

PLURALISMO JURÍDICO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Óscar Correas

*Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Nacional Autónoma de México.*

SUMARIO: I. *La Teoría General del Derecho y el derecho.*—II. *La Teoría General del Derecho y la Sociología Jurídica.*—III. *Algunos hechos.*—IV. *La interpretación tradicional de los fenómenos de pluralismo normativo.*—V. *Pluralismo normativo, alternatividad y subversión:* A) Pluralismo normativo. B) Órdenes o sistemas normativos alternativos. C) Órdenes o sistemas normativos subversivos.—VI. *La elisión de la pregunta por la juricidad.*—VII. *Los sistemas normativos llamados jurídicos.*—VIII. *La juricidad de los órdenes normativos alternativos. La soberanía.*—IX. *Pluralismo jurídico, derecho alternativo y órdenes o sistemas jurídicos subversivos. Hegemonía y subordinación*

I. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y EL DERECHO



A Teoría del Derecho contemporánea tiene vocación de universalidad, y por eso se la conoce como *general*; se la llama Teoría *General* del Derecho (en adelante TGD), y con ello se quiere designar una disciplina que tiene por objeto construir los conceptos necesarios para estudiar eso que la propia teoría denomina *derecho*. Los conceptos de esta teoría serían utilizados, se supone, por una ciencia que *describe* normas, y que es denominada, o bien Ciencia Jurídica, o bien Dogmática

Jurídica. Lamentablemente, casi ninguno de los cultores de la TGD ha pensado que sus conceptos debieran servir a otras ciencias que también tienen como objeto el fenómeno jurídico, como la Sociología Jurídica, la Historia del Derecho o la Antropología Jurídica. Si lo hicieran, algunos conceptos utilizados actualmente necesitarían ser retocados.

La TGD contemporánea, sin buenas razones —aparentemente—, se ha autolimitado a ser la teoría de la Dogmática Jurídica, disciplina a la que los teóricos suelen considerar como la *única* ciencia jurídica posible, o, al menos, como la única ciencia que debería utilizar sus conceptos. Vale la pena reflexionar sobre esta autolimitación, porque es poco frecuente entre las teorías de objetos sociales. En efecto, la Sociología, por ejemplo, pero también la Historia, y últimamente la Semiótica, tienen vocación imperialista; es decir, pretenden ampliar sus puntos de vista hasta abarcar muchos fenómenos sociales, si es que no todos. Por eso llama la atención esta aparente vocación reductivista de la TGD, que ha menospreciado el contacto con esas otras ciencias jurídicas, a las que relega precisamente por *no jurídicas*.

La autolimitación de la TGD es también exótica, si se piensa que el primer y mayor teórico del derecho del siglo xx, Hans Kelsen, no desdeñó los estudios de otras ciencias, como la Antropología y la Política, por ejemplo; pero también la Psicología y la Sociología, y, bien por el contrario, se aproximó a ellas desde su propia Teoría del Derecho, realizando aportes notables. ¿Por qué no siguió la TGD el ejemplo de este gran pensador? ¿Por qué los cultores de la TGD han preferido acortar el campo de su influencia, de sus preocupaciones, de su curiosidad intelectual?. La respuesta no puede ser sino política: la TGD ha preferido convertirse en la justificación teórica de la Dogmática Jurídica, y con ello en apologista del estado moderno.

Esta autolimitación de la TGD ha corrido al parejo con otro lamentable desconocimiento: el del derecho por parte de muchos sociólogos. Lo cual es extraño, si se piensa en el papel otorgado al fenómeno jurídico por Max Weber o Durkheim, de quienes nadie podría decir que no son paradigmas de sociólogos. Lo cierto es que esta otra ignorancia, es un segundo pilar de este lamentable desencuentro entre el derecho, su teoría, sus teóricos y su ciencia por una parte, y el resto de los fenómenos sociales y sus teóricos y científicos por la otra.

Creo que la parte de responsabilidad que les toca a los juristas es la peor: si el estudio del derecho es eso que hacen los juristas dogmáticos, se comprende que los otros científicos no se ocupen de ello. Pero estos últimos lamentablemente no saben que la TGD no tiene nada que ver con la ideología domi-



nante entre los juristas. Como, por su parte, los teóricos del derecho no se han ocupado de disipar la confusión, el estado actual de relaciones, que nunca debieron cortarse, es lamentable.

Pero tampoco la situación es como para absolver a los otros científicos sociales, que tampoco han tenido la preocupación de contrastar sus ideas acerca del derecho, con las de algunos, lamentablemente pocos, autores que, como Kelsen, han presentado a la teoría del derecho como parte de una reflexión acerca del hombre, del poder, de la libertad. También provoca estupor el nivel de ignorancia, no ya acerca de la teoría, sino acerca del fenómeno social mismo, es decir, el derecho positivo. Resulta llamativo lo grosero de los conceptos que suelen utilizar, si se los compara con la finura de los de la TGD actual.

Por otra parte, la TGD, negándose al diálogo con otras ciencias, pierde la oportunidad de mejorar sus conceptos. Porque, como es de suponerse, la investigación de un fenómeno tan complejo como es la normatividad, amplía casi cotidianamente el espacio que se ven obligados a concederle los otros científicos sociales. Y esta constante ampliación, no sólo sucede al margen de la excelente base para la reflexión de la que ya dispone la TGD, sino que va dejando, a la propia TGD, por detrás de sus propias posibilidades de desarrollo.

Este artículo, entre otras cosas, pretende mostrar el mutuo beneficio que obtendrían, tanto la TGD como las demás teorías y ciencias sociales, de un mayor acercamiento entre sus cultores. Pretende, también, mostrar las trampas metodológicas a las que recurre la TGD —o mejor, sus cultores—, para estar en condiciones de negarse a reflexionar sobre el mundo social tal cual es visto por las otras ciencias. Desde luego, no ignoro que, si en el fondo hay una cuestión política, si esta autolimitación de la TGD se consigue gracias a algunas trampas, entonces no debe esperarse un cambio de actitud de la mayor parte de los teóricos. Pero sí puede esperarse un cambio de actitud de los demás científicos sociales, que bien podrían aprovechar los resultados hasta aquí conseguidos por la TGD. Y, por qué no, también puede esperarse que algunos teóricos del derecho, con mayor espíritu crítico, sin pretensiones de servir al Estado moderno, sin esperanzas de, por eso mismo, adquirir mejores posiciones institucionales, se preocupen por el desarrollo de la TGD, de manera que ésta pueda también convertirse en teoría de otras ciencias sociales que no sean la Dogmática Jurídica. Tal vez tuvieran mejor suerte que los teóricos tradicionales; porque, como lo prueba el estado real de la Dogmática Jurídica, la TGD tampoco, en realidad, ha conseguido llamar la atención de los juristas. Si los sociólogos la ignoran, también ellos lo hacen. La TGD, paradójica y patéticamente, se

postula como la teoría de una ciencia que nadie quiere cultivar. Su pretensión de decirle a los juristas cómo tienen que hacer si quieren que lo suyo sea ciencia, hasta hoy, ha caído en el vacío: los dogmáticos del derecho se cuentan entre los más ignorantes de la TGD. Más les valiera a los teóricos del derecho el diálogo con las otras ciencias sociales; es muy posible que tuvieran mejor suerte.

Pero la TGD es buena, precisamente porque en su núcleo fundamental, en el pensamiento de Hans Kelsen, por ejemplo, existen las bases más firmes para la crítica del derecho. Para ello no hay más que extraer todas las consecuencias de la teoría. Y se encontrará que, desde sus propios postulados, se arriba a conclusiones que dejan sin sustento ideológico al estado moderno. Por eso es una buena teoría: porque contiene los elementos de su propia transformación. Del tránsito desde su actual condición apologética, hasta el pleno desarrollo de sus potencialidades críticas.

Las razones de ésta, su actual condición apologética, me parece que estriban en que la TGD se ha convertido en una observadora occidental-europea del fenómeno del poder y de su ejercicio a través de la normatividad. La TGD procede siempre, para forjar y afinar sus conceptos, teniendo como espectáculo el fenómeno normativo tal como éste se presenta —más bien *parece* presentarse— en el mundo capitalista desarrollado. Y ha terminado por creer que el *derecho*, como objeto de estudio, es *eso* que los teóricos tiene en mente cuando hablan de su objeto teórico. Es decir, ha olvidado que si bien toda teoría tiene el «derecho» metodológico de definir el objeto de la ciencia que funda, de todos modos sigue siendo cierto que toda teoría se hace necesaria porque hay algún fenómeno que llama la atención del pensamiento. Y ese fenómeno, oculto bajo la máscara del derecho, no es otro que el ejercicio del poder.

