

## INTRODUCCIÓN

Gina CHÁVEZ VALLEJO\*

La organización de la mesa redonda “La influencia del positivismo kelseniano en América Latina y el pluralismo jurídico”, propuesta para el VII Congreso y Curso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), “Un reto para nuestras sociedades: identidades, interculturalidad, pluralismo jurídico y derechos colectivos”, partió de una preocupación básica relacionada con el grado de influencia que mantiene el pensamiento positivista-kelseniano en la doctrina y la práctica del derecho en América Latina, y las posibilidades o limitaciones que tienen los Estados latinoamericanos actuales para revisar las lecturas tradicionales hechas de los postulados kelsenianos en miras a propiciar y garantizar la vigencia material de Estados pluralistas igualitarios, cultural y jurídicamente.

La lectura canónica del positivismo kelseniano continúa vigente como filosofía, ideología, forma de Estado de derecho, práctica jurídica, sistema normativo, metodología y procedimiento legal; no obstante, el Estado de derecho y el derecho mismo han experimentado un sinnúmero de transformaciones tanto por efecto de la globalización actual como por los procesos de transformación social, política y constitucional ocurridos en las últimas décadas en algunos países latinoamericanos.

Podemos sostener, por ejemplo, que ni la construcción de identidades ni el constitucionalismo se construyen y funcionan de la manera como lo hacían hace 30 años; esto hace que, parafraseando a García Canclini, ni las teorías duras y tradicionales ni los modos de aprendizaje de las ciencias sociales, y del derecho en particular, estarían siendo suficientes y adecuados por sí solos, para aprender y comprender las nuevas realidades, lo que nos enfrenta a la necesidad de desarrollar nuevos campos hermenéuticos para entender la realidad actual.

Hasta qué punto podemos seguir sosteniendo las lecturas del positivismo kelseniano en sociedades multiculturales, plurinacionales y garantis-

\* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de Ecuador.

tas de derechos sociales, económicos y culturales. Cómo debe reformularse el Estado de derecho y la teoría jurídica para responder a los Estados pluralistas, en general, y al pluralismo jurídico, en particular. Cuál es el papel del derecho en una sociedad plural y qué usos se vienen dando desde la sociedad, y desde los actuales Estados latinoamericanos.

A partir de estas inquietudes básicas, la mesa buscó ser el inicio de una reflexión sobre esta temática, incentivando una discusión inicial sobre algunos de los temas siguientes:

1. ¿Cuál es el rol que desempeña el fondo intelectual “kelseniano” en la argumentación de jueces/tribunales latinoamericanos en el tratamiento de situaciones de pluralidad jurídica y, particularmente, de coexistencia de sistemas jurídicos indígenas?
2. ¿Permite la lógica kelseniana la sistematización del modelo jurídico-pluralista que ha surgido en la realidad constitucional latinoamericana durante las últimas décadas?
3. ¿Cuáles han sido las condiciones históricas en torno al surgimiento del kelsenianismo (ruptura del imperio multiétnico austro-húngaro), y cómo ha sido su aplicación en un contexto bastante diferente latinoamericano?
4. ¿Cuáles han sido los modelos alternativos en la doctrina jurídica-constitucional para explicar la coexistencia de varios sistemas jurídicos (por ejemplo, Eugen Ehrlich, “living law”) y como sería su aplicación en el marco del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”?
5. ¿Es viable la aplicación de la lógica kelseniana para analizar los sistemas jurídicos indígenas (sobre todo, después de su desarrollo por codificaciones y aplicación formalizada mediante jurisprudencia)?

Aunque parezca un campo árido de análisis, para quienes tenemos comprometido nuestro accionar profesional con los cambios sociales democráticos resulta imprescindible afrontar un análisis del derecho, desde el derecho, por varias razones: porque el campo del derecho fue tempranamente cooptado por fuerzas conservadoras y hegemónicas; porque tradicionalmente los operadores jurídicos han usado el derecho como mecanismo de detención de los derechos sociales; porque en la actualidad el derecho viene siendo disputado por movimientos sociales que pugnan por democratizar los Estados contemporáneos; porque en el marco de estas luchas se viene sosteniendo un uso emancipatorio del derecho que demanda una redefinición no solo de la teoría jurídica clásica sino también de otras teorías, como la marxista, que solo veían en el derecho una estructura de dominación de clase; en fin, porque el carácter emancipatorio del derecho va de la mano

de una nueva reconceptualización del derecho y, con ello, de una renovación de los estudios jurídicos en esta parte del continente.

