

PLURALIDADES

Revista para el debate intercultural



**Eland Vera / Boris Espezúa /
Alejandro Diez Hurtado / Fanny
Roxana Ramos Lucana / Jesús
Alegría Argomedo Rodríguez /
Yanett Medrano Valdez**

- Vol. 3 - Febrero 2014 -

¿PLURALISMO O NEO- CONSTITUCIONALISMO? ENSAYANDO UN ESTADO Y UN DERECHO NUEVO

Boris Espezúa Salmón

Resumen: *El pluralismo jurídico que se plantea en nuestro país ha tenido un acentuado debate en los últimos años, a la par de la difusión y deliberación que también tiene el neoconstitucionalismo; ambos enfoques y teorías, buscan ser tomadas en cuenta en el perfilamiento de un nuevo Estado y un nuevo Derecho que se diseñaría e implementaría para nuestro país. Dentro de las múltiples opciones de cambio que se plantea a nuestro sistema jurídico, ésta es una más -quizás una de las más cercanas y posibles- de esa gama de propuestas. Este ensayo pretende plantear razones para la materialización de un Estado y Derecho que configuraría nuestra realidad diversa y colmaría el clamor de una justicia real por peruanos que aún se sienten excluidos.*

Palabras Claves: *Pluralismo Jurídico. Neoconstitucionalismo. Estado Moderno. Estado Plurinacional. Derecho actual. Derecho garantista. Derecho pluralista.*

Introducción

La experiencia de otros países es una oportunidad para que nuestra sociedad peruana tenga en cuenta lo que sucede alrededor y podamos mirarnos de nuevo para emprender los necesarios cambios frente a formas de fragmentación y exclusión social. La finalidad de este trabajo es mirar dichos cambios como un ejercicio de una democracia incluyente, pero sobre todo como propuesta de vida diversa y de justicia social. El pluralismo jurídico en nuestro país no solo sería un reconocimiento pasivo a la diversidad de pueblos y nacionalidades que tenemos, sería fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes con relación al Derecho. El aceptar nuestra matriz originaria, además de enriquecernos culturalmente nos permitirá empezar a superar las vergonzosas prácticas de colonialidad que nuestra sociedad ha cultivado y que aún se reproducen en la práctica de la justicia.

En este trabajo se aborda de modo tangencial el pluralismo jurídico así como el neoconstitucionalismo, para tomar como premisas mayores una propuesta de construcción de un nuevo Estado y por ende de un nuevo Derecho para nuestro país. El Derecho no es necesariamente producto del Estado, la parte más grande e importante del derecho tiene su origen en la sociedad. Como decía Eugen Ehrlich: *“El derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales*

como la familia, las corporaciones, la propiedad, el contrato, las sucesiones, etc. Esas instituciones han sido introducidas no por las normas jurídicas sino como producto y necesidad social y es así como cobra valor el derecho viviente de una sociedad viviente”¹.

Por otro lado hay que darle énfasis al marco constitucional en el entendido que una Constitución no es solo norma jurídica, sino un proceso social, un sistema de derechos imbuido en la conciencia de los ciudadanos; la constitución es una cultura, un valor que incorpora el pasado y sus proyecciones hacia el futuro, como resultado de un nuevo pacto social. Además, como sabemos, determina el tipo de Estado que queremos y el sistema jurídico que deseamos.

1. Elegir entre dos opciones

La crisis del sistema jurídico monista desde el pensamiento crítico andino, es la de su pérdida de perspectiva humanista, inclusiva y de decolonialidad. Este Estado-Nación y su derecho están en crisis porque no puede dar respuesta a la demanda de eliminación de exclusión. Fortalece un sistema social que promueve la asimetría a través de instituciones, como la ciudadanía, la democracia representativa, los derechos humanos, su costo alto trae consigo la subordi-

1 Ehrlich 1992, “La sociología del Derecho”. Pág. 24.

nación y la invisibilización de otras formas de manifestaciones organizativas y jurídicas. En nuestro país, al ser un Perú diverso, tiene numerosos ordenes jurídicos que si bien es cierto no están positivizados o reconocidos por el derecho ordinario, no significa que no existan y pervivan a pesar de la secular discriminación. Entonces, una primera opción es optar por el pluralismo jurídico que básicamente tiene que ver con que un país pueda tener un sistema jurídico abierto, donde se reconozca y se proteja todos los órdenes jurídicos por una cuestión de justicia social y de ontología jurídica y se les dé dentro de un sistema amplio su verdadera valía a las distintas formas jurídicas de hacer justicia. También se puede optar por la creación de dos o más sistemas, como el caso de Bolivia que se estableció el sistema originario y el sistema ordinario de justicia.