Y este reproche se funda en los propios principios que se encuentran en el corazón de la TGD; los principios positivistas que han sido sostenidos por los miembros de esta filosofía desde el primer momento: de lo que se puede hablar, teórica y científicamente, es sólo de fenómenos; de la «realidad»; sobre todo lo que no sea eso, se ha dicho, es mejor callar. Pues bien, la TGD nació de la necesidad de estudiar el fenómeno del ejercicio del poder a través del discurso normativo, que es el fenómeno social que la teoría ha intentado definir, y para la descripción del cual ha preparado sus conceptos. Y en este proceso de crecimiento, la TGD ha logrado buenas definiciones de «derecho». Pero luego se ha refugiado en la definición, consiguiendo olvidar que en el origen estaba el intento de aprehender un *fenómeno social*, cual es este ejercicio del poder a través del discurso prescriptivo. Y, olvidando la primera regla positivista,

hablar de fenómenos, ha arribado al fetichismo de su propia actividad: ha llegado a creer que, porque ha usado de su legítimo derecho a definir su objeto, éste ha quedado despegado de la realidad que fue su punto de partida. Esto es, fetichismo en el sentido de que su propia creación, el *concepto de derecho*, se le presenta ahora como un existente por sí mismo, imponiéndole la tiranía de su apariencia no social. No otra explicación tiene la exótica creencia de gran parte de los teóricos del derecho, de que todo lo que sea *social* es no-jurídico, no-objeto de su teoría o de su ciencia. Cada vez que se topan con lo social, lo declaran no perteneciente a su interés, materia de «otras» ciencias; que, por lo demás, y ésta es una conclusión política que no trepidan en imponer allí donde tienen suficiente poder, no deben tener cabida en las facultades de derecho.

La actitud verdaderamente científica, incluso auténticamente positivista, debió ser la contraria: la constante contrastación de los resultados de su ciencia con «la realidad», esto es, con el fenómeno social que está en el origen de sus preocupaciones. Si así hubieran procedido, y para ello hubieran los teóricos debido estar en permanente contacto con los otros científicos sociales, habrían caído en la cuenta de que sus precisiones y alambicadas explicaciones son funcionales solamente respecto de la forma en que se ejerce el poder en el mundo capitalista desarrollado, y eso bien discutiblemente. Hubieran caído en la cuenta de que su teoría no es «general», en el sentido de que estudiar *todas* las formas del fenómeno del ejercicio del poder por la vía del discurso normativo. Hubieran mejorado sus conceptos, y así no habrían llegado al punto en que, cualquier referencia a la realidad, les obliga a confesar que su teoría es válida sólo para esa pequeña parte del mundo, en vez de serlo, en «general», para toda forma de ejercicio del poder por la vía normativa.

La TGD debe contrastar sus resultados con distintas realidades normativas. De lo contrario, no poseerá las credenciales que todo buen positivista debe acreditar para pasar por científico y no por metafísico, como ellos mismos dicen. Este artículo pretende mostrar que tal contrastación pone en jaque los conceptos de la TGD. Pero, también, que en la propia teoría existen los elementos necesarios para pensar fenómenos normativos hasta ahora no incluidos en el espectáculo tenido en cuenta por los teóricos actuales. Que es lo que hace plausible a la teoría: la posibilidad de sortear con éxito las dificultades de su contrastación con la realidad. El resultado permitirá ver en qué puntos quedan puestos en entredicho sus conceptos, y en qué puntos éstos salen fortalecidos.

Desde luego que la «contrastación con la realidad» es ofrecida por la Sociología, en especial la jurídica, pero también por la Antropología y la Historia del derecho. Lo cual tiene el lamentable defecto de que, precisamente por



el divorcio entre estas actividades, el trabajo de los otros científicos sociales ha venido realizándose en el marco de ideologías jurídicas poco plausibles, al menos comparadas con la TGD actual, de modo que sus resultados deben ser de alguna manera retocados, o repensados, ya que se trata de datos y conclusiones relevados desde esas ideologías poco plausibles. Pero, de cualquier manera, esas actuales ciencias sociales son los únicos cuerpos científicos que permiten contrastar la TGD con alguna realidad social. No hay otras.

El procedimiento aquí propuesto consiste en utilizar resultados de las investigaciones sociológicas, antropológicas, históricas, para contrastarlos con los conceptos de la TGD. Esto supone que, a pesar de lo que digan los teóricos del derecho, sí existe un fenómeno social del que éste es nada más que una especie: el ejercicio del poder. Y este fenómeno social es únicamente accesible desde las ciencias sociales.

Es decir, supone aceptar que toda definición de un objeto científico no tiene otro objetivo que hablar de algo que existe como fenómeno. Por tanto, resulta tramposo, metodológicamente hablando, producir una definición teórica, para luego negarse a su contrastación empírica, con el argumento de que la ciencia habla del objeto definido y no de un objeto real. Es tramposo porque la aparente formalidad del derecho resulta de la definición formal del mismo. Mientras que, conforme con su papel en la sociedad, el derecho es sólo una de las formas posibles de ejercicio del poder; e, incluso, una de las formas *normativas* de ello.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La TGD ha sido refractaria a percibir a la Sociología Jurídica como otra ciencia a la que debía proporcionar conceptos teóricos. Kelsen, en cambio, pensaba, contra Weber, que los conceptos de la Sociología del Derecho debían ser producidos en sede de Teoría del Derecho y no de Sociología general¹. El razonamiento es simple y me parece que irrefutable: para hacer Sociología de algo hay que saber qué es ese algo. Para hacer Sociología del Derecho es necesario tener un concepto de derecho. Y éste, lo haga quien lo hiciere, siempre será un concepto propio de la Teoría del Derecho y no de la Teoría Sociológica. Lamentablemente, este buen consejo no fue seguido casi por nadie. Los

¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado y el Derecho*, México, UNAM, 1969, cap. XII.

sociólogos del derecho piensan que hacen una buena ciencia sin un buen concepto de *derecho*, y los teóricos del derecho no se han planteado producir un concepto de derecho útil para practicar la Sociología Jurídica, con el pretexto de que lo social es precisamente lo no-jurídico. El resultado ha sido un lamentable desencuentro que ha perjudicado a ambas ciencias.

De todos modos es cierto que los sociólogos y antropólogos jurídicos han relevado fenómenos que utilizaremos aquí para contrastar los conceptos de la TGD.

III. ALGUNOS HECHOS

En América Latina se conservan alrededor de 400 grupos indígenas que comprenden varias decenas de millones de personas, viviendo en comunidades en las cuales existen² normas que son distintas, y a veces contradictorias, respecto de las llamadas «estatales», es decir, las que producen e intentan hacer cumplir los gobiernos comúnmente reconocidos como los únicos y soberanos en esos territorios. Estamos, entonces, ante la existencia de grupos que regulan sus relaciones de manera distinta de lo ordenado por el sistema normativo que se acostumbra a llamar derecho. En México, por ejemplo, existen comunidades que tienen, además de su propio idioma, que en algunos casos es el único que hablan, sus propios procedimientos para producir normas; disponen de sus propios jueces, designados conforme con esas normas; tienen sus policías (en la mayor parte de los casos, desarmados), sus prisiones, sus procedimientos para nombrar a los gobernadores de la zona, mientras que sus normas son efectivas en un territorio que, cuando menos, comprende el poblado más sus zonas rurales. Y a veces se trata de comunidades que comprenden varios poblados. El estado mexicano, por su parte, reacciona frente a estas comunidades de distintas maneras. Por ejemplo, acepta dialogar con los funcionarios de esas comunidades, como si fueran funcionarios mexicanos, esto es, como si hubiesen sido elegidos o designados conforme con la constitución mexicana. Sin embar-

² *Existencia de normas* se usa aquí en el sentido de la teoría de Kelsen: una norma existente es una norma *válida*, y lo es cuando, además de haber sido producida conforme con el orden jurídico y por la autoridad competente, es efectiva en cierto grado, y pertenece a un sistema eficaz. Por otra parte, haremos la diferencia entre *efectividad* (el *hecho* del cumplimiento de las normas) y *eficacia*, (el *hecho* del cumplimiento de los *objetivos* de las normas). Véase, al respecto, JEAMMAUD, Antoine, «En torno al problema de la efectividad del derecho», en *Crítica Jurídica*, México, UAP, 1982, núm. 1, y CORREAS, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Coyoacán, 1994, cap. 8. Kelsen no habla de tal diferencia.



go, conforme con ella son, en realidad, usurpadores, cuando no delinquentes comunes (por ejemplo, cuando imponen penas privativas de la libertad a un miembro de la comunidad: en tal caso, para el sistema mexicano, serían privadores ilegales de la libertad, delito por cierto tipificado en el Código Penal). El estado dominante reclama, a veces, jurisdicción sobre algunos delitos, como el homicidio, pero no sobre otros, que permite sean juzgados por los tribunales comunitarios. Y, en un gran número de casos, el estado dominante no consigue ser obedecido, a veces por la simple razón de que no posee ni el interés ni la cantidad de funcionarios que requeriría la efectivización de su sistema jurídico.

