

Pluralismo jurídico y emancipación social (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)

Por
David Sánchez Rubio

Resumen: En este trabajo, teniendo presente el contexto de la globalización, se ofrecen una serie de elementos necesarios para articular una concepción pluralista del Derecho desde un punto de vista emancipador y teniendo como protagonistas a los movimientos sociales. A partir de los planteamientos del filósofo y sociólogo del Derecho brasileño Antonio Carlos Wolkmer, se defiende un pluralismo jurídico progresista de corte democrático-comunitario.

Abstract: This paper offers a set of ideas in order to develop a pluralist notion of the law in the framework of globalization. According to an emancipatory* process, legal pluralism is based on social movement practices. Antonio Carlos Wolkmer –a Brazilian sociologist and philosopher- claims a progressive legal pluralism. Community and democracy are the main features of his theory of legal pluralism.

1. El cuento de la rana y el charco: el problema entre el paradigma monista y pluralista del Derecho

Me gustaría contar una anécdota que me sucedió en agosto de 1998 en la capital de Ecuador, Quito, cuando impartía un curso de postgrado sobre Derecho económico. Dentro del mismo, surgió una fuerte polémica entre los asistentes acerca de las nociones de monismo y pluralismo jurídicos en el actual contexto de los procesos de globalización. Uno de los estudiantes, abogado de profesión, se acercó a mí después de la clase con la intención de darme una pequeña lección argumentativa a favor del monismo jurídico. Y lo hizo contándome la siguiente curiosa historia:

«Eran dos ranas que vivían en un charco. Un día, una de ellas decidió abandonar el lugar porque se sentía aburrida. Necesitaba conocer nuevas fronteras. Tras despedirse de su compañera partió, dejando a su amiga triste y sola. Con el transcurso del tiempo, pasado un año, la rana viajera regresó al charco. Su amiga, llena de felicidad, tras darle un cálido abrazo, le preguntó: «¿Qué tal el viaje? ¿Cómo te ha ido por ahí?». El anfibio aventurero le respondió que muy bien, que había conocido paisajes únicos e indescritibles y cosas increíbles y maravillosas. La rana amiga le volvió a preguntar: «¿Y qué es lo que más te ha llamado la atención?». Tras meditar un rato, el anfibio viajero le respondió: «pues mira, lo que más me ha sorprendido ha sido descubrir un charco como este pero tan grande tan grande, que no se veía el otro lado.» Evidentemente la rana viajera se refería al mar».

Terminado el relato, el abogado ecuatoriano me señaló: «moralaja, cuando hablamos del Derecho, estamos hablando del charco. Cualquier otra cosa que no sea el charco, es decir, el Derecho, será otra cosa, pero no es el charco, no es el Derecho. Por tanto, hablar de pluralismo jurídico es referirse a sistemas normativos que no son jurídicos, es decir, fuera del marco del Estado y del Derecho estatal no hay expresiones jurídicas. Referirnos a ellas es aludir a otra cosa, al igual que cuando describimos el mar no nos estamos refiriendo al charco».

Con estas palabras y este cuento me quedé algo perplejo. Resultaba curioso que este estudiante aludía, principalmente, a un conflicto ya tradicional sobre si hay sistemas normativos no estatales que pueden ser calificados de jurídicos. En este caso, para este abogado andino, sólo el Estado resulta ser la fuente única de creación de las normas jurídicas. Otras normas de origen social y en donde intervienen otros actores, quedan fuera del charco, por tanto, no pueden ser calificadas como Derecho.

Seguidamente, tras pensármelo un rato, recreándome un poco, le contesté al estudiante lo siguiente: es cierto que un charco es un charco, y que para la mayoría de la gente, el Derecho es el Derecho. No obstante, a pesar de que existan múltiples definiciones que acentúan bien el elemento normativo o el institucional o el estructural e, incluso, el social o el valorativo del fenómeno jurídico, también hay que reconocer que de la misma manera que el charco es el charco, los hay de diverso tama-

ño, unos más grandes y otros más chicos. Incluso también nos encontramos con concentraciones de agua que ni se reducen a un charco ni tampoco al mar: hay estanques, charcas, lagunas, lagunillas, embalses, presas, bardos... Por esta razón, también aparecen tipos de sistemas jurídicos distintos (Derecho estatal, Derecho canónico, la *lex mercatoria*, Derecho indígena, Derecho de la Unión Europea...). Pero lo más sorprendente de todo es: «¿de dónde procede el agua del charco?» –Le pregunté–. El abogado me contestó: «de la lluvia». Le volví a inquirir: «¿Y el agua de la lluvia de dónde viene?». Respondió: «del mar». «Luego hay elementos básicos y centrales –afirmé– que unen el charco con las otras clases de acumulación hídrica» (relaciones humanas, relaciones de poder, necesidades, ideologías, sujetos, actores sociales...). Asimismo, inmediatamente le comenté que el charco puede estar lleno de agua estancada y putrefacta si no se renueva. Incluso puede secarse si hay un periodo largo de sequía. Las ranas pueden acabar muertas si se descuidan.