El asunto está en que el pluralismo jurídico debe ser mejor entendido y aún mejor asumido. Para comprenderlo mejor, remitámonos al brasileño Antonio Carlos Wollmer para quien la estructura normativa del moderno Derecho Positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados a las necesidades de las sociedades periféricas en América Latina. Entre otras cosas dice dicho autor: *“Esta situación provoca una crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia basada en la primacía y la exclusividad del modelo estatista del Derecho y en*

los valores del individualismo liberal, como contrapartida la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y de cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos, traerá consigo una transformación y reafirmación del derecho con rostro pluralista, basado en dos razones fundamentales: 1.- Porque permitirá una mejor interpretación de la complejidad de los acontecimientos actuales en el contexto de la globalización que está ocasionando en el mundo jurídico y 2.- Porque en su versión emancipadora, el Derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables”². Ciertamente debe entenderse, que no se está hablando de un pluralismo liberal, sino de aquél que delimita la multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio sociopolítico. En la actualidad hay un resurgimiento y un mayor protagonismo de órdenes y teorías que reflejan la dimensión plural del fenómeno jurídico.

Por su parte el Neoconstitucionalismo europeo plantea crear un Estado y un Derecho que pueda ser aceptable bajo un modelo nuevo, dejando otro que ha tenido sus crisis por desajustes estructurales, como la tensa relación entre neoliberalismo y Estado de bienestar. Ahora se trata de adaptar el neoconstitucionalismo a la realidad latinoamericana, como otra res-

2 Wollmer 2006, *Pluralismo Jurídico*. Pág. 49.

puesta a la actual crisis del sistema que tenemos. El neoconstitucionalismo transformador o adaptado en Latinoamérica, se caracteriza, porque no solo enuncia derechos sino que reconoce toda una gama de garantías por las que no existe acto público o emanación de poder, que no pueda ser prevenido, impedido o cuando cause daño reparado. La protección de derechos consta como un fin primordial del Estado y es el eje constitutivo de la Constitución, que limita y vincula todo poder. Es evidente su fin garantista; es decir, de protección efectiva a favor de los derechos y libertades del ciudadano, por lo que el fundamento garantista es también legitimador y sustentador de este enfoque de derecho abierto.

2. ¿Vale la pena optar por el cambio?

El modelo de Estado occidental no tiene categorías para establecer un Estado Pluralista, Plurinacional e Intercultural. Políticamente, tampoco tiene las condiciones para resolver el problema de la exclusión de grupos sociales que se encuentran en situación de marginalidad. Esta aseveración es confirmada por Buenaventura de Sousa Santos quien manifiesta: *“No se trata solo de perfeccionar el derecho del Estado-nación, sino de permitir otras manifestaciones normativas e institucionales. Tampoco se trata solo de corregir el funcionamiento del Estado-nación para que deje de ser anómico (normas que no existen y que son necesarias) o antinómico (normas que exis-*

ten y se contradicen por disponer respuestas o soluciones distintas), secreto e irresponsable, sino de imaginarse otras formas de organización política y social, distinta al Estado moderno como lo conocemos ahora, para que se establezca una real justicia social, se trata en buena cuenta de la lucha de lo hegemónico y lo contrahegemónico”³.

El Perú, en los próximos años tiene que debatir intensamente sobre definir un modelo de Estado y de Derecho que sea concurrente con la normatividad internacional de reconocimiento y la protección de los Derechos Indígenas y de los derechos que tienen que ver con la naturaleza, que consagran dichas normas; de igual manera, tendrá que decidir por una opción legítima que tenga que devolver, reconocer y proteger la voz y sus formas jurídicas de los pueblos originarios; es decir, tiene que sintonizar con los nuevos vientos de afuera y de adentro, que corren a favor de una redefinición. Hay nuevos actores y prácticas, nuevos lenguajes, imaginarios sociales, las resistencias locales, revalorizan el territorio y la tierra con un sentido cultural más que el patrimonial, donde se comienza a valorar otros saberes, etc. Se trata por tanto, de asomarse a optar por el cambio; se trata de poner coto al olvido secular de afirmaciones autónomas de justicia.