Pero es también el caso de que hay comunidades, en número difícil de precisar, en las cuales existen normas que también son diversas de las del estado dominante, y que no son sociedades indígenas. Se trata de comunidades mestizas, de lengua castellana, que utilizan normas más bien de la época de la colonia, y que casi no mantienen costumbres que pueden atribuirse a sociedades precoloniales; aunque, por otra parte, suelen mantener un sistema comunal de tenencia de la tierra. Tienen también sus propias autoridades nombradas conforme con sus normas, sus jueces, su patrimonio, una administración del mismo también conforme con sus normas, y, por cierto, órganos de represión.

También existen porciones más o menos importantes de territorios bajo control de fuerzas insurgentes, que disputan el poder a los gobiernos de los estados que la TGD tiene como modelo. Esto sucedía en México, en 1995, en Perú, en Colombia, en Guatemala, y fue también el caso de la Nicaragua rebelde y, por cierto, el de Cuba. Pero también el de todos los países latinoamericanos en su guerra de independencia: en una parte del territorio reclamado por la corona española, y supuestamente bajo el sistema jurídico español, en realidad existía un sistema normativo impuesto por los insurgentes, allí donde éstos iban imponiendo su nuevo estado. Y, por cierto, éste no es un fenómeno exclusivo de América Latina. La situación se repite en el Irak curdo desde hace años, en Chechenia 1995, en Bosnia, en Afganistán, y en muchas otras porciones del planeta. En estos casos, y según el grado de desarrollo del proceso insurgente, existen no sólo normas, sino complejas organizaciones judiciales, estrictas administraciones de cosas y territorios, y claras reglas para elección o nombramiento de funcionarios. Por otra parte, esta realidad ha formado parte de países europeos que ya lo han olvidado, como la España que avanzaba sobre las posesiones árabes, «liberando» territorios en el mismo sentido que las guerrillas actuales usan el término «liberación». Que, por lo demás, también es el sentido en que lo usaban los insurgentes, entonces americanos en contra de esa España.

También existe el urticante caso de organizaciones, que llamamos criminales, como las mafias del narcotráfico, y que imponen su ley en algunos territorios latinoamericanos. Hay menos información sobre este fenómeno, posiblemente por el escándalo que supone reconocer que una parte del territorio está en manos de alguien a quien todos acuerdan en llamar delincuentes.

También hay núcleos de pobladores de algunas ciudades latinomamericanas, que arreglan sus conflictos al margen de los organismos del Estado. Se han revelado casos en los que existen complejos mecanismos de administración de justicia, como en las favelas de Río de Janeiro o en Recife³.

Existen también organizaciones populares, urbanas y campesinas, de lucha contra el gobierno, que se mueven conforme con normas propias, pero no son guerrillas en el sentido de detentar el control de cierta porción del territorio. Sin embargo, imponen ciertas normas a los miembros del grupo y, a veces, en ciertas parcelas. Y, en algunos casos, disponen de procedimientos y sanciones para vigilar su efectividad. En los casos en que estas organizaciones se constituyen para la toma de tierras o de espacios urbanos, no sólo se rigen por sus propias normas en el momento de esas acciones, sino que luego administran esos bienes conforme con normas que en el grupo se dan, y de acuerdo con lo resuelto por algunos miembros designados para administrar y resolver controversias.

También se han revelado casos curiosos de instituciones públicas, como universidades, que han generado normatividades propias a partir de consejos universitarios que no eran los establecidos por la ley de su creación. Alguna de las llamadas reformas universitarias, al calor de conflictos estudiantiles, consiguieron mantener durante años un régimen normativo producido por autoridades designadas conforme con normas producidas por la propia comunidad, al margen y en contra de la legislación que constituyó el origen de la universidad. Sin embargo, las autoridades elegidas conforme con esas normas «no-jurídicas», que, conforme con el derecho dominante, eran en realidad usurpadores de funciones públicas, fueron reconocidas por el gobierno quien, incluso, puso en sus manos el presupuesto destinado a la universidad; lo cual, visto desde el derecho dominante, constituía el delito de malversación de caudales públicos⁴.

³ Casos revelados por SOUSA SANTOS, Boaventura de K., «The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada», en *Law and Society Review*, 1977, núm. 12, pp. 5 y ss., «Os conflitos urbanos no Recife: o caso do Skylab», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 1983, núm. 19, pp. 9 y ss.

⁴ Un caso fue relevado por CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, en: «Universidad y política: un caso de doble juricidad», en *Crítica Jurídica*, México, UNAM, 1993, núm. 12, pp. 177 y ss.



IV. LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL DE LOS FENÓMENOS DE PLURALISMO NORMATIVO

Con los conceptos de la TGD actual, o, más bien, con el uso que de los mismos se hace comúnmente, los fenómenos que constituyen nuestros ejemplos, es decir, los que sirven para contrastar los conceptos teóricos, sólo pueden ser pensados como una cadena de delitos y usurpación de funciones.

En el caso de las comunidades indígenas, tenemos que ver a sus miembros como delincuentes; a sus autoridades, como usurpadores, puesto que no cabe duda de que, si los funcionarios comunales son elegidos conforme con sus propias normas, entonces no son funcionarios conforme con el sistema jurídico que puede ser reconocido merced a los conceptos de la TGD. Esto es así, aun en el caso de que luego los funcionarios del Estado los reconozcan como los funcionarios que deberían existir conforme con la Constitución. Al contrario, al reconocerlos, al pactar con ellos, incluso al otorgarles algún presupuesto oficial, cometerían delitos, como los de malversación de caudales públicos.

En el caso de los insurgentes, todos los latinoamericanos tendrían que decir que sus héroes fueron en realidad delincuentes. En el caso de kurdos y chechenos, la TGD no ofrece otros conceptos para pensar la represión de que han sido objeto, que los de la legalidad de esa acción, legitimando así el genocidio. *En efecto, conforme con la teoría tradicional, los gobiernos ruso e irakí no han hecho otra cosa que cumplir con su deber. Dejar de hacerlo, por el contrario, hubiera sido cometer el delito de incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, obligados por la ley a reprimir a los rebeldes.*

Pero esta interpretación, que contrasta con nuestra cultura, cuando menos en su parte no jurídica, no es lo más chocante. Lo es más la comprobación de que, diga lo que dijere la TGD, lo cierto es que, en tales territorios, para tales grupos humanos, las normas que se cumplen son otras distintas que las del derecho que se puede reconocer según la teoría. Es decir, usados así sus conceptos, la teoría es inservible para describir algo parecido a la realidad.

Acerca de este panorama complejo, la TGD no ha producido suficiente material, porque se ha desarrollado teniendo siempre como horizonte sistemas jurídicos simples, como los europeos. Trataremos, en lo que sigue, de brindar conceptos que permitan avanzar en la tarea de pensar y describir fenómenos más complejos, como los que aparecen en América Latina.

V. PLURALISMO NORMATIVO, ALTERNATIVIDAD Y SUBVERSIÓN

Los sociólogos del derecho han venido usando la expresión «pluralismo jurídico» para designar los fenómenos citados anteriormente⁵. Como éste es, en realidad, un trabajo de Teoría del Derecho, vale la pena hacer la diferencia entre normatividad y derecho, entre órdenes o sistemas normativos y órdenes o sistemas jurídicos, porque, precisamente, lo que está en juego es saber si esos fenómenos de normatividad son jurídicos o no. Daremos, por eso, un rodeo: no supondremos *ab initio* que se trata de órdenes o sistemas *jurídicos*, sino que diremos, solamente, que son órdenes o sistemas *normativos*.