Mi moraleja, que va dirigida tanto hacia él como hacia los lectores de esta obra que estamos presentando al público hispanohablante, se centra en lo siguiente: cuando hablamos del fenómeno del pluralismo jurídico nuestra posición dependerá, no solamente de la noción que tengamos sobre lo que es el Derecho (si es como el charco o, por el contrario, implica más cosas que no se reducen a él), sino también de la disposición y la capacidad que poseemos para visualizar, relacionar y vincular los distintos elementos del mundo en donde vivimos y en el que, también, participamos, formando el ámbito jurídico parte del mismo. Además, hay que tener en cuenta quiénes son los actores que consideramos intervienen en el proceso de creación de la realidad y, en el caso del Derecho, en el proceso de su generación, su interpretación y su uso. Por esta razón, podemos concebir el mundo jurídico como un único sistema independiente y separado del contexto histórico, social, cultural, político y económico, o todo lo contrario, entendiéndolo como un sistema o varios sistemas insertos, interrelacionados y vinculados con los diversos elementos que conforman la vida en sociedad, en donde los seres humanos participan de diversa manera en el proceso de dotación de sentido de las normas y las instituciones.

Asimismo, la capacidad de análisis y los niveles de profundidad vienen mediados por la disposición que se tenga a la hora de saber distinguir y, simultáneamente, no separar los componentes interrelacionados que conforman tanto nuestros ricos mundos en general, como el ámbito jurídico en particular. En este proceso de distinción y diferenciación

conceptual, adoptaremos una concepción más monista-estatalista o más pluralista, según pensemos dónde reside la centralidad y las claves fundamentales del campo del Derecho.

Finalmente, tampoco hay que olvidar el contexto cultural en el que nos movemos. Muchas veces consideramos que nuestros marcos categoriales y nuestros esquemas mentales son universales, ignorando la trayectoria histórica y la ubicación espacio-temporal y cultural de todo aquello que interpretamos (en este caso las instituciones jurídicas) y con lo que interpretamos (las teorías). Damos por hecho que lo que sucede en la historia occidental es la única historia válida. Cuando hablamos de conceptos como Estado o Derecho, partimos de la premisa que su creación sólo puede tener el molde que marcaron los procesos históricos desarrollados al interior de Occidente. No pensamos que esas mismas instituciones pueden tener un significado diferente en otros contextos culturales. Incluso siguiendo con el cuento, para otros pueblos, designar el charco no sea la manera más adecuada de referirse al Derecho¹.

Por estas y otras razones, según la postura o posición que se tome en torno a una visión monista o pluralista del fenómeno jurídico, toda una gama de concepciones aparecen, en ocasiones contrapuestas unas a las otras, pero en otros casos, complementarias. De este modo tenemos el siguiente panorama: desde aquellas posiciones que consideran que el monopolio de la producción jurídica lo detenta el Estado, por lo que sólo el Derecho estatal y positivo es el único Derecho, siendo cualquier otra manifestación de normas no estatales expresión de un fenómeno de pluralismo no jurídico, sino, como mucho, meramente normativo; pasando por aquellos planteamientos que también dentro del paradigma monista, hablan de un pluralismo jurídico interno, referido a las fuentes de creación del propio Derecho del Estado; siguiendo con las teorías que mencionan el fenómeno de paralelismo jurídico para aludir a la práctica ilegal diaria que la gente común realiza frente a la ineficacia o a la ausencia de un Derecho oficial y contra las desigualdades sociales y locales más propias de los países de capitalismo periférico o semiperiférico²; hasta llegar a los planteamientos de pluralismo jurídico externo o en sen-

¹ Sobre la importancia de las culturas jurídicas y el cuestionamiento del marco occidentalocéntrico, ver la teoría de multijuridicismo de Le Roy, (1998); asimismo, ver Sousa Santos (1998), p. 75 y ss.; Eberhard (2002), principalmente, p. 271 y ss.; y De Julios (2004), pp. 217 a 239.

² Ver en este sentido Lima y Lopes (2003), p. 242.

tido estricto, que consideran la coexistencia de una pluralidad de derechos en un mismo territorio o espacio sociopolítico. En este caso se niega que el Estado sea la única y exclusiva fuente de producción jurídica, bien porque se visualiza la presencia de diferentes órdenes jurídicos debido a la existencia de otras culturas que conviven en un mismo espacio, bien porque se defiende la coexistencia conflictiva o tolerada de varios órdenes normativos, de una pluralidad de sistemas de Derecho en el seno de una unidad de análisis determinada, ya sea de carácter local, nacional o internacional³.

2. *Pluralismo jurídico y teoría crítica del Derecho en Antonio Carlos Wolkmer*

El paradigma pluralista propio o en sentido estricto es el que adopta Antonio Carlos Wolkmer en su obra *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Desde una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, el profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina, reconociendo la variedad de expresiones y la polisemia de la noción central del título del libro, por un lado denuncia la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva y, por otro lado, reivindica, a partir de una toma de posición por lo que el autor denomina teoría crítica del Derecho, la necesidad de construir y preparar los horizontes de un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales reales e insurgentes⁴.