La invitación extendida desde la coordinación de la mesa “La influencia del positivismo kelseniano en América Latina y el pluralismo jurídico” pretendió recoger elementos de análisis para indagar mecanismos que superen las barreras que aún impiden la convivencia de los órdenes jurídicos indígenas en el marco de los derechos nacionales de los Estados latinoamericanos. Las respuestas de los colegas miembros de RELAJU no podían ser más acertadas y significativas, lo que amerita compartir ampliamente los trabajos y resultados de la mesa.

De los trabajos presentados y del debate existente en otros contextos académicos, se puede identificar que los retos actuales apuntan a la necesidad de redefinir el concepto de derecho, que dé cabida al pluralismo jurídico, esto es, a otros derechos y sistemas normativos en miras a profundizar la democratización del Estado y de las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

Esta reconceptualización del derecho va de la mano con una necesaria revisión del contexto histórico en el que Kelsen desarrolló su teoría; de los aspectos teóricos kelsenianos que son asumidos, adoptados, adaptados y reconceptualizados en Latinoamérica, así como de la utilidad que tienen esas lecturas parciales para consolidar Estados de derecho monistas, positivistas y excluyentes.

Quienes tienen inquietudes en torno a estos asuntos abordan primordialmente dos líneas de análisis teórico-crítico: la primera, enmarcada en una relectura de la teoría kelseniana, poniendo en evidencia aspectos que no fueron tomados en cuenta en el ámbito de las lecturas canónicas, oficiales y hegemónicas del Estado de derecho, haciendo que aspectos fundamentales de la teoría queden en el desván de la teoría social. En esta línea están nuestros expositores Jorge Fuentes, Óscar Correas, José Ordóñez y Alejandro Santiago.

La segunda es una línea que apunta a poner en evidencia la trampa positivista para sostener un derecho hegemónico que impide la emergencia de otros derechos y otras justicias, planteando la necesidad de volver a discutir el derecho y la justicia. Esta línea de análisis desempolva el viejo debate entre moral y derecho, así como hace acopio de teorías antiformalistas como la de Robert Alexy sobre los valores y principios del derecho. En esta línea se encuentran Antonio Peña Jumba, Lucía Nuñuvero y Clarissa Bueno.

En un foro antropológico jurídico interesa esta discusión para indagar los usos oficiales del derecho, los usos contrahegemónicos y contestatarios al interior de los Estados nacionales, y a nivel global los contextos locales

actuales que receptan teorías prestigiosas. Interesa también para proponer a los miembros de RELAJU líneas de estudio orientados a trabajar una redefinición conceptual del derecho y del sistema jurídico, por lo menos en tres sentidos críticos: que recupere aspectos teóricos que fueron olvidados por la TGD y apoyen la vigencia de sistemas jurídicos plurales; que consolide los principios y valores del derecho y la justicia, así como que asuma las necesidades de democratización de la sociedad.

Los aportes de la mesa de discusión son varios. Entre ellos tenemos que:

Peña Jumpa se propone recuperar algunos postulados kelsenianos que apuntan a sostener que no existe la justicia única, sino que coexisten al menos dos justicias: justicia absoluta y justicia relativa. Para Kelsen, la justicia es relativa, la razón humana sólo puede alcanzar valores relativos. El propio ser humano no es único: cambia la razón humana, se confronta con la razón de otros, esta dinámica crea valores mutuos, relativos, de parte de grupos de personas. Puede haber varias justicias, varias soluciones justas; si se satisface a una parte, no se descarta que la otra obtenga una injusticia. La justicia, en este sentido, es relativa. Cualquier solución será justa, dependiendo de las circunstancias. El análisis de la realidad que realiza Kelsen apunta a sostener la división entre justicia y derecho, es decir, entre moral y derecho, base de la teoría pura del derecho, postulado que cierra la posibilidad de que la realidad pueda “contaminar” al derecho.