A) PLURALISMO NORMATIVO

Usaremos la expresión *pluralismo normativo*, para designar el fenómeno que consiste en la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio, y que pertenecen a órdenes o sistemas normativos distintos. Queda aceptado que, como creo pacífico a esta altura del desarrollo de la TGD, un grupo de normas constituye un «orden», cuando las mismas son reconocidas merced a la utilización de una regla de reconocimiento o fundante —la *Grundnorm* de Kelsen—. Esto constituiría una definición estipulativa; la creación de un concepto, que debería, ahora, demostrar su pertinencia para estudiar la realidad. Nótese que las normas morales no reclaman obediencia en un territorio, sino que funcionan sobre la base del ámbito personal de validez.

Nos conformamos con hablar de pluralismo *normativo*, para dejar pendiente la cuestión de la juricidad. Hasta aquí, hablamos de órdenes o sistemas de normas, que podrían, o no, ser jurídicas, dependiendo del concepto que aceptáramos de *juricidad*.

Con esta definición podríamos decir que, por ejemplo, en el caso de las comunidades indígenas, estamos frente al fenómeno de órdenes o sistemas normativos, que pretenden obediencia en el mismo territorio en el cual lo mismo pretende otro conjunto de normas, que, hasta ahora, la TGD ha venido llamando «jurídico», con la pretensión de que es la única juricidad posible.

⁵ La expresión «pluralismo jurídico» es un caso notable de polisemia en ciencias sociales. Fenómenos muy diversos han sido nombrados con ella, incluyendo el caso de los estados confederales y el de la pluralidad de fuentes jurídicas. Principalmente han sido juristas europeos y estadounidenses quienes han usado la expresión en esos sentidos. Sobra decir que en este artículo hacemos un uso preciso, que no coincide con el uso hecho por esos juristas. Sobre los diferentes usos de la expresión, véase «Pluralisme juridique», en ARNAUD, André-Jean, (director): *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, París, LGDJ, 1944, 2.ª edición, pp. 446 y ss.

B) ÓRDENES O SISTEMAS NORMATIVOS ALTERNATIVOS

Por *orden o sistema normativo alternativo*, entenderemos aquí un conjunto de normas en el que puede detectarse al menos una, que obliga a producir conductas que, conforme con otro orden o sistema, que reclama obediencia en el mismo territorio, constituyen delito u otras formas de conductas antijurídicas. Es decir, se trata de normas cuya *efectividad* constituye delito conforme con las normas de otro sistema.

Se comprende que la alternatividad es un caso de pluralismo normativo. Existen dos sistemas, digamos «paralelos», pero, en este caso, uno de ellos contiene, al menos, una norma, que obliga a alguien a producir una conducta que, conforme con alguna norma del otro sistema, puede verse como infracción a este último.

Conforme con esto, no toda pluralidad normativa implica alternatividad. Podría darse el caso de que coexistieran dos sistemas, pero que no pudiera decirse que la obediencia a uno implica la infracción del otro. Aun en el caso de que las normas de ambos sistemas dijeran lo mismo, se trataría de dos y no de uno, porque existen dos normas fundantes o reglas de reconocimiento.

C) ÓRDENES O SISTEMAS NORMATIVOS SUBVERSIVOS

En algunos casos, de manera diferente que en el caso de la simple alternatividad, los órdenes o sistemas normativos le disputan la hegemonía al orden o sistema dominante. Es decir, en caso de ampliarse su eficacia, disminuirá la del otrora dominante, a veces hasta hacerlo desaparecer. Éste es el caso, ya olvidado en Europa, de las revoluciones que implican tal vez varios años de guerra. En América Latina ha sido el caso de Nicaragua no hace más de quince años, por ejemplo. Mientras que otros sistemas, que organizan la vida de los territorios ocupados por la guerrilla, por ejemplo, el de los zapatistas en el México de 1994-1995, no intenta suplantarlo al hegemónico, aunque sí hacerlo cambiar radicalmente. En efecto, esa guerrilla mexicana nunca dijo que pretendía fundar un nuevo estado.

Por tanto, algunos sistemas normativos alternativos serán subversivos, en el caso en que, si se amplía su eficacia, disminuirá la del otro sistema.

Este concepto implica un elemento empírico, o al menos *cuasi* empírico: el de la voluntad —de la cual no ha podido aún decirse que sea observable, «empírica»— de los funcionarios del sistema subversivo. En efecto, ¿cómo



sabríamos cuándo existe la intención de un sistema de suplantar totalmente al otro? La pregunta sólo podría contestarse con un recurso a la intención de los portavoces del movimiento. Éste sería un elemento sociológico al que habría que recurrir si no pudiera encontrarse la respuesta en las propias normas. Sin embargo, parece que podría decidirse sobre el carácter subversivo del sistema alternativo, en el caso de que las normas dijeran, por ejemplo, que se designarán nuevas autoridades en los territorios que se ocupen, y que esas autoridades tienen el deber de extender el territorio bajo su mando, hasta ocupar todo el territorio sobre el que pretende obediencia el otro sistema normativo.

El concepto tendría dificultades, sin duda, para su utilización en la práctica científica. Sin embargo, parece atinado disponer de alguna idea que permita distinguir diferentes casos, como lo son los sistemas normativos indígenas y los expresamente insurgentes.

VI. LA ELISIÓN DE LA PREGUNTA POR LA JURICIDAD

La pregunta aquí es si estos sistemas normativos pueden ser llamados jurídicos. Y, para ello, debe definirse la *juricidad*. La TGD ha procedido a la elisión de este problema, por la vía de dar por supuesto que la única juricidad posible es la que puede predicarse de esos sistemas normativos que constituyen el espectáculo, el fenómeno, para el estudio del cual ha generado los conceptos teóricos. Es aquí donde se detecta la trampa de la actitud fetichista de la que hablamos al principio.

La juricidad, acordemos, es algo que se predica de un sistema de normas, o de alguna norma individual. Parece aceptable, al menos por ahora, que existen distintas clases de fenómenos normativos, y los ejemplos extraídos de la Sociología y la Antropología lo ponen de manifiesto. La TGD ha procedido eligiendo uno en especial, el que estaba más cerca de los teóricos, y creó, para estudiarlo, un grupo de conceptos, que ha venido puliendo en los últimos decenios. Pero nunca se ha puesto en duda que esa elección haya sido la correcta. Sin embargo, bien podría hacerse. En efecto, ¿qué justifica que ciertos sistemas sean llamados «jurídicos» y ciertos otros «no jurídicos»? La TGD no se ha preocupado por esta cuestión, porque nunca apareció la necesidad epistemológica. Y no apareció, simplemente, porque no se ha formulado la pregunta explícitamente. Y no se ha formulado, porque el espectáculo tenido en cuenta para formular conceptos ha sido el de los sistemas normativos que se conocen

en el mundo capitalista desarrollado. En todos los países que así pueden catalogarse, se observa, sin demasiado esfuerzo, que el poder es ejercido, entre otras vías, por la de un sistema normativo que se muestra único para el territorio en cuestión. Y se muestra único, porque existe una sola regla de reconocimiento o *Grundnorm*. La TGD se ha dedicado, simplemente, a ofrecer conceptos para estudiar éstos y no otros sistemas normativos. Y si algún teórico dice que los conceptos que ofrece son para esos fenómenos y no para otros tendrá que decir, o bien que su teoría no es «general», o bien que se niega a discutir el concepto de *juricidad* que utiliza. Con lo cual la suya pasaría a ser una teoría que se niega a definir su objeto, perdiendo gran parte de su plausibilidad.