Para el autor, la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas. En América Latina, la nueva fase de desarrollo del capitalismo y su proceso de expansión por medio de las estrategias de dominación de las naciones más poderosas, intensifica la sangría

³ Ver Villegas y Rodríguez (2003), pp. 46 y ss.; y también la totalidad de la obra de Correas (2003).

Para una tipología sobre los distintos tipos de pluralismo jurídico, ver Ardila (2002), pp. 53 y ss.; Soriano (1999), pp. 375 y ss.; y Palacio (1993).

⁴ Ver Wolkmer (2003), pp. 247-248.

de los mercados de los países más débiles y pobres e incrementa los niveles de desigualdad y contradicción social. Entre otras cosas, provoca una crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia basada en la primacía y la exclusividad del modelo estatista del Derecho y en los valores del individualismo liberal. Como contrapartida, Antonio Carlos Wolkmer propone la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y de cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos. El iusfilósofo brasileño está entre quienes piensan que nos encontramos en un periodo de crisis de paradigma, precondition necesaria para el surgimiento de nuevas propuestas teóricas y nuevos referentes.

A partir de una postura militante y comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un «nuevo» Derecho transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos (Wolkmer 2003, pp. 13-14 y 16). Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico, *capaz de reconocer y legitimar normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales, y capaz de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras con igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflicto permanente* (Wolkmer 2003, p. 248).

Hay que tener en cuenta que el autor, desde hace mucho tiempo es uno de los máximos representantes de la teoría jurídica crítica latinoamericana, siendo a su vez, uno de los principales valedores del movimiento brasileño *Direito Alternativo*⁵. Este es un dato que nos sitúa en el permanente inconformismo de Wolkmer por lo empíricamente dado y por su búsqueda de posibilidades nuevas en el ámbito jurídico. No es otra la razón de que entienda que la teoría jurídica crítica se refiera a un «*profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que se encuentra normativizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento) en una determinada formación social, así como la posibilidad de concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica*» (Wolkmer 2003, pp. 13-14 y 33). Desde esta perspectiva, defiende el paradigma pluralista del Derecho por dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el con-

⁵ En este sentido ver Sánchez Rubio (2002); y Bueno de Carvalho y Carvalho (2004).

texto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y b) porque en su versión emancipadora, el Derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables.

3. *Antecedentes del pluralismo jurídico, contexto global y emancipación*

El objetivo básico de Antonio Carlos Wolkmer es encontrar un nuevo criterio de racionalidad que permita explicar la complejidad de la realidad social latinoamericana (lo que él mismo denomina un nuevo paradigma societario de producción normativa). Y cree verlo en un nuevo concepto de pluralismo jurídico⁶. No obstante, desde el principio hay que incorporar algunos puntos importantes en el proceso de elaboración teórica del mismo:

- En primer lugar, el fenómeno de pluralismo jurídico no es nuevo. La diferencia ahora reside en las particulares características que adquiere con el nuevo contexto determinado por los procesos globalizadores. Históricamente, dentro de la tradición occidental, la Edad Media fue un ejemplo de la concurrencia de diferentes órdenes normativos con rango de Derecho, como fueron el Derecho señorial, el Derecho canónico, el Derecho burgués y el Derecho real. Ninguno tenía el monopolio de la producción jurídica. Durante los siglos XVII y XVIII, los diversos sistemas legales se fueron integrando en una legislación común con el desarrollo de un Estado unificado y centralizador. Fue en este periodo cuando se va pasando hacia la autoridad de la legalidad, de la ley. Pese a la primacía y la pretensión de monopolio del Derecho estatal que negaba esa cualidad jurídica a otros órdenes normativos⁷, entre finales del

⁶ El autor lo delimita y define como «la multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio socio-político, impulsados por el conflicto o por el consenso, oficiales y/o no oficiales, teniendo su razón de ser en las necesidades existentes, materiales y culturales». Wolkmer (1994), pp. XII y 195.

⁷ Oscar Correas (2003), p. 109, señala que la juridicidad no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar, un sistema normativo (en este caso el estatal) sobre cualquier otro al que se arroja a la antijuridicidad».

siglo XIX y mediados del siglo XX hubo una fuerte reacción como alternativa al normativismo estatalista por parte de las doctrinas pluralistas como las de Gierke, Hauriou, Santi Romano, Del Vecchio, Ehrlich, Gurvitch, Griffiths, Thome, Rouland, Sally Falk Moore, Masaji Chiba y Vanderlinden, entre muchos otros (Wolkmer 2003, p. 250). Estos autores daban cuenta de la existencia de diferentes formas, sistemas y subsistemas jurídicos con dinámicas de funcionamiento distintas a las propias del Derecho del Estado.