3 Santos 2010, *Refundación del Estado en América Latina*. Pág. 59.

Apuntemos al cambio de una Constitución de rai-gambre social que determine que los pueblos tienen derecho a su autodeterminación, que reconozca los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados y que promueva mecanismos que protejan la diversidad, propugnando el principio de ciudadanía universal que implica la progresiva eliminación de las fronteras nacionales y la relativización de la soberanía nacional como poder que oprime, controla y clasifica, condena toda forma de colonialismo y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión, promueve la conformación de un orden global multipolar y democrático y el fortalecimiento de relaciones horizontales para construir una nación intercultural. Por eso, apuntar a un Estado Constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener. El Estado de derecho nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expiden. El Estado de justicia social nos resolverá el problema del porqué del Estado tenemos una visión más amplia y humana. El Estado democrático, independiente, intercultural y laico nos ayudará a comprender el cómo de la configuración institucional, que está basada en parámetros verticales donde se idolatra el poder rígido y total. Nuestra actual situación, con todas las exclusiones, restricciones al acceso a la justicia, su carácter utilitarista, que se acentúa con signos de corrupción, requiere cambiar, mejor aún si se

hace en concordancia con los pueblos originarios, con dar cobertura a sus órdenes sociales y jurídicos, con aquello que decía Emmanuel Lévinas: “*Solo considerando al “otro” tendremos un derecho verdadero*”⁴. Apostar por este cambio es más que un acto de justicia, es un acto de suprema humanidad; la otredad es constitutiva a nosotros mismos, sin el otro no hay convivencia ni vida social posible.

3. Un nuevo Estado

En el marco del constitucionalismo adaptado en Latinoamérica o llamado también constitucionalismo transformador, se concibe al Estado como estructura, conformado con derechos, como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son a la vez límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun así provenga del parlamento, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos y vínculos porque los poderes del Estado están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es otro instrumento del principio de la soberanía popular, limita al primero.

4 Lévinas 2002, *Totalidad e Infinito*. Pág. 104.

En el Estado de Derecho que rige en nuestro país, el único sistema jurídico que existe con exclusividad y resulta válido es el formal estatal. En consecuencia, la única fuente del derecho es la Ley; todas las demás fuentes restantes y los sistemas jurídicos de las que brotan son auxiliares. El parlamento se reserva la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la Ley. En cambio, en un Estado constitucional de derechos, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican, la autoridad que ejerce competencia crea normas con carácter de Ley (precedentes nacionales) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y ejecutorias; el poder ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos de carácter general y obligatorio; las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y finalmente, la moral tiene relevancia en la comprensión de los textos jurídicos, por lo que todo ello configura una pluralidad jurídica dentro de un Estado neo constitucional-abierto, es decir un Estado con derechos. Ello significa que el deber más elevado del Estado es hacer respetar los derechos y su deber es garantizar el goce de dichos derechos, cambiando radicalmente de su función básica organicista a una función de servicio y de protección efectiva a favor de los ciudadanos.

Se trata de pasar del Estado Excluyente al Estado de Justicia, del Estado Liberal al Estado social, del Esta-

do subordinado al Estado Independiente y Soberano, del Estado Nacional y Unitario al Estado Plurinacional, del Estado Monocultural al Estado Intercultural, del Estado secular al Estado Laico. Este fue el propósito en el caso del Ecuador, que adecuó el neo-constitucionalismo para la realidad de su país. Definiendo el marco del nuevo Estado, es un desafío a construir y por recorrer; ocasionará muchas tensiones. Sin embargo, el tener que transitarla parece ser inevitable. Mucho de lo que podamos hacer por nuestros compatriotas y por una verdadera justicia social está en juego y es en definitiva lo que decidamos o no determinará el futuro. Desarrollar una apuesta por estos cambios pasa por la aplicación de garantías a los derechos colectivos establecidos para los pueblos y nacionalidades indígenas, incluye aquellos que tienen que ver con la decisión sobre cómo manejar sus territorios y aplicar la justicia consuetudinaria. Pero eso no es todo, este reto sobre todo constituye una oportunidad para construir una democracia sustentada en la diversidad y la tolerancia, lo que exige adecuar la institucionalidad del Estado.