Adviértase que esta actitud de la TGD, de hacer elisión de la pregunta por la juricidad, ha sido posible sólo prescindiendo de la historia de esos sistemas a los que cree explicar. En efecto, cualquier manual de historia muestra cómo los actuales sistemas normativos, llamados *jurídicos*, los europeos, por ejemplo, señaladamente el francés, son el resultado de un combate entre el poder central y los poderes locales, definido con el triunfo del primero, y no pacíficamente, por cierto. Si la TGD se hubiera constituido en el siglo XVI, no hubiera podido prescindir de la pregunta: «¿por qué el que comanda el rey es un sistema *jurídico* y los otros, los de los otros señores no?». O, mejor dicho, el problema se planteó, pero encontró solución por la vía de la «teoría» —ideología más bien— de la *soberanía*. Como se sabe, esta ideología postula que sólo el estado puede legislar en el territorio. Pero, como bien lo expresó Luis XIV, el estado no era, entonces, otra cosa que las pretensiones de un señor más poderoso que otros. Los territorios europeos se organizaron después, todos ellos, conforme con un sistema normativo, único —«soberano»—, pero porque el señor que pretendía la unidad bajo su hegemonía, había ganado la guerra a todos los demás. De modo que cuando la TGD apareció, en este siglo, como no se ocupó de otro espectáculo sino de ése, se encontró con que podía hacer elisión de la pregunta por la juricidad: jurídicos eran estos sistemas normativos, sin ninguna justificación especial. En realidad, la General del Derecho es una teoría de «eso», que no es otra cosa que una clase de sistemas normativos: los del mundo capitalista.

La pregunta por la juricidad se planteó, en la TGD, con otro ropaje, y conforme con las presiones, por una parte de algunas filosofías como la de Kant, y, por otra parte, por la ineludible cuestión propuesta por la escisión entre estado y sociedad civil, entre estado y ciudadano, entre público y privado, y, en el fondo, entre moral y derecho, entre ética y política. Por lo demás, las explicaciones filosóficas, como la del propio Kant, no eran sino la respuesta al *hecho*, empírico o *cuasi* empírico, de esta escisión. La cuestión apareció,

entonces, como la de encontrar el criterio de separación entre las normas producidas por este poder llamado *estado*, y otras normas que comenzaron a verse como distintas, y que terminaron llamándose *morales*. Y así es como la TGD encontró uno de sus temas liminares tradicionales: derecho y moral. Pero, adviértase, no se ponía por ello en cuestión la «juricidad», sino la diferencia entre *esto*, que es el conjunto de normas producidas por ese poder único, y alguna otra cosa, otras normas, que son definidas por su relación con el sistema normativo escogido como objeto de estudio por la TGD. Este sistema, que no era tan único, pero que se autoproclamaba como tal, mostraba tener sus *otros-que-él*. Pero éstos fueron estudiados *desde la posición del sistema único* y no desde una posición neutral, o equidistante, que habría hecho necesario definir la juricidad que se predicaba de uno de ellos. Y el estudiarlos desde la posición de hegemonía del sistema único, convirtió a los otros en *lo otro* del sistema que se autoproclamaba como *jurídico*, es decir, en *no jurídicos*.

Se comprende la consecuencia ideológica de este proceso *cuasi* epistemológico. La TGD se ocupó de una clase especial de sistemas normativos, pero al mismo tiempo los legitimaba. El estudio de únicamente las normas que fueron consiguiendo hegemonía, de los sistemas triunfantes, cumplió también la no despreciable función ideológica de legitimarlos. En adelante, cualquier otro sistema era *alter* respecto del *derecho*. Y como tal, ilegítimo. Pero, nótese, tal legitimidad no es más que el efecto del estudio continuado de solamente los sistemas triunfantes. La ideología jurídica hizo parte del resto: aparecieron «teorías» como la del *poder constituyente*, la de *espíritu del pueblo*, la del *consenso democrático*, cuya eficacia consistió en desarrollar la ideología de que el sistema hegemónico es el único «jurídico». Lo cual, bien visto, no resulta ser otra cosa que una petición de principios.

En este contexto, la TGD no tuvo necesidad sino de encontrar diferencias entre lo que se llamó moral y lo que se llamó derecho, que permitieran descartar a la primera del círculo de su interés. Y encontró la diferencia en la organización de la violencia: el derecho amenaza con la violencia, la organiza; se caracteriza por la *sanción*, mientras que la moral, u otros sistemas normativos, no cuentan con ella.

Claro, se trata de la violencia *legítima*, es decir, de derecho. Porque haber otras, las hay, pero *de hecho*, como la de la banda de ladrones o el grupo insurgente. Y en esto se puede ver otra faceta de esta petición de principio de la definición de juricidad, ¿quién dice que es el gobierno y no los insurgentes quien tiene «legitimidad»? Y la respuesta es: el propio derecho. Pero si eso es lo que estábamos preguntando: ¿por qué uno es «derecho» y el otro no? En

realidad, sólo porque uno dice que lo es, al mismo tiempo que dice que el otro no lo es, y encuentra alguien que lo crea. Como explicó Rousseau el origen de la sociedad civil: cuando alguien dijo «esta tierra es mía», la cercó, y encontró otro tan simple que le creyera, ese alguien creó la sociedad civil.

La mayor parte de los teóricos elude esta cuestión. Es brasa que quema las manos. Si bien Kelsen lo explicó muy bien, no por eso sus discípulos hablan de ello. El tema de la juricidad no se toca. No se pregunta. Y, cuando algún teórico no tiene más remedio que toparse con él, evade la cuestión diciendo, simplemente, que derecho es eso que así es definido por la teoría.

Pero sí hay un fenómeno social detrás de la definición de derecho. Es el ejercicio del poder, que puede lograrse de varias maneras. Y una de ellas, es el discurso normativo. Lo que la TGD llama *derecho*, no es otra cosa que el discurso normativo hegemónico en el mundo moderno. Pero como se ha hecho elisión de la pregunta por ese discurso, resulta también posible hacer elisión de cualquier otro discurso normativo contestario, relegándolo, en los hechos y en la ideología, como *lo otro*, como lo no-derecho. La TGD ha traicionado, así, sus convicciones positivistas originarias: ha dejado fuera de su discurso al fenómeno que estuvo en el origen.

La juricidad no existe realmente. Lo que existe es el fenómeno del ejercicio del poder por la vía del discurso normativo. La *juricidad* no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar, un sistema normativo sobre cualquier otro, al que se arroja a la antijuricidad. Que es, al fin, no otra cosa que la característica de ser *alter* respecto de quien realiza el juicio de legitimación del que declara «jurídico».

Kelsen sí teorizó esta cuestión, aunque tal vez sin intención de poner en cuestión la idea de juricidad. Posiblemente no tenía en mente ninguna otra cosa que no fuera el espectáculo del estado moderno, a pesar de sus profundas incursiones en la Antropología y la Psicología. Su teoría, al respecto, es la de la norma fundante.

VII. LOS SISTEMAS NORMATIVOS LLAMADOS JURÍDICOS

Kelsen lo ha explicado muy bien y muchas veces, pero planteándose el tema de la juricidad sólo por su diferencia con la moral. Es decir, en el núcleo de la TGD contemporánea están los elementos necesarios para responder a la pregunta por la juricidad, aunque haya sido posible su elisión puesto que no se planteaba la pregunta.



Supongamos que está perfectamente claro que el derecho se diferencia de la moral en que organiza la violencia, mientras que ésta no lo hace. De todos modos, no cualquier conjunto de normas que amenaza con la violencia es derecho. Kelsen propuso distinguir entre el *sentido subjetivo* y el *sentido objetivo* de los enunciados que, a primera vista, podían ser calificados como normas. La orden del bandido, o la del usurpador de funciones públicas, puede tener, subjetivamente, el sentido de ser una norma. Puede que el usurpador incluso *crea*, y de buena fe, que su orden «debe» ser obedecida como si fuera *derecho*⁶. El usurpador puede que ni siquiera sepa que lo es. Y por eso resulta necesario decidir si *objetivamente* se trata de una norma o no. Es decir, si, a pesar de lo que diga o crea el autor de la prescripción, es o no una norma; mejor dicho, si puede o no *ser considerada* como tal. Ahora bien, ¿cuál es el dato «objetivo» que permite decidir acerca de esta cuestión? La respuesta es conocida, y, además, utilizada cotidianamente, no sólo por los juristas sino por los ciudadanos en general: el sentido objetivo de una prescripción cuyo sentido subjetivo es el ser una norma, depende de que su autor haya sido autorizado para producirla por otra norma anterior. De otra manera: la orden de alguien que se dice funcionario autorizado es una norma, si otra norma autoriza a ese funcionario a producirla. Y decidir a favor, significa, al mismo tiempo, hacer el supuesto de que el autor de la así declarada norma, fue designado, conforme con la norma anterior, como el funcionario que debía crearla, y, además, que la prescripción generada es la misma que la norma anterior autoriza y no ninguna otra (que sería *abuso de autoridad*).