Actualmente, nos encontramos con un resurgimiento y un mayor protagonismo de órdenes y teorías que reflejan la dimensión plural del fenómeno jurídico. Ahora lo que ha cambiado es el contexto mundial, marcado por la nueva fase de desarrollo del sistema capitalista y la división estructural que ha provocado en el orden internacional. Y con él pasamos al siguiente punto a tener en cuenta.

- En segundo lugar, tal como señala José Eduardo Faria, el sistema capitalista de la «economía-mundo» está dominado por una lógica económica global avasalladora en donde los mercados transnacionales multiplican las capacidades de actuación normativa de empresas, instituciones y conglomerados comerciales, mientras que se ponen en jaque los principios básicos de la soberanía de los estados. Estos pierden progresivamente el control de la coherencia sistemática de sus leyes y acaban sometiendo sus ordenamientos a la competencia de otros ordenamientos procedentes tanto de organismos multilaterales de centros transnacionales como de centros regionales y locales. Nos encontramos con una situación de policentrismo normativo, con nuevas formas de organización de la división internacional del trabajo, nuevos patrones de acumulación y una movilidad ilimitada de la circulación de los capitales financieros (Faria 2001).

Según Antonio Carlos Wolkmer el pluralismo jurídico liberal burgués defendido a mediados del siglo XX, está siendo reintroducido como la nueva estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial. Las principales tendencias son: la descentralización administrativa, la integración de mercados, la globalización y acumulación flexible del capital, la formación de bloques económicos, las políticas de privatización y de ajuste

estructural, la dirección informal de servicios y la regulación social supranacional, etc.

En realidad, los países latinoamericanos se ven afectados por esta estrategia en cuanto que sus economías se hacen dependientes al ser controladas desde el siglo XVI por las condiciones y los juegos de intereses del capital dominante. Nuestro autor indica las particularidades de un país como Brasil en donde su sistema normativo reproduce los esquemas institucionales estatistas de los países del Norte, pero con los límites que el capitalismo periférico implica al establecer un modelo de desarrollo cuyo contenido se caracteriza por la subordinación, la sumisión y el control de las estructuras socio-económicas y político-culturales locales nacionales a los intereses de las transnacionales y de las economías de los centros hegemónicos. Por ello, las condición de dependencia de los países periféricos evidencia cada vez más la complejidad y las contradicciones entre el Centro y la Periferia, el Norte rico y el Sur pobre, concurrendo no sólo causas externas a los países periféricos, sino también condicionantes internos (p.e. la participación y la connivencia de una elite local en el control transnacional de sus economías) (Wolkmer 2006).

Siguiendo la tipología de Juan Ramón Capella, de los cuatro tipos de sociedades en función del papel que desempeñan en la división internacional del trabajo, Brasil combina socialmente tanto las características de los países situados dentro de la «periferia económica» del centro, como del mundo dejado de lado o de la «periferia extrema» (Capella 2004, p. 15). Si medimos los efectos de esta ubicación por medio de la variable inclusión/exclusión aplicada a su población y a la forma como se relacionan con el Estado, nos encontramos con que sus ciudadanos se pueden incardinar dentro de los tres tipos de sociedad civil que, según Boaventura de Sousa Santos conforman la estratificación de las sociedades modernas y que, además, el neoliberalismo está potenciando: a) una *sociedad civil interna* minoritaria y privilegiada, que forma parte del círculo interno del Estado y que saca el máximo provecho del mercado y las fuerzas económicas que lo mueven; b) una *sociedad civil extraña* que se encontraría en un círculo intermedio alrededor del Estado y con distintos niveles de inclusión y exclu-

sión social; y c) una *sociedad civil incivil*, cada vez más mayoritaria, que es la que conforman quienes están totalmente excluidos, incluso se les rechaza y no tienen ningún tipo de derecho reconocido (Sousa Santos 2004, p. 360).

Curiosamente, aunque parezca paradójico, la implantación en América Latina de una economía dependiente junto con las consecuencias sociales de exclusión que conlleva, no ha impedido que vaya acompañada de la incorporación y la reproducción del modelo jurídico estatal-positivista. El paradigma del Derecho tradicional que se identifica con la ley como producción exclusiva del Estado, es el mismo modelo que viene dominando oficialmente tanto a los países centrales avanzados como a los países latinoamericanos de la periferia, independientemente del grado de riqueza o pobreza que cada uno de ellos posea. De ahí que en este libro que estoy presentando, Antonio Carlos Wolkmer haga un análisis y una descripción de las especificidades que la cultura jurídica brasileña estatalista ha tenido a lo largo de su historia, sobre todo, a partir de la colonización y conquista portuguesa, subrayando las carencias en su atención a las necesidades de una población general y sistemáticamente ignorada y marginada.