El mexicano Jorge Fuentes Morúa, en su trabajo titulado “Kelsen: sobre socialismo y democracia”, nos dice que “...el desarrollo inmanente de la democracia...”, presenta un importante análisis de una de las obras olvidadas de Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (México, Siglo XXI, 1982).

El análisis de esta obra en el marco de la presente mesa representa un importante aporte a la revisión del contexto en el que se desarrolla la teoría kelseniana, lo que ofrece en la mejor comprensión de dicha teoría, así como en la ubicación del sentido en el que es posible hablar de una teoría pura.

Volver a revisar el contexto en el que Kelsen desarrolla su *Teoría pura* y su *Teoría general del derecho*, nos coloca en una coyuntura histórica de profundas transformaciones en el continente europeo, marcada por varios acontecimientos: por un lado, el derrumbe del imperio austro-húngaro (pluriétnico), del imperio alemán y del imperio ruso (pluriétnico); y, por otro lado, los efectos de la Primera Guerra Mundial, la emergencia de la socialdemocracia en varios países europeos, y la consolidación de la Unión Soviética; eventos fundamentales para comprender la teoría kelseniana.

Fuentes Morúa hace evidente que el ingreso de Kelsen a la polémica sobre la teoría política marxista significa una búsqueda de respuestas frente

a la emergencia del comunismo. Esto puede explicar la importancia que dio a la elaboración de la *Teoría pura del derecho*, que vista desde esta perspectiva representa el intento, bien logrado, de cerrar el paso a la teoría política marxista utilizando el argumento de la pureza y, por ende, de la supremacía del derecho; pues, como sostiene el autor, Kelsen se interesó en destacar la defensa del derecho y del Estado como formas necesarias para la organización democrática de la sociedad, a partir de una crítica que giró en torno de los binomios autocracia y democracia, anarquismo y estatismo.

Otra evidencia importante que coloca Fuentes Morúa se relaciona con el interés que tuvo Kelsen en una concepción pluralista de la política, el derecho y el Estado, considerando aspectos de la coyuntura austriaca. En este sentido, lo más relevante para la mesa representa su posición respecto del reconocimiento de prácticas jurídicas heterogéneas propias de una sociedad pluricultural como fue el imperio zarista, posteriormente la Unión Soviética y ahora lo es la Federación Rusa. Esto es nuevo para quienes nos formamos en la idea de que Kelsen articuló o perfeccionó el monismo jurídico, cuando lo que habría hecho es articular una teoría dura sobre el derecho de base liberal y burguesa, como respuesta al constitucionalismo socialista soviético. Kelsen disputa la democracia parlamentaria y representativa frente a la democracia directa ejercida por los soviets.

El trabajo de Fuentes Morúa lleva a importantes conclusiones como que las críticas de Kelsen al modelo constitucional soviético no trascendieron en los estudios del derecho, sino sólo su *teoría pura y general*, lo que favoreció al uso hegemónico de su teoría.

Para reconstruir los estudios del derecho es necesario tener presente los modos como la recepción de teorías, ideas, se ve afectada por condiciones éticas, morales, científicas, políticas y culturales de los *receptores*. Por tanto, se hace necesario develar que el positivismo kelseniano fue usado para racionalizar emociones y sentimientos adversos a los pueblos indígenas, pero encubiertos con “argumentos kelsenianos”.

Óscar Correas, en su trabajo “¿Kelsen y el pluralismo jurídico?” sostiene la imposibilidad de que en el desarrollo de su teoría, Kelsen hubiese considerado América Latina. Para renovar los estudios del derecho, Correas trabaja en la recuperación —de lo recuperable— del marxismo, y el rescate —de lo rescatable— de la teoría clásica del derecho; dentro de él la teoría de su fundador, Kelsen, quien, bien lo anota, fue un continuador de la filosofía clásica del Estado y el derecho.

Mira en el pensamiento clásico el potencial de ubicar pistas, quitándole su vanidad eurocéntrica, dice, para pensar el pluralismo jurídico y mostrar

que el marxismo sigue siendo la única teoría social plausible entre nosotros, si también se logra quitarle sus rejas burguesas eurocéntricas.