Y aquí comienzan las dificultades del derecho para proclamarse como único y para reclamar obediencia. Porque resulta que el proceso intelectual en que consiste esa decisión, es, por su parte, el *dictum* de alguien, que bien puede equivocarse. O que bien puede estar en contradicción con el *dictum* de otro alguien que considera que esa persona no es el funcionario, que fue mal nombrado o que se excedió en su autoridad. Y como la TGD no ha encontrado hasta la fecha ningún concepto que permita decir que esa decisión es *científica*, es decir, objetiva, irrefutable para cualquier conciencia, resulta que la decisión acerca de si una prescripción es norma *jurídica* o no, queda sujeta al juego de las hegemonías, de los prestigios, incluso del apoyo de la fuerza, de los distintos discursos que puedan comprometerse en la decisión acerca del sentido objetivo de una prescripción.

⁶ Lo que «debe» quiere decir, es otro tema.



Esto último es tan irrefutablemente verdadero, que por eso mismo existen pleitos acerca de interpretación de normas. El que lo niegue es porque nunca ejerció la profesión de jurista. Porque todo abogado sabe que la prescripción que invoca como norma, puede ser considerada como no-norma por el contrario o por el juez.

En realidad, lo que sucede es que, al lado del discurso del derecho, se produce cotidianamente un discurso paralelo —en rigor, miles de discursos— de *validación* del primero. Un discurso que *no integra* el discurso del derecho, y cuya efectividad depende del prestigio o la fuerza de que disponga el que lo pronuncia. Junto al derecho hay un *proceso de validación* que nunca es tenido en cuenta por la TGD. Y es sólo gracias a ese proceso que el derecho es efectivo y, además, válido; no por sus propias virtualidades.

Bien; pero dejando de lado la radical y originaria inexactitud del derecho, de todos modos resulta también de la experiencia cotidiana, que el proceso de validación de normas se produce efectivamente, a lo largo y ancho de cualquier territorio. De modo que el problema, como es sabido, se traslada ahora a la norma que se supone autorizó la norma con la que comenzamos esta «subida» en el proceso de validación. «Subida» porque da la impresión de que el derecho «viene de arriba», por esa irreprimible sensación de que el que tiene el poder está más alto que nosotros. Pero, como también es sabido, acerca de esta otra norma «superior» cabe preguntarse lo mismo: ¿cómo sabemos que su sentido subjetivo coincide con su sentido objetivo? O, ¿cómo sabemos que es válida? Y, como también es sabido, esto conduce a una escalera de varios descansos, porque siempre es posible preguntarse lo mismo de cada norma que autoriza una norma inferior. Hasta que se llega a un descanso en que la subida se termina, sencillamente porque ya no hay normas autorizantes. En el mundo capitalista contemporáneo, con algunas excepciones como Gran Bretaña, ese último peldaño está constituido por un texto al que se denomina *constitución*.

A la pregunta: ¿y quién autoriza la constitución? se ha respondido con la teoría de la regla de reconocimiento o con la *Grundnorm*, sin que se haya podido, a mi juicio, establecer, entre ambas teorías, diferencias lo suficientemente claras como para verlas como radicalmente diversas. En todo caso, no hace a la presente cuestión.

Después de toda una vida en que la vio como *norma supuesta* y *norma pensada*, Kelsen terminó por decir que la *Grundnorm*, que autoriza a la constitución política de los sistemas jurídicos, es una *ficción*. La vida, una larga vida, no le dio de todos modos tiempo para precisar sobre el sentido en que la

Grundnorm es una ficción. Estamos autorizados, por tanto, para continuar por nuestra cuenta con este orden de ideas legado por Kelsen.

Lo cierto es que la *Grundnorm*, pero también la *regla de reconocimiento* es *utilizada* por alguien que quiere, o necesita, saber, decidir, acerca de la pregunta por la validez de una norma o de la misma constitución. En tal caso, debe estudiar la constitución y analizar el acto en que la misma fue producida. Claro que tal imaginario estudio sólo lo realizan los juristas, y por asuntos muy especiales. Los demás miembros de la comunidad nunca se preguntan tal cosa, precisamente porque la constitución tiene un alto grado de consenso. Si el que la estudia encuentra que fue producida conforme con alguna norma de una constitución anterior, hará el supuesto de que la actual es, en realidad, dependiente de otra. Y así se remontará en la historia hasta encontrar una constitución de la que no consigue concluir que fue producida conforme con las previsiones de otra anterior⁷. Estará, entonces, ante el que Kelsen llamó *primer constituyente*. Y se preguntará entonces, por fin, por la *Grundnorm*; por el discurso prescriptivo que autorizó a ése, o a éstos, a creerse autorizados a dar leyes a otros. Y encontrará que no existe tal autorización, al menos dada por ningún hombre. Encontrará que ése, o éstos, actuaron en virtud de la fuerza de que disponían, luego de la derrota militar de otros, a quienes vencieron —tal vez lograr la independencia—, despojaron, expulsaron, esclavizaron o mataron.

Pero encontrará también, que, con el tiempo, consiguieron convencer a los súbditos de que su poder *debía* ser obedecido. Primero contaron con el consenso en el interior del cuerpo armado, cuyo comando les llevó a tener la oportunidad de dictar la primera constitución. Luego de tomado el poder, y de haber legislado, es decir, producido la constitución, consiguieron crear un equipo de súbditos encargados de administrar bienes y territorio, conforme con normas producidas por ellos mismos. Al mismo tiempo educaron un cuerpo de individuos —policías, juristas, jueces— que se dedicaran a hacer la efectividad de esas normas, es decir, de *aplicarlas*. En el ínterin, otro grupo de individuos, que Gramsci llamó *intelectuales orgánicos*, produjeron la ideología de aceptación de la primera constitución, por muchas vías: la filosofía, el arte, la poesía, el folklore, los mitos, y, principalmente, la educación pública, de la que el estado moderno hizo la más importante fuente de legitimación.

⁷ Obsérvese que no sólo es posible, sino que es de experiencia cotidiana, que unos juristas piensen que la constitución sí puede verse como «derivada» de una anterior, mientras que otros opinen lo contrario. Esta discusión, siempre política, es frecuente cuando se quiere demostrar la legitimidad contestada de un gobierno.

Al cabo del tiempo, la constitución primera pierde su origen espúreo, y aparece, en la conciencia de los ciudadanos, como siendo «lo bueno» (en el mundo moderno, lo «moralmente» bueno), lo que hay que obedecer porque... y la respuesta al porqué puede tener varias formas: porque los héroes nos dieron libertad, porque es la única manera de vivir en paz, porque si no caeríamos en la anarquía, o simplemente porque sí, porque finalmente nadie consigue ya recordar el origen, o nadie se pregunta por él. Cuando eso ha sucedido, el grupo en el poder puede descansar en su ejercicio. Hasta que, a veces, ese consenso comienza a perderse. Y si se desarrolla el descontento, pueden aparecer insurgentes que, a menos que triunfen, serán considerados delincuentes, perseguidos y aniquilados como tales. Pero también puede suceder que un poder extranjero ocupe el territorio y acabe con el grupo en el poder; o se alíe con él, pero para obedecer otras normas; o que ocupe sólo parte del territorio y aparezcan dos sistemas normativos contiguos. Y ocurrió, en América, que el conquistador ocupó el territorio, pero en ciertos sectores de él no consiguió hegemonía para sus normas, de modo que las anteriormente existentes continuaron funcionando allí. Este último es el caso de las comunidades indígenas sobrevivientes. Pero también el caso de comunidades que utilizan normas arcaicas, provenientes de la colonia española, en las cuales los nuevos gobiernos independientes nunca consiguieron hacer efectivo el nuevo sistema normativo.

Kelsen explicó estos procesos con la teoría de la *Grundnorm*. Diciendo que ésta era una ficción, quería decir que, por algún mecanismo intelectual que usan todos los grupos humanos, cuando el pensamiento no consigue producir explicaciones con los datos de su experiencia, procede a crearlas, inventarlas. Y en eso consisten las *ficciones*. Que, dice, se diferencian de las hipótesis, porque en éstas la creación mental lleva, o debería llevar aparejado, el claro entendimiento de que es un constructo mental, cosa que no sucede con las ficciones, en las cuales el rastro de la artificiosidad se ha perdido para su propio autor⁸.