Lo que se puede deducir de ese recorrido histórico es que, a pesar del predominio oficial del Derecho estatal, la pluralidad normativa y cultural es uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica latinoamericana y brasileña. La existencia de poblaciones indígenas originarias ha marcado la relación de estos colectivos con los estados del continente. Junto con este pluralismo jurídico colonial marcado por el conflicto entre órdenes jurídicos indígenas y el orden estatal, han ido apareciendo otras expresiones de pluralismo debido tanto a la ineficacia del modelo occidental del Derecho como a las extremas situaciones de exclusión social. Ahora bien, el iusfilósofo brasileño, más allá del origen y la evolución del pluralismo jurídico en la región, considera que lo realmente importante reside en la necesidad de construir una nueva interpretación de su naturaleza, dadas las especiales características del contexto global en el que se sitúa América Latina.

- Por esta razón, y en tercer lugar, interesa el tipo de pluralismo del Derecho por el que apuesta Antonio Carlos Wolkmer. El

autor nos habla de un pluralismo jurídico conservador y un pluralismo jurídico emancipador. El primero se construye haciendo inviable la organización de los grupos sociales e impide la participación ciudadana al aplicarse bajo un prisma autoritario y despótico. Expresiones concretas son: el corporativismo medieval, el pluralismo burgués liberal y el intento actual global de pluralismo transnacional que el neoliberalismo y el neocolonialismo de los países de capitalismo central avanzado están implantando bajo la lógica del mercado. El segundo, como *estrategia progresista de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base* (Wolkmer 2003, p. 253). Se trata de una propuesta de un tipo de pluralismo jurídico participativo e integrador que refleje las estructuras sociales dependientes. Frente a un pluralismo construido desde arriba, por quienes controlan el poder político, cultural y económico dentro de los procesos hegemónicos de globalización, ahora Wolkmer interpela un pluralismo del Derecho desde abajo, de los propios sujetos colectivo y fundado en el desafío de construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre la voluntad general y los intereses particulares.

4. Críticas y aclaraciones

De la propia lectura de este libro y de la lectura de otros diversos trabajos del autor, se pueden deducir varias ideas que, según mi parecer, no han sido correctamente captadas por los críticos de sus planteamientos.

Antonio Carlos Wolkmer, no pretende minimizar el Derecho estatal. Es un Derecho necesario pero no suficiente. Además, apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. Sí es cierto que es fundamental e importante, pero cuando se habla de pluralismo jurídico, éste cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas con relación al poder estatal, sino también prácticas normativas oficiales y formales junto con prácticas no oficiales e informales (Wolkmer 2003, p. 251). Desde el principio hay que manifestar que de la misma manera que nos podemos encontrar con manifestaciones jurídicas estatales con características conservadoras, autoritarias y des-

pólicas y con muchas otras de corte progresista y emancipador, lo mismo sucede con otras expresiones jurídicas no estatales. Puede haber un Derecho no estatal despótico y excluyente, así como puede haber un Derecho no estatal que es expresión de relaciones sociales incluyentes, solidarias y participativas que son quienes realmente interesan al iusfilósofo brasileño.

En esta dirección han ido algunas de las críticas que se le han hecho al tipo de pluralismo jurídico que Antonio Carlos Wolkmer propone. Por ejemplo, los brasileños Agostinho Ramalho Marqués Neto (1992, pp. 37-53) y Lédio Rosa de Andrade (1996, pp. 312 ss.), destacan el peligro de que lo conciba de una manera demasiado optimista, pues no todo lo que nace en el seno de los colectivos sociales es positivo y emancipatorio. En concreto, señalan que su noción de *Derecho comunitario-participativo*, defiende la prioridad de la justicia sobre el concepto de Derecho estatal, otorgando en ocasiones demasiada santidad y pureza al horizonte de sentido de los colectivos populares e ignorando la situación de manipulación y control social en la que se encuentran, en muchos casos por grupos criminales generalmente ligados al narcotráfico que imponen su despiadada ley y sus totalitarios mecanismos punitivos de resolución de conflicto (Cárcova 1998, pp. 98 ss.).

En este mismo sentido, Luciano Oliveira también remarca que muchas de las manifestaciones del Derecho de las favelas cristaliza en prácticas de dominación que sistemáticamente violan los derechos humanos, incluso en muchas comunidades empobrecidas, se suele utilizar la *ley de Lynch* o de linchamiento (Oliveira 1992). Por esta razón, hay quienes adoptan posturas de carácter más garantista al concebir la constitución y los derechos fundamentales por ella reconocidos, como los únicos referentes de interpretación judicial y las únicas instancias que facultan la legalidad o ilegalidad tanto formal como material de las normas⁸. Incluso se dice que el problema no debe situarse en la búsqueda de un nuevo derecho, sino en transformar el derecho positivo vigente. La acción ha de desarrollarse, por tanto, en el nivel de lo instituido⁹.

Nuestro autor, tal como indiqué arriba, en todo momento deja claro que no va en contra del Derecho del Estado, ni mucho menos del Esta-

⁸ Es el caso de Merlin Cleve (1993), pp. 46 ss. que apuesta por la búsqueda de una constitución normativa efectiva e integral.