A partir de una reflexión respecto del rol de los conceptos en la formación del pensamiento, recupera uno de los debates más importantes y sostenidos que se han dado respecto del derecho, referente a la división entre derecho y justicia, esto es, entre *ser* y *deber ser*, o lo que es lo mismo, entre moral y derecho. Recuerda que el positivismo jurídico optó por asumir para sí el estudio del derecho como *es*, dejando a la filosofía el estudio del derecho como *debe ser*; lo que significó asumir una posición pretenciosa de ser aplicable a cualquier sistema jurídico que exista o haya existido.

Correas acepta el reto de poner a prueba a la teoría clásica del derecho para analizar el pluralismo jurídico, con la precondition de mejorarla y así alcanzar dicho fin.

Para el autor, el análisis estructural de la norma como *modalizador* de conductas que hace la teoría kelseniana, abre la posibilidad de preguntarse sobre la existencia de normas, en el sentido kelseniano, en comunidades indígenas, así como la posibilidad de modificación de la teoría del derecho para asumir otros sentidos o significaciones respecto de conceptos elaborados en el mundo europeo, como la violencia y otros similares.

Los sistemas normativos pertenecen al mundo de las elaboraciones humanas y no de las cosas, la obediencia de las normas responde a razones ideológicas y no materiales, el derecho del Estado moderno responde a opciones de poder y no de naturaleza humana. El derecho indígena es tal, porque constituye un orden normativo, esto es, un orden jurídico, cuyo contenido de las normas varía del orden jurídico de base occidental capitalista, por lo que no tiene que ver con la calidad del sistema, esto es, con el calificativo peyorativo de “usos y costumbres”. La pretensión del monismo jurídico de declarar inexistente todo sistema jurídico fuera del sistema jurídico del Estado de derecho central, no puede sostenerse a estas alturas y en contextos claramente multi, pluri e interculturales como los países latinoamericanos. Tampoco puede sostenerse la dicotomía superioridad/inferioridad que cataloga a uno como sistema jurídico y a otro como derecho consuetudinario.

Aunque cabe discutirse si en verdad el derecho oficial del Estado no les ha servido de nada a las comunidades indígenas, Correas concluye su reflexión con un contundente razonamiento respecto de que si no se puede hablar de sistemas jurídicos superiores e inferiores, la única forma de relacionamiento entre ordenes jurídicos distintos sería volviendo a la idea originaria de *pacto*, como mecanismo de acuerdo entre iguales.

Kelsen plantea que el derecho estudia el discurso del derecho, cosa distinta a las causas del derecho, esto es la sociología del derecho; a los hechos

que ocurren en el contexto de un derecho determinado; o los efectos del derecho. Los juristas analizan el discurso del derecho; los sociólogos, antropólogos y politólogos trabajan las causas, hechos y efectos del derecho.

En la antropología se habla de permisiones o prohibiciones vigentes en una comunidad, lo que estaría corroborando la teoría del derecho. Con esto, también se estaría evidenciando la existencia de sistema jurídicos indígenas.

El mexicano Alejandro Santiago ve necesario partir cualquier análisis de una ubicación primordial que es considerar que al hablar de Estado no hablamos de una categoría universal y atemporal. No se trata de un Estado en abstracto, esto es, no es una estructura vacía lista para ser llenada, se trata del Estado moderno, racionalista, económicamente capitalista, y positivista.

En este Estado, en la esfera jurídica es en donde se crean las normas o reglas de carácter abstracto-general; sin embargo, no queda claro cuál es la esfera jurídica referida pues el llamado a crear las reglas y normas es un órgano político, no jurídico.

Recuerda el viejo debate de si el Estado y el derecho son dos cosas distintas que se juntan, o si Estado y derecho son la misma cosa. Kelsen sostendrá que son la misma cosa. Muchos autores llegan al mismo postulado a partir de entender que hay sociedad (Estado) porque tienen un derecho, con lo que Estado y derecho son la misma cosa, y no que el Estado asume un derecho positivo. Esta segunda posición abre la posibilidad de entender que sociedades que no son Estado también poseen derecho, es decir, un sistema de orden interno, que incluye el ejercicio jurisdiccional.

El Estado de derecho positivo implica, como sostiene el autor, el uso de la razón como elemento que pone en funcionamiento el sistema. Ninguna decisión se dará sin que medie el ejercicio de la razón práctica, instrumental, de Estado, deductiva, silogística. En tal sentido, el positivismo del Estado de derecho moderno y contemporáneo es racional silogístico.