Estos procesos de constitución de la *Grundnorm*, que no es otra cosa que una ideología de aceptación grandemente difundida, pueden seguirse en la historia de cualesquiera de los países del mundo capitalista. Por ejemplo, en Esta-

⁸ «Poseídos de deseos que dejan siempre rezagada a la realidad de sus vidas, condenados a una existencia que nunca está a la altura de sus sueños, los seres humanos debieron inventar un subterfugio para escapar a su confinamiento dentro de las alambradas de lo posible: la ficción. Ella les permite vivir más y mejor, ser otros sin dejar de ser lo que ya son, trasladarse en el espacio y en el tiempo sin salir de su lugar ni de su hora y protagonizar las aventuras más osadas del cuerpo, la mente y las pasiones sin arriesar por ello la piel, perder la cordura y traicionar el corazón», VARGAS LLOSA, Mario, «La ficción y la historia», en *El País*, Madrid, domingo 26 de febrero de 1995, p. 13.

dos Unidos, cuya ideología contiene uno de los más geniales mitos del origen vigentes en la actualidad⁹. Como se sabe, la constitución de Estados Unidos fue producida al término de la guerra, cuando un grupo de vencedores se creyó autorizado para citar una reunión constituyente. Pero luego de haber sido aprobada —Kelsen deja pensar que la *Grundnorm* nace *después* que la constitución que funda¹⁰—, el grupo dominante desarrolló e inculcó, con toda fortuna, un mito de origen, de los del grupo del «pueblo elegido». Se trata del mito que hace llegar desde lejos al núcleo fundador, encontrar un lugar prometido, en el que puede desarrollarse con libertad e independencia de otros grupos; comúnmente el mito no hace saber que esa tierra estaba habitada y que hubo que aniquilar a los pobladores anteriores. Luego de un tiempo, la laboriosidad e inquebrantables bondades de sus costumbres, hicieron que, sin crueldades excesivas, el grupo recién llegado consiguiera convivir con sus vecinos hasta entonces hostiles, incluso «incorporarlos» a sus mejores modos de vida. Este mito del origen, notable en pueblos como el azteca, el estadounidense o el pueblo bíblico, puede servir durante siglos para justificar, en el caso de los dos primeros, la conquista de territorios y pueblos, vecinos y no vecinos.

Como se sabe, los primeros estadounidenses llegaron de más allá del mar, buscando una tierra donde vivir en libertad y tolerancia; su industriosisidad y elevadas costumbres los elevó a estado de poblaciones independientes, que un día decidieron sellar un pacto de alianza en la primera constitución de pueblos libres del mundo; como se sabe, el mito no cuenta lo que hicieron para quedarse con la tierra que era de otros, sino cuando, ya avanzada su historia, el

⁹ Su vigencia puede calibrarse en el siguiente párrafo: «Sólo Estados Unidos puede dirigir el mundo. Estados Unidos sigue siendo la única civilización global y universal en la historia de la humanidad. En menos de trescientos años, nuestro sistema de democracia representativa, libertades individuales, libertades personales y empresa libre ha puesto los cimientos del mayor *boom* económico de la historia. Nuestro sistema de valores es imitado en el mundo entero»: GINGRICH, Nwet, «Estados Unidos y los desafíos de nuestro tiempo», en *El País*, Barcelona, sábado 4 de febrero de 1995, p. 11. Que el ideario está vigente no debe dudarse si, como se dice, la democracia representativa es lo más cercano a la voluntad popular: debemos, entonces, creer que la misma mayoría que votó este discurso es la que lo sostiene.

¹⁰ «Yo no sostengo que la norma básica “garantiza” la eficacia del orden jurídico a que se refiere. Lo que sostengo es que la norma básica se refiere únicamente a un orden social coercitivo que, en general, es eficaz. Esto significa: presuponemos la norma básica solamente si existe un orden social coercitivo generalmente eficaz [...]. Puesto que —de acuerdo con mi teoría— la norma básica se refiere únicamente a un orden coercitivo generalmente eficaz, y puesto que la norma básica es adaptada a tal orden coercitivo y no el orden coercitivo a la norma básica, es *en este sentido* que, en la norma básica, la efectiva creación de las normas del orden coercitivo mediante actos reales de voluntad, y la eficacia de esas normas, se convierten en la condición de la validez objetiva del orden coercitivo», KELSEN, Hans, en: «El profesor Stone y la teoría pura del derecho», en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, México, Fontamara, 1991, p. 67 (el original apareció en *Stanford Law Review* en julio de 1965).



«progreso» generado justificó la aniquilación de pueblos de allende sus fronteras, el *far west*. En este caso, el mito incluye el de la bondad de la constitución, y, por tanto, la de los gobiernos que la acatan.

Otros mitos de origen consisten en imaginar, no un grupo que llega de lejos, sino un pueblo pobre en lucha contra los opresores, que, finalmente, consigue establecer una constitución. Francia es tal vez el más prístino ejemplo de este folklore constitucional, tal vez porque mucho de cierto hay en la imagen de la pueblada, como en el caso del México moderno. Otros mitos exaltan el resultado de alguna guerra civil, en la que los buenos vencen a los malos, pudiendo así dar lugar a la constitución, que es libertaria, funda instituciones para fomentar la industriosisidad y la tolerancia. Argentina es este caso.

Es decir, los sistema normativos consiguen acceder a la categoría de jurídicos, sobre la base de una ideología de justificación, que incluye el mito del origen, un heroico grupo fundador, y la bondad de las instituciones logradas por la constitución. No hay ninguna otra razón que justifique la «juricidad» del sistema normativo. No hay juricidad que otorgue juricidad. Se trata del *hecho* de la eficacia del sistema normativo, acompañado de la ficción de la *Grundnorm*. Y, en el mundo contemporáneo, la juricidad es consagrada por una ideología jurídica que hace recaer en la «comunidad internacional», como ha dado en llamarse el grupo de gobiernos que controla el poder militar mundial, Estados Unidos a la cabeza, la función de legitimación final. Pero esto último no es más que una ideología, que los estados poderosos hacen funcionar en algunos casos y en otros no.

VIII. LA JURICIDAD DE LOS ÓRDENES NORMATIVOS ALTERNATIVOS. LA SOBERANÍA

Parece que no habría manera de escamotearle la juricidad a los sistemas normativos alternativos, cuando menos en ciertos casos. Pongamos, por ejemplo, los de las comunidades indígenas sobrevivientes.

Se comprende fácilmente que allí existe un orden normativo, que organiza la violencia, cuyas normas son producidas por funcionarios autorizados por el mismo orden, y que existe una *Grundnorm* que lo legitima, puesto que es efectivo en el territorio en que pretende obediencia y respecto de los individuos a los que se dirige. Todas éstas, por lo demás, son las comúnmente destacadas como las características de un orden jurídico.

Ahora bien, ¿es el orden indígena «jurídico»? Habría que dar vuelta a la pregunta: «¿por cuáles razones podría negársele juricidad al orden normativo indígena?» Se trata de normas, creadas y aplicadas por miembros especializados de la comunidad, señalados por otras normas del mismo orden; organizan también la coacción y son reconocidas y aceptadas, y hasta obedecidas, incluso en un grado notablemente mayor que las normas de nuestros órdenes normativos, a los que no les retaceamos el adjetivo de *jurídicos*. No tienen, eso sí, reconocimiento de la «comunidad internacional». Pero la TGD nunca ha sostenido que un sistema normativo sea jurídico porque así sea reconocido por el derecho internacional, o sus «funcionarios», que sería esta entidad ideológica que parece hoy tener tanta importancia, cuando menos cuando se trata de justificar masacres como la de irakíes, o como cuando se trata de dejar manos libres a Rusia para destruir Chechenia.

Pareciera que el único obstáculo para predicar de esos órdenes normativos la juricidad es la ideología según la cual, en un mismo territorio, y para los mismos súbditos, no cabe la posibilidad de la existencia de otras normas que no sean las del orden o sistema considerado como único o *soberano*.

El concepto de «soberanía» tal vez se entiende mejor en francés. La *souveranité* aparece por oposición a la *souzeranité*. Esta última palabra, curiosamente, no tiene traducción al castellano, ni es utilizada con frecuencia en los textos de teoría política. *Souzeranité* designa, en el mundo feudal que habla francés, el estado de sujeción en que se encuentra un individuo respecto de otro; por ejemplo, la relación entre un señor y otro que, por ser *souzerain*, es «superior» al primero. También la relación entre señores y siervos. Y es posible que un señor sea *souzerain* respecto de algunos pero a la vez tenga un *souzerain* al que se encuentra sujeto. La red de «souzeranías» era todo lo complicada que es fácil de imaginar.