⁹ Esto dice Jacinto Nelson de Miranda Coutinho según manifiesta Rosa de Andrade (1998), p 52.

do de Derecho, sino, principalmente de su inobservancia y, sobre todo, en las sociedades periféricas, por su insuficiencia y, en ocasiones, por su ausencia. Además, declara la ilegalidad de determinadas normas que se encuentran en una clara situación de inconstitucionalidad, utilizando los mismos mecanismos interpretativos que el ordenamiento jurídico ofrece. En concreto, su crítica al Derecho dominante es una crítica contra determinada manera de entenderlo, interpretarlo y aplicarlo. Su más clara manifestación es el formalismo jurídico que, por lo general, es dictado y defendido por segmentos sociales hegemónicos que actúan sistemáticamente en perjuicio de la mayoría de la población, sin considerar la situación social, cultural y económica en la que se encuentran¹⁰.

No se trata de que se impugne en bloque al formalismo, desproporcionadamente y sin excepciones como algunos creen entender, sino aquella vertiente paleo-positivista de la legalidad que se reduce a una sujeción formal y olvida una sujeción sustancial del Derecho, permitiendo prácticas que favorecen el crecimiento de los grandes poderes y que limitan la libertad y la dignidad de los ciudadanos de a pie¹¹.

Parece como si el hecho de que se denuncie la insuficiencia del Derecho estatal y la lógica procedimentalista que lo apoya, ya implica su rechazo absoluto. Y de la misma manera que existen múltiples expresiones de derecho estatal totalitario también sucede con múltiples manifestaciones jurídicas no estatales. El propio Antonio Carlos Wolkmer nunca ha negado este hecho. En América Latina nos encontramos con ejemplos de esferas sociales donde todavía existe una conciencia de pluralidad de niveles de organización que no está aniquilada por el imaginario del Estado y que muestran sus límites. Pero también, incluso en la modernidad periférica latinoamericana, muchas unidades sociales disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos que no tienen por qué ser alternativas plurales al funcionamiento legal del Derecho estatal (Neves 1994, p. 83). Que no lo sean tampoco quiere decir que automáticamente dejen de ser expresiones jurídicas. En una época de tantos cambios donde el mundo cada vez más se globaliza y, a la vez, se fragmenta, una perspectiva pluralista y no monista del Derecho permite una mejor explicación de la incesante red de sentidos y la multiplicidad de centros, de poderes y de actores que confluyen con roles diversos¹². Resulta un error imper-

¹⁰ Rosa de Andrade(1996), pp. 330-331; y (1998), pp. 42 y 49, 58.

¹¹ En este sentido, López Calera (1997), pp. 34-35.

¹² Como ejemplo de esto, Sousa Santos (1998).

donable tanto rechazar en su totalidad tanto el Derecho oficial y el papel garante del Estado como reducir cualquier manifestación de lo jurídico al patrón estatalista. Toda absolutización de cualquier elemento de la realidad, anula la perspectiva general y confunde el todo con la parte, ya sea ese elemento el Estado, la sociedad, el Derecho estatal, la forma jurídica o el mercado.

5. *Hacia un nuevo paradigma social de producción normativa:
pluralismo emancipador*

Para constituir conceptualmente lo que el iusfilósofo brasileño entiende por pluralismo jurídico emancipador al que denomina *Derecho comunitario participativo*, y que trata de vincularlo en todo momento con las prácticas sociales de los excluidos, utiliza cinco campos de efectividad que a continuación describiremos brevemente: dos materiales que se refieren a los contenidos y a los elementos constitutivos, y tres formales, de ordenación práctico-procedimental. Los primeros son la emergencia de nuevos sujetos colectivos y la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales. Los de emergencia formal se concretizan en: la reordenación del espacio público mediante políticas democrático-comunitarias descentralizadoras y participativas, el desarrollo de una ética de la alteridad y la construcción de procesos para ejercitar una racionalidad emancipadora (Wolkmer 1994, pp. 207-209).

- 1.º) Sobre los nuevos sujetos colectivos de juridicidad hay que decir que Antonio Carlos Wolkmer los define como aquellos estratos sociales participativos y generadores de producción jurídica, dando forma y priorizando lo que se denomina «nuevos movimientos sociales». Son «nuevos» en contraposición a los tradicionales «sujetos individuales» abstractos (Wolkmer 1994, pp. 210-211). Lo más destacable es que los considera como un sujeto vivo, actuante y libre, que se autodetermina, participa y modifica la mundialidad del proceso histórico-social. Está compuesto por una pluralidad concreta de sujetos diferentes y heterogéneos y no lo entiende como aquellas identidades humanas que siempre han existido por criterios de clase, sexo, etnias... Siguiendo la lógica de libera-

ción, son sujetos inertes, meros espectadores que pasan a ser sujetos emancipados y creadores de su propia historia. Pero lo que es más importante, sus acciones no se reducen a implantar los criterios que como grupo poseen, sino a hacerlos confluir en el seno de un clima democrático y participativo (Wolkmer 1994, pp. 210 ss.).

