa³⁷.

La vida de forma comunitaria no solo es una relación social, sino profunda de relación de la vida. Con este contenido es que se afirma por parte de Huanacuni³⁸ 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..." por ello, es necesario volver a integrarnos y ver hacia donde estamos caminando.

El comunitarismo emerge del derecho natural ancestral comunitario como planteamiento en materia jurídica, y se parte de la base que los derechos, responsabilidades y la vida los da la Madre Tierra. Entre esos derechos, nos da 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"³⁹, es decir la complementación, principio que cuida permanentemente "el vivir bien"⁴⁰ en comunidad"⁴¹. Es desde allí, desde la lógica del Derecho Natural Ancestral

³⁴Reinaga, B. R. V. (2011); "Descolonización desde la perspectiva comunitaria"; en Ávila & Peña (Comp) *Descolonización del Estado en América Latina*; Universidad Libre; Bogotá; pág. 76.

³⁵ Tierra en florecimiento. Nombre veraz de nuestra América profunda. Ver Milla. V. C. (2007); *Ayni: Semiótica andina de los espacios sagrados*; Amaru Wayra; Lima.

³⁶Reinaga. Op Cit; pág 75.

³⁷Reinaga. Op. Cit; pág 76.

³⁸Huanacuni. Op Cit.

³⁹ Ley de la reciprocidad, molde milenario de la memoria histórica. Milla. V. C. (2007); *Ayni: Semiótica andina de los espacios sagrados*; Amaru Wayra; Lima.

⁴⁰ El concepto de Vivir bien se va complementado con la experiencia de cada pueblo. Sin embargo para los pueblos indígenas originarios, la vida no se mide únicamente en función de la economía, sino en la esencia misma de la vida. Ministerio de Relaciones Exteriores. (2009); *El Vivir Bien, Como respuesta a la crisis Global. Diplomacia por la vida. No: 2*; Academia Diplomática Plurinacional. La Paz

⁴¹Huanacuni.Op. Cit.

Comunitario que se contempla el derecho a la relación; así se habla de derecho de relación de cada familia, derechos de relación de complementariedad mujer-hombre y así también se miran las relaciones en la sociedad, relaciones entre Estados y las relaciones internacionales.

Aunque los pueblos indígenas/aborígenes o primeras naciones son diversos alrededor del mundo comparten una lógica relacional que les caracteriza. Kunnie & Nomalungelo⁴² nos ponen en perspectiva al señalar, hablando desde los pueblos indígenas de África que, 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. De este posicionamiento radican las diferencias con el sistema jurídico occidental. Si bien el derecho moderno se preocupa por defender los derechos individuales, el derecho ancestral se preocupa por 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 estaría violando 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 hombres, en el derecho ancestral la tierra sería "un sujeto de derecho", es más, el hombre no tendría derecho sobre la tierra porque ésta no es posible de ser apropiada. Este ejemplo nos muestra que los principios, discursos, normas y prácticas difieren entre sistemas jurídicos occidentales y ancestrales.

Nos explica Fernando Huanacuni⁴³, que se parte del principio de la tierra, porque la tierra nos da la vida, y también los derechos, y las responsabilidades complementarias, y por lo tanto afirma que el Estado no puede otorgar ningún derecho. 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. Las fuentes del derecho son el tema que suscita las más vivas polémicas entre juristas y filósofos, perplejos ante los matices que paulatinamente adquieren en el tiempo y las sucesivas dificultades por ellos planteadas. La cuestión fue expuesta temáticamente por Savigni hace más de 150 años y hoy, nuevamente, el tema adquiere un realce fundamental. 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 ello se han hecho estudios sociológicos, ya que varía según cada sociedad y lugar de enunciación.

⁴²Kunnie, J, & Nomalungelo G. (2006); *Indigenous Peoples' Wisdom and Power: Affirming Our Knowledge Through Narratives*, Ashgate; London.

⁴³ Diálogo con Fernando Huanacuni, realizado en La Paz, Bolivia, 2011, en la oficinas del Ministerio de Relaciones Exteriores. Academia Diplomática Plurinacional.

Cuando se habla de fuentes del derecho, generalmente se hace relación a las normas que determinan cuáles son los sujetos o actos a los que el ordenamiento jurídico confiere la facultad de crear normas; 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 derecho⁴⁴.

En este sentido, afirma Rubio Llórente⁴⁵ 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". 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 ha venido privilegiando como principios, la cosmovisión, la identidad, la relacionalidad, la dualidad, que tienen su referencia empírica en la constelación de la cruz del sur (la más importante en el cielo del hemisferio del sur) la Chakana; lo experiencial, lo vivencial, una visión cíclica del tiempo, donde hay momentos de ascenso y otros de descenso, de expansión y de contradicción, lo que permite asumir que se es parte del universo. Así mismo el individuo existe, pero existe de manera plena, cuando vive en comunidad, no existe un principio de exclusión, sino de complementariedad, el principio de la reciprocidad que permite 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, de percibir el mundo, y expresarse en las relaciones de la vida.⁴⁶

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 identidad es recuperar la memoria y la historia en el tiempo presente para proyectarnos hacia el futuro⁴⁷, 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 desde el mundo andino se hallan enmarcadas en la visión de la siguiente frase "somos una

⁴⁴Rubio Llórente. (2000); *Fuentes del derecho en Manuel Aragón Reyes*; Temas básicos de Derecho Constitucional; Civitas; Madrid.

⁴⁵Ibídem.

⁴⁶Huanacun; Op Cit.

⁴⁷Huanacuni; Op Cit; pág. 11

cultura cíclica, complementaria rotacional, dual y simétrica⁴⁸". Así el orden y el derecho comunitario producen un giro que es necesario entender desde un lugar de enunciación y desde la memoria.

Aclara Huanacuni⁴⁹ que el derecho natural, ancestral y comunitario se puede conceptualizar de la siguiente manera:

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 solamente de las convenciones sociales o humanas, sino que está sujeta íntimamente a las leyes naturales y por lo tanto lo social debe adecuarse a lo natural.

Ancestral. Nuestros ancestros vivieron en armonía y en equilibrio, basados en los principios y leyes naturales. Ante la modernidad que plantea 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 fundamente 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 cuenta 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, la formación del ciudadano como sujeto de derecho⁵⁰.

La salida será tal vez un reconocimiento dialógico, autopoietico que utilice la hermenéutica diatópica, la pluritópica, o las hermenéuticas abiertas. Será un camino duro de construir en las relaciones de los pueblos, duró porque implica dejarse conocer por el otro y abrirse a una posible fecundación mutua, que

⁴⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores. (2009); El Akhulli. La Coca en la Diplomacia de los Pueblos, Diplomacia por la Vida N: 4; Academia Diplomática Plurinacional; La Paz. Pp. 26.

⁴⁹ Huanacuni; Op. Cit.

⁵⁰ Lander, E. (2000); *La colonialidad del Saber: Eurocentrismo y ciencias sociales*; CLACSO; Buenos Aires.

sostenga una comunicación intercultural y una transacción no sólo entre conocimientos diferentes, sino también entre culturas diferentes, que hagan posible la negación de los "mitos" y reconozcan las diversas variables en tiempos y lugares.