El concepto de «soberanía», en ese contexto, se utiliza para referir la pre-tensión de un señor de subsumir bajo su «souzeranía» a todas las demás. Frente a la soberanía del señor principal, el rey, debían caducar todas las otras. Es decir, el rey no reconoce otro poder por encima del suyo y eso lo hace «soberano».

Ahora bien, caducando todas las souzeranías, en un proceso largo, lento, y violento, la soberanía se queda sin rival. Ya no hay souzeranos tratando de escapar a la soberanía del señor más fuerte. La soberanía ya no tiene su *alter* originario. Ya no tiene esa razón de existir. Consigue, sí, pervivir como vocablo, pero con otro significado distinto: ahora no se trata de ser el único que dicte para todos los súbditos de un territorio definido, sino de que la voluntad del gobierno no sea determinada por un poder extranjero. De ser uno jurídico,

pasó a ser, hoy, un concepto sociológico: un país es soberano, si el *contenido* de las normas que dicta un gobierno, no está determinado por la voluntad, el poder, la conveniencia de actores sociales extranjeros. De modo que un estado puede ser soberano por ser el único que produce normas en un territorio, pero ser no soberano porque el contenido de esas normas le han sido impuestas desde el extranjero. Y eso es lo que les permite decir a los gobernantes entregados a la voluntad extranjera, que sus decisiones son soberanas, porque son ellos, y no otros, quienes han creado las normas. Lo cual es cierto: ellos las han producido. La oposición dice, en cambio, que han enajenado la soberanía, porque lo que las normas dicen ha sido impuesto desde centros extranjeros de poder. Y eso es cierto también. Pero todo esto nada tiene que ver con el trabajo de la Dogmática Jurídica, ciencia para la cual ha producido sus conceptos la TGD.

«Soberanía» significa, finalmente, eso y nada más que eso: que el orden normativo es único. Es decir, no se *deben reconocerse* otras normas, para ese territorio y para esa población, que las producidas por los funcionarios designados por ese orden. ¿Cuánto hay de plausibilidad o «cientificidad» en esta idea?

De científicidad, nada. Si la ciencia es un cuerpo discursivo absolutamente *descriptivo*, en el que no caben prescripciones, que pretende ser calificado de «verdadero», conforme con ciertos criterios más o menos empíricos de comprobación, la idea de que *no debe* admitirse la posibilidad de dos normatividades en el mismo territorio y para la misma población, no tiene nada de eso.

La Dogmática Jurídica, por lo demás, no la necesita como concepto teórico. En efecto, la descripción de las normas válidas de un orden o sistema jurídico, requiere, sí, del concepto de regla de reconocimiento. De otra manera, no podrían reconocerse las normas que lo integran. Pero, una vez reconocidas las normas, y, por tanto, definido el orden o sistema, no se requiere preguntar si hay otras normas, producidas por otros funcionarios, autorizados por normas de otro orden o sistema. O, más bien, la Dogmática Jurídica simplemente *no se pregunta* si el orden que describe es único o si el *contenido* de las normas ha sido o no impuesto por una voluntad extranjera. Por tanto, la TGD tampoco. Y por eso no ha considerado importante el concepto de *soberanía*. Si lo hubiera hecho, sin duda la TGD lo hubiera trabajado, por lo menos tanto como lo ha hecho con el de *Grundnorm*.

Siendo esto así, ¿qué impide que los indígenas sean órdenes normativos *jurídicos*? En realidad, absolutamente nada; salvo ésta de la soberanía, cuya función significativa ha quedado relegada totalmente al nivel de la ideología de justificación del estado moderno. Sirve, *precisamente*, para retacear legiti-

midad a cualquier intento de contestación del poder, de la *legitimidad* del poder de los funcionarios de un estado.

IX. PLURALISMO JURÍDICO, DERECHO ALTERNATIVO Y ÓRDENES O SISTEMAS JURÍDICOS SUBVERSIVOS. HEGEMONÍA Y SUBORDINACIÓN

Ahora estamos en condiciones de comprender, en qué estriba la imposibilidad teórica de aceptar la presencia de más de un sistema normativo, en un mismo territorio y para la misma población: exclusivamente en los usos lingüísticos de nuestra cultura —o incultura— jurídica. Sin embargo, no hay ninguna razón que comprometa a la TGD a negarse a reconocer la juricidad de los órdenes normativos alternativos, como, por ejemplo, los de las comunidades indígenas sobrevivientes en América.

Estamos en condiciones, ahora, si queremos, de extender el concepto de pluralismo normativo al de *pluralismo jurídico*. El de *alternatividad normativa*, al de *derecho alternativo* u *órdenes y sistemas jurídicos alternativos*. Y el de *normatividad subversiva*, al de *órdenes y sistemas jurídicos subversivos*.

Es claro que estamos autorizados a *no* querer extender los conceptos y quedarnos con una TGD que lo sea, «general», pero únicamente del estado propio del mundo capitalista desarrollado. Es decir, no todo lo «general» que se había propuesto en sus comienzos como teoría. Los teóricos podrán seguir diciendo que la suya es una teoría *general*, pero *del derecho*, y entender, por esto último, sólo la forma de ejercicio del poder en el mundo capitalista. Pero no podrán decir que la elección entre una u otra actitud teórica no sea una elección determinada por razones políticas. Puesto que, dentro de la teoría, no hay razones para elegir una u otra actitud.

La aceptación de que pueden existir diversos órdenes o sistemas jurídicos en un mismo territorio y para los mismos súbditos, conlleva una imagen del fenómeno jurídico distinta de la que tienen en mente los teóricos tradicionales. Implica que el monismo jurídico se ha roto. Que la juricidad ha estallado, dando lugar a múltiples normatividades. Esto genera también una imagen distinta del ejercicio del poder. Ahora existen muchos sistemas normativos, al servicio de distintos focos de poder. Unos son jurídicos, otros tal vez no, dependiendo de que constituyan órdenes o sistemas normativos que organicen algunas de las formas de violencia en la sociedad, de que tengan funcionarios especializados y de que sean eficaces. Ahora es mucho más próxima a la reali-



dad la imagen del derecho. Por lo menos a la realidad de quienes lo usan, y de quienes estudian cómo se usa; es decir, de su impacto en la vida de los hombres. Los teóricos tradicionales, en cambio, no están interesados en el mundo real, sino en construir una imagen según la cual el derecho no tiene relación con el poder, donde las controversias se resuelven científicamente, con exclusión de la anarquía propia de las luchas sociales, donde los gobernantes se comportan lógicamente conforme con las normas democráticas. Todo lo cual es un buen servicio al estado moderno, que es una organización para el ejercicio del poder por las clases poseedoras, que no actúa científicamente en nada, que no ha superado la anarquía generada por la lógica del enriquecimiento capitalista, donde los que ejercen el poder han demostrado un alto grado de corrupción, ayudando a generar así la conciencia de que la democracia es no otra cosa que una trampa, que condena a los pobres a esperar lo que los ricos nunca van a soltar.

El espectáculo del pluralismo jurídico nos sugiere que, en adelante, tenemos que pensar en términos de fuerzas y sistemas normativos en constante lucha y transformación. Tenemos que pensar en sistemas *hegemónicos* y *subordinados*, según sus respectivas normas logren o no mayor efectividad que las del sistema rival. Y con ello sí que brindamos fecundos conceptos para la Sociología Jurídica y la Antropología del Derecho. Por ejemplo, la Sociología Jurídica no necesitará confundir el derecho indígena con la regulación de los procesos de integración entre estados. Ni los órdenes subversivos con las normas que usan las empresas transnacionales para repartirse los mercados. Fenómenos éstos, a los cuales ha venido llamándose, indiscriminadamente, *pluralismo jurídico*. La Antropología Jurídica, por su parte, no necesitará descalificar los sistemas indígenas llamándolos «costumbre» por oposición al «derecho», que sería ahora sólo un sistema hegemónico, que, por virtud de la fuerza, es decir, de la efectividad de sus normas, consigue, o no, dominar al otro y a la comunidad que lo usa.

La afinación de los conceptos que hasta ahora han venido usando estas otras ciencias, depende de que la TGD se conciba a sí misma como una que los produce, pero para todas las posibles ciencias del derecho, y no solamente para la Dogmática. Por su parte, la TGD ganará en su mayor aproximación al mundo real de los hombres que usan el sistema jurídico.