- 2.º) En cuanto al sistema de necesidades humanas fundamentales, Wolkmer despliega un intento de concretizar aquello que todo ordenamiento y discurso normativo debe regular y tener en cuenta. El autor no se refiere exclusivamente a las necesidades entendidas como simples carencias sino como aquel sentimiento, intención o deseo consciente que envuelve las exigencias valorativas y que motiva el comportamiento humano para la adquisición tanto de niveles materiales como inmateriales considerados asimismo esenciales (Wolkmer 1994, p. 216). Tenemos que Antonio Carlos no se queda en el nivel de las necesidades necesarias, sino que también abarca muchas otras englobadas dentro de un espectro más completo de lo que supone la vida humana. De esta manera, dentro del concepto de necesidades humanas fundamentales incluye tanto a las necesidades sociales o materiales, como a las existenciales o de vida, las de subsistencia y las culturales (Wolkmer 1994, pp. 216-217)¹³. También destaca el papel dado por Agnes Heller a las denominadas necesidades radicales, que dentro del proceso, poseen el germen de las transformaciones sociales. Es más, Wolkmer afirma que la propia lógica de la modernidad basada en la industrialización, en el capitalismo y en la democracia, está impulsada por una fuerza motivadora que instaura una «sociedad insatisfecha» delineada por mudanzas continuas e interacciones entre individuos y colectivos humanos (Wolkmer 1994, pp. 216 ss. Y 220-221). El potencial emancipador nace, se gesta en el impulso que la propia sociedad despliega. Hay que tener en cuenta que este autor,

¹³ Las «estructuras de las necesidades» se refieren tanto a la falta de privación de los objetos como a la ausencia de subjetividad de algo inmaterial relacionado con el deseo, las normas, las acciones, las formas de vida, los valores... Wolkmer (1994), p. 218. Observamos que tanto la dimensión de la autonomía como la dimensión referida a las condiciones de posibilidad de existencia son indivisibles.

como muchos de los integrantes del Direito Alternativo, parte de una visión dialéctica del proceso de desarrollo del todo social. Él mismo se preocupa en dejar claro que la nueva cultura jurídica de este nuevo pluralismo no se construye a partir de una razón metafísica o sujeto en cuanto esencia en sí, sino que nace de un «sujeto histórico-en-relación». La preocupación por la alteridad la considerada como realidad social, nacida dentro del proceso, dentro de los espacios de confrontación social¹⁴.

- 3.º) En la reordenación de la política del espacio público, son la democracia, la descentralización y la participación las principales estrategias que se han de ejercitar. Wolkmer se preocupa por ofrecer un marco procedimental adecuado que canalice la polarización y el conflicto social. La libertad no hay que limitarla, sino que, más bien, hay que potenciarla, incrementarla. Determinada herencia ilustrada está presente. El derecho a tener derechos y la posibilidad de disfrutarlos necesita el apoyo de un procedimiento democrático y participativo que permita la argumentación para discutir las demandas de las partes y la satisfacción de sus necesidades (Wolkmer 1994, pp. 222 ss.). Se debe radicalizar el pensamiento en la búsqueda de modelos concretos que posibiliten el transcurso pacífico de la dinámica social.

¹⁴ Wolkmer (1994), p. XVI.

Sobre la problemática de las necesidades, interesante es el planteamiento del filósofo y economista Hinkelammert (1984). El autor en *Crítica a la razón utópica*, distingue entre lo que son las «preferencias» de lo que son las «necesidades». Considera que el ser humano, además de ser un sujeto práctico, antes que nada es sujeto vivo (Hinkelammert (1984), p. 239). Es el a priori a partir del cual concibe los fines y se encamina a ellos. Por medio de los proyectos jerarquiza los fines. Los criterios de ordenación están encaminados a satisfacer las necesidades. «Para vivir hay que poder vivir, y para ello hay que aplicar un criterio de satisfacción de necesidades a la elección de fines.» (Hinkelammert (1984), p. 240) Y para asegurar que todo proyecto de vida se realice, hay que proporcionar y garantizar el alimento, el vestido, la casa.... Por eso, el sujeto, que sí es libre para satisfacer las necesidades, no lo es para elegir las. Son las necesidades las que dan el criterio básico a la libertad. Es aquí cuando entran a escena las «preferencias». Vendrán a ser sentimientos, deseos humanos que se incorporan una vez que el mínimo vital se ha cubierto. De esta forma, si la «satisfacción de las necesidades hace posible la vida; la satisfacción de las preferencias, las hace agradables. Pero para poder ser agradable, antes tiene que ser posible.» Hinkelammert (1984), p. 241.