La peruana Lucía Niñomera sostiene que para abordar un análisis alrededor del pluralismo jurídico y los derechos humanos, se requiere un camino metodológico y deontológico distinto que permita enfrentar la injusticia social y convertir al derecho en un instrumento de desarrollo.

Haciendo un mapa del campo de la hermenéutica se tiene que la ontología del derecho se refiere al ser o esencia del derecho, en donde la *Teoría pura del derecho* representa un mundo abstracto que se eleva por sobre las realidades. Por su parte, la deontología representa la distinción entre el ser y el deber ser. Para la *Teoría general del derecho*, el campo del derecho es el deber ser.

Para la autora, si se liga el derecho con la moral se pueden establecer y asumir fines del Estado, para lo cual se pueden trabajar sobre algunas teorías contemporáneas como las de Hart y su relativismo moral, que tiene al derecho como justo; las de Luhmann y su sociología interpretativa (teoría sociológica del derecho) que mira los derechos indígenas como casos negativos; o las de Boaventura de Sousa Santos, que sostiene la idea de derecho emancipador.

Aboga por una construcción dialéctica y afectiva del derecho y los estudios de sesgos, acudiendo a la filosofía y la sociología, vinculando el ser y el deber ser.

Clarissa Bueno, de Brasil, pone en evidencia la dimensión política del derecho, esto es, como instrumento de legitimación de intereses económicos y políticos.

Considera que aún estamos en el momento en que los pueblos indígenas demandan el reconocimiento de sus derechos y de su condición de pueblos. Alrededor de esto, los puntos de conflicto tienen que ver con la dimensión política del derecho o intereses que marcan el derecho, la imposición de un derecho que no corresponde a las realidades sociales y la legislación asumida por presión de corporaciones e institucionales multinacionales.

Advierte que el sistema económico está muy dependiente del Estado y del derecho, así como aboga por un uso de los derechos colectivos para revertir las injusticias sociales, esto es, como instrumento de resistencia.

Por último, José Ordóñez Cifuentes, de México, plantea la necesidad de trabajar una nueva forma de abordar el estudio del derecho comparado que sólo abordaba el estudio del derecho anglosajón, del derecho continental y, con mucha generosidad, el derecho japonés. El derecho comparado, sostiene el autor, debe incluir el estudio del derecho indígena.

Ordóñez sostiene que el derecho indígena constituye un sistema jurídico, y que las denominaciones de “derecho consuetudinario” y “usos y costumbres” son denominaciones peyorativas de prácticas coloniales externas e internas, descalificadoras.

Nos encontramos, dice el autor, frente a dos ejercicios geométricos jurídicos teórico/prácticos de ver y hacer el derecho: la visión formalista: piramidal normativista kelseniana y la otra, que se funda en una idea circular, en donde el sentido comunitario es mucho más poderoso que el individual. La denominada también visión “nóstrica” del derecho.

El positivismo, en su más alto exponente, no tuvo la connotación homogenizante que luego adquirió en su ingreso en el derecho nacional. La pregunta es, ¿por qué y cómo ocurre esta transformación de la teoría kelseniana en monismo jurídico?

En la recepción nacional de la teoría kelseniana está implícita una lectura incorrecta, suponiendo que hay lecturas incorrectas de teorías, que traslada la idea de que el derecho internacional integra la comunidad jurídica universal compuesta por los ordenes jurídicos estatales, a ámbito nacional, a partir del cual se entiende que el derecho nacional integra los ordenes jurídicos internos del Estado; postulado que no sólo favorece a la unificación del derecho nacional sino también a su hegemonía interna.

La idea de “serie escalonada de diversas zonas normativas” o pirámide, es acogido y aplicado, por el derecho nacional, de manera literal, haciendo de la Constitución, *lex superior*, una norma de referencia general, y colocando toda la fuerza normativa en la ley.

Su reflexión le lleva a concluir que las autoridades indígenas mantienen un sistema estructurado de normas que se transmiten de generación en generación, oralmente, lo que demuestra la existencia del derecho indígena.

Los temas están planteados y los interrogantes identificados. Aspiramos que este primer esfuerzo sea continuado y ampliado en el fructífero espacio de la RELAJU.