4. Un nuevo Derecho

El Estado y el Derecho colonial han producido y promueve la exclusión, marginación y discriminación. En este sentido, el Derecho no da respuesta a otra realidad que ahora es menos invisibilizada; contrariamente, fortalece el sistema social y jurídico que

promueven la asimetría a través de sus instituciones creadas para este fin. Tanto el Estado como el Derecho no serían creíbles por haber sido impuestos de forma violenta durante la colonia y sin consulta durante la República, y por lo tanto justifica la sospecha de su ilegitimidad que a su vez justifica –valga la redundancia– la resistencia actual. Además el Estado y el Derecho serían impotentes no sólo por no tener garantías efectivas sino porque, aun si las tuviera, no estaría en condiciones de resolver problemas estructurales, como los que están irresueltos en nuestro país.

Un ejemplo de cómo puede cambiar el Derecho es en el tema de la seguridad jurídica. Todos sabemos que el Juez en un Estado formal y monista del Derecho, es la boca de la ley como señalaban los exégetas, y por lo tanto la seguridad jurídica depende de las normas o reglas; es lo que Luigi Ferrajoli llama Normas Hipotéticas. Según este autor: *“una norma hipotética tiene tres elementos: Una condición de hecho, un vínculo causa-efecto y una obligación y la mayoría de normas del derecho civil y penal se reduce a esta formulación. Estas normas o reglas están comprendidas en un código que impide que el Juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley en todo el territorio nacional, dice que es lo que debe hacer el Estado, que es lo que no deben hacer las personas y que es lo que no debe aplicar el Juez. Ello es la seguridad jurídica: Las conductas obliga-*

das, permitidas y prohibidas, están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario de existir otras fuentes o interpretaciones del derecho se provocaría un sistema inseguro y arbitrario”⁵.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse solo en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas, ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarán los derechos. Gustavo Zagrebelski ha sostenido que: “*La seguridad jurídica de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas, por ello es necesario establecer principios*”⁶. Los principios según Luigi Ferrajoli, son normas éticas y por lo tanto, éstos principios no tienen hipótesis de hecho, no tienen el vínculo causa-efecto, ni tampoco tienen una obligación concreta, requieren convertirse en un proceso de argumentación jurídica, pero sirven para mejor resolver cuestiones como del caso de los Derechos Humanos que tienen connotación de principios y dado que los derechos son normas aplicables, el Juez no puede sino crear derecho al aplicar principios puesto que desde este enfoque, la realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Con ello cambia la seguridad jurídica de normas para ser ampliada por seguridad

5 Ferrajoli 2001, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Pág. 19.

6 Zagrebelski 2005, *El derecho dúctil*. Pág. 71.

de principios, donde el aspecto de la moral, y la apreciación teleológica del derecho son más seguros y consistentes. En el tema de la argumentación jurídica y precisamente en la técnica de la ponderación, el considerar los principios, ya es un cambio que permite apreciar al derecho ya no en el formato de lo estrictamente normativo, sino considerando sus otras fuentes que la complementan mejor.

Conclusiones

Para dinamizar desde una toma de conciencia nueva y desde la práctica, pensar y actuar en interculturalidad es fundamental para conocer e interactuar con lo diverso, enriquecer la democracia y construir el pluralismo. En la interculturalidad, debidamente encaminada convergen las conquistas emancipadoras de los invasores europeos de hace cientos de años que se traduce en derechos de libertad y los derechos sociales y las luchas de los pueblos que hemos sido colonizados por Estados y grupos hegemónicos. Esta suma de aspiraciones y proyectos utópicos que juntan luchas y teorías, ciencia y espiritualidad, cultura hegemónica y contrahegemónica, premodernidad con modernidad y postmodernidad, lo local con lo global, son condiciones para emancipar y fusionarse sin subordinaciones y como dice Catherine Walsh: *“Un proyecto que implica y requiere la creación de condiciones radicalmente diferentes de existencia, de conocimiento, de poder y de vida que aseguren sociedades realmente*