- 4.º) En la ética concreta de la alteridad es cuando acude al pensamiento de Enrique Dussel. La situación de crisis de valores en que nos encontramos requiere una urgente formulación de un nuevo orden de valores éticos. Refiriéndose a la ética del discurso de Apel, en la línea de Dussel, señala que implica la existencia de seres humanos competentes, libres, conscientes y maduros, condiciones difíciles de mantener en el mundo periférico. No se trata de rechazar su proyecto ético basado en principios fundantes universales, pero sí hay que circunstanciar, concretizar y contemplar los valores éticos particulares inherentes a específicas formas de vida. Es necesario avanzar en una ética concreta de la alteridad que rompa con los formalismos técnicos y los abstraccionismos metafísicos y que sea expresión de los auténticos valores culturales y de las condiciones histórico-materiales del pueblo sufriente de la periferia (Wolkmer 1994, pp. 238-239). La ética de la liberación de Dussel con sus dos categorías «Totalidad/Exterioridad» puede ofrecer un material instrumental interesante. Ahora bien, no hace falta acudir a una instancia que se encuentre más allá del proceso. Las concepciones valorativas surgen y emergen de las propias luchas, de los propios conflictos entre los intereses y las necesidades de los sujetos individuales y colectivos. El cuño libertario, al estar inserto en las prácticas sociales y ser producto de ellas evita caer en pre-ontologismos fantasmáticos (Wolkmer 1994, p. 240). Nuestro autor habla de acudir a las categorías teóricas de la filosofía de la liberación para poder expresarse mejor el fenómeno.¹⁵
- 5.º) Por último, en cuanto a la racionalidad emancipadora, Wolkmer reitera que, frente a lo que Habermas piensa, no existen *a priori* fundantes universales de donde nacen los procesos de racionalización, sino que nacen en el seno de la contingencia directa entre los intereses y las necesidades que confluyen en la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación (Wolkmer 1994, p. 252). La realidad de la vida concreta y sus condiciones de posibilidad conforman el punto de partida que genera cualquier racionalidad.

¹⁵ Wolkmer (1994), p. 240. En este sentido, Sánchez Rubio (1999); y Torre Rangel (2004).

Bibliografía

- ARDILA, Edgar (2002): «Pluralismo jurídico: apuntes para el debate», en *El otro Derecho*, n.º 26-27 (Monográfico *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*), Bogotá: ILSA.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton y de Carvalho, Salo (orgs.) (2004): *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CAPELLA, Juan Ramón (2004): «La globalización: ante una encrucijada político jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Monográfico *Law and justice in a global society*) IVR.
- CÁRCOVA, Carlos María (1998): *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta.
- CORREAS, Óscar (2003): *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México D.F.: Fontamara.
- EBERHARD, Christoph (2002): «Derechos humanos y diálogo intercultural», en Manuel Calvo (coordinador), *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- FARIA, José Eduardo (2001): *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A., (eds.) (2003): *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- HINKELAMMERT, Franz (1984): *Crítica a la razón utópica*, San José: DEI.
- JULIOS, Alfonso de (2004): «Culturas jurídicas y globalización. Presupuestos metodológicos de un derecho cosmopolita», en *Derechos y libertades*, n.º 13, enero/diciembre.
- LE ROY, É. (1998): «L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité», en A. Lajoie, R. Macdonald, R. Janda y G. Rocher (eds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles: Bruylant/Thémis.
- LIMA Y LOPES, José Reinaldo de (2003): «Derecho de las desigualdades: en torno a las formas no universales de pluralismo jurídico», en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (1997): «¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?», en *Claves de razón práctica*, n.º 72, mayo.
- MARQUÉS NETO, Agostinho R. (1992): «Direito alternativo e marxismo. Apuntes para um reflexo crítica», en *Revista de Direito alternativo*, n.º 1.
- MERLIN CLEVE, Clémerson (1993): «A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para una dogmática constitucional emancipatória)», en *Direito Alternativo, Seminário Nacional sobre uso alternativo do Direito*, Río de Janeiro.

- NEVES, Marcelo (1994): «Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicancias en América Latina», en *El Otro Derecho*, n.º 16, ILSA.
- OLIVEIRA, Luciano (1992): «Ilegalidade e direito alternativo», en *Ensino Jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas*, OAB, Brasília.
- PALACIO, Germán (1993): *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- ROSA DE ANDRADE, Lédio (1996): *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*, Porto Alegre: Edit. Livraria do Advogado.
- (1998): *O que é Direito Alternativo*, Florianópolis: Obra Jurídica.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (1999): *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao: Desclée de Brouwer.
- (2002): «Sobre el Derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad», en Jesús Antonio de la Torre Rangel (ed.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Porrúa/ITESO/UAA.
- SORIANO, Ramón (1999): *Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (1998): *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- (2004): «El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Monográfico *Law and justice in a global society*) IVR.
- TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la (2004): *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación*, Sevilla: MAD.
- WOLKMER, Antonio Carlos (1994): *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no Direito*, São Paulo: Alfa-Omega.
- (2003): «Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina», en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- (2003): *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá: ILSA.
- (2006): *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla: MAD.