*interculturales en donde prevalezcan los valores, la complementariedad, la reciprocidad y solidaridad que son valores comunitarios, y donde la justicia no sea palabra hueca, sino acción pedagógica guiada por la conciencia y por el compromiso de hermandad y concientización*⁷. Tenemos el derecho de soñar, de aspirar a cambios y ser en ese sentido, coherentes con una verdadera integración de otro Derecho y otro Estado que se parezcan mejor a la realidad ardiente y esperanzadora de todos los peruanos y latinoamericanos.

Finalmente, abrazo dentro de un conjunto de propuestas que realiza Buenaventura de Sousa Santos y en la línea que venimos planteando, las dos primeras propuestas de su ensayo “*Cuando los excluidos tienen derecho*”: **1.- La especificidad de la justicia indígena reside en que los pueblos indígenas no son apenas individuos que tienen derechos consagrados en el derecho ordinario. Son comunidades que tienen derecho propio.** Esta aseveración recoge el espíritu de los historicistas, como Savigny o Ihering⁸, que concluían que el Derecho es la expresión genuina de la cultura de un pueblo, y que la lucha por el derecho

7 Walsh 2009, *Interculturalidad, Estado y Sociedad, luchas descoloniales de nuestra época*. Pg. 97.

8 Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), jurista alemán, fundador de la escuela histórica del derecho alemana. Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892), ilustre jurista alemán y filósofo del Derecho de Europa y de la historia jurídica continental.

pasa por el interés comunitario. Se trata pues de una reparación histórica el de permitirse su propia expresión y autodeterminación. **2.- Tomar en serio la justicia indígena es tomar en serio el proyecto de transformación pluralista, descolonizadora y democratizador de la sociedad y del Estado.** Lo que implica tomar en serio un proyecto constitucional que permita ser la base de un proceso amplio reivindicativo, de un verdadero pluralismo intercultural en la justicia que como en el caso del Perú, es de necesidad impostergable plantear dicha coherencia propositiva con responsabilidad histórica.

Bibliografía

EHRlich, Eugen.

1992 “La sociología del Derecho”. Tomado por Alfredo Sánchez Castañeda, en *Los orígenes del Pluralismo Jurídico*. Edit. Tupac Catari-Sucre-Bolivia.

FERRAJOLI, Luigi.

2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edit. Trotta, Madrid, España.

LÉVINAS, Emmanuel.

2002 *Totalidad e infinito*. Edit. Praxis. México.

SANTOS, Boaventura de Sousa.

- 2011 *Cuando los excluidos tienen derecho*. Edición de Fundación Rosa Luxemburgo. Quito-Ecuador. 2011.
- 2010 *Refundación del Estado en América Latina*. Edición de RELAJU. Lima. 2010.

WALSH, Catherine.

- 2009 *Interculturalidad, Estado y Sociedad, luchas descoloniales de nuestra época*. Edit. Abya Yala. Quito.

WOLLMER, Antonio Carlos.

- 2006 *Pluralismo Jurídico*. Edit. MAD, S.L. España.

ZAGREBELSZKI, Gustavo.

- 2005 *El derecho dúctil*". Edit. Trotta. Cuarta edición. Madrid.

© Derechos reservados

Grupo de estudio: Interculturalidad

Ana María Pino Jordán

Boris Espezúa Salmón

Boris Rodríguez Ferro

Eland Vera Vera

Fanny Ramos Lucana

Ildaura Fernández-Baca

Jesús Alegría Argomendo

Jorge Vilca Juárez

Ludwing Bernal Yábar

Pablo Ricardo Abdo

Robin Riquelme Moreno

Rolando Pilco Mallea

Verónica Ancco

Yanett Medrano Valdez

Fotografía de portada:

e-mail de contactos:

pluralidades@casadelcorregidor.pe

Diseño de cubierta e interiores:

Elard Serruto Dancuart y Carlos Malca

**Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional de
Perú: número 2014-06423**

Impreso en:

Sagitario Impresores

Jr. Arequipa N° 740

Puno - Perú

Puno – Perú, 2014