

LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. PROBLEMAS NUEVOS

Óscar Correas

1. EL PLURALISMO JURÍDICO FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Ha hecho ya irrupción, en el mundo del pensamiento jurídico, esta vez con fuerza, pues si antes había sido detectado, no había hecho mella en la cerrada malla de la teoría jurídica, este hijo maldito que ha sido llamado *pluralismo jurídico*. Ha sido, su puesta en la escena, responsabilidad de la Sociología Jurídica, pues la Teoría del Derecho contemporánea (en adelante TGD), a pesar de tener vocación de universalidad, no había reparado en esta cuestión. La TGD es, como su nombre lo indica, de pretensión intergaláctica —de allí lo de *general*, queriéndose decir con ello, que se trata de una disciplina cuyo objetivo es construir los conceptos necesarios para estudiar cualquier *caso* de lo que la propia teoría denomina *derecho*. Y éste es un punto crucial: es la propia teoría la que señala lo que es derecho. Lo cual no tendría nada de extraño si no fuera porque, como veremos, no dispone de criterios plausibles para definir la “juridicidad”.

El estudio para el cual la TGD provee conceptos, lo haría una ciencia que *describe* normas; y la cual es denominada tradicionalmente, o bien Ciencia Jurídica, o bien Dogmática Jurídica. Lamentablemente, los teóricos, salvo excepciones, no visualizan otras ciencias, por ejemplo la Sociología Jurídica, la Historia del Derecho o la Antropología Jurídica, como siendo otras tantas que pudieran usar los conceptos de la TGD. Si lo hicieran, algunos conceptos utilizados actualmente, necesitarían ser retocados. Esto es lo que se dirá aquí. Es decir, este artículo es una crítica de la TGD contemporánea.

La mayor parte de los cultores de la TGD contemporánea, léase los cultores de la filosofía del derecho de corte analítica, sin buenas razones —aparentemente—, se han autolimitado a verse como proveedores de conceptos para la Dogmática Jurídica, disciplina a la cual suelen considerar como la *única* ciencia jurídica posible.

Pero, negándose al diálogo con otras ciencias, la TGD pierde la oportunidad de mejorar sus conceptos. Porque la investigación sobre esta manera de ejercerse el poder que es el derecho, se amplía casi cotidianamente, y ello 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 pretende mostrar que la contrastación de los conceptos con algunas “realidades normativas”, pone en jaque el uso que muchos juristas teóricos hacen de ellos. Pero, también, que en la propia teoría existen los elementos necesarios para pensar fenómenos normativos hasta ahora no incluidos en el modelo tenido en cuenta por

los teóricos actuales, como es el caso del derecho indígena. Lo cual, por lo demás, legitima la intolerancia del estado moderno respecto de otras culturas jurídicas.

2. LAS REALIDADES OBSTINADAS

Si es muy cierto que Kafka hubiera sido un autor costumbrista en América Latina, y que García Márquez no inventó nada, también lo es que la manera como se ejerce el poder supera con creces las ya de por sí pobres imaginaciones de los juristas oficiales, clásicos, esto es, los grandes juristas. Su persistente miopía para ver, y su amurallada concepción del estado, los ha hecho ineptos para pensar realidades que no están en los manuales que se saben de memoria.

En América Latina se conservan alrededor de 400 grupos indígenas, los cuales comprenden varias decenas de millones de personas, viviendo en comunidades en las cuales existen normas que son distintas, y frecuentemente contradictorias, respecto de las llamadas “estatales”, es decir, las que producen e intentan hacer cumplir los gobiernos comúnmente reconocidos como únicos —o “soberanos”— en esos territorios. Existen comunidades que tienen, además de su propio idioma, sus propios procedimientos para producir normas; disponen de sus propios jueces, designados conforme con esas normas; tienen sus policías, sus prisiones, sus procedimientos para nombrar gobernadores, 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.

Vale la pena notar que la TGD, en Kelsen por ejemplo, ha sostenido que las normas válidas son las que pertenecen a un sistema eficaz. Los realistas van más allá: son normas válidas las que se usan, por los jueces por ejemplo. Pero estos autores no se han percatado de que, si es así, entonces los sistemas normativos válidos son los indígenas, porque éstos son los eficaces en esos territorios y para esos individuos.

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 sucede en México 2002 —aunque los zapatistas no han dicho que quieren destruir el estado mexicano, sino sólo transformarlo—, en Colombia, y fue también el caso de la Nicaragua rebelde y, por cierto, el de Cuba. Pero, para mayor abundancia, todos los estados latinoamericanos son productos de la subversión, y, desde luego, en la ideología latinoamericana, los sistemas normativos de los insurgentes, que poco a poco fueron ocupando el espacio del sistema colonial, son celebrados como el comienzo del llamado “derecho patrio”. Al cual nadie osaría retacear el calificativo de jurídico, y menos el de legítimo.

Por supuesto, éste no es un fenómeno exclusivo de América Latina. La situación se repite en el Irak curdo desde hace años, en Chechenia, en Palestina, y en muchos otras porciones del planeta, donde aun existen guerras de liberación nacional.

En todos estos casos, y según el grado de desarrollo del proceso insurgente, ha habido, y hay, no sólo normas, sino complejas organizaciones judiciales, estrictas administraciones de cosas y territorios, y claras reglas para elección o nombramiento de funcionarios.

Aquí se cuele, por los resquicios de una ideología que no osamos confesar, 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 latinoamericanas, que arreglan sus conflictos al margen de los organismos del estado. 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 el grupo se da, y de acuerdo con lo resuelto por algunos miembros designados para administrar y resolver controversias.

3. EL PLURALISMO NORMATIVO EN LA SABIDURÍA DE LOS GRANDES JURISTAS

Con los pseudoconceptos usados por los juristas que son consultados por el poder, los fenómenos que constituyen estos ejemplos, y 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, ven a sus miembros como delincuentes; a sus autoridades, como usurpadores, y a sus resoluciones como arbitrariedades, cuando no como usurpaciones de funciones “oficiales”. 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, turco o 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. La TGD, como se ve, en boca de los grandes juristas, es una vulgar legitimación del poder y el crimen.

Lo cierto es que, en tales territorios, para tales grupos humanos, las normas efectivas son otras distintas de las del sistema normativo que la pseudo teoría —ideología, entonces— reconoce, y llama, como “derecho”. Por tanto, usados conforme con la mirada de los grandes juristas oficiales, estos “conceptos” son inservibles para lograr una descripción científica que no constituya una vulgar ideología de celebración del poder. Esta mirada jurídica es inservible para describir algo parecido a la realidad.

Sobre estos temas, la TGD no ha producido casi nada, porque se ha desarrollado teniendo siempre como horizonte, como modelos, 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.

4. PLURALISMO, ALTERNATIVIDAD Y SUBVERSIÓN

Los sociólogos del derecho han venido usando la expresión “pluralismo jurídico” para designar los fenómenos citados más arriba. La Sociología no ha tenido muchos problemas en detectar la existencia de “realidades normativas” diferenciadas en sociedades complejas, como las latinoamericanas. Pero si no ha tenido problemas para ver, detectar, en cambio tampoco ha hecho esfuerzos teóricos para valorar el significado de sus descubrimientos. Claro que poca responsabilidad le cabe, si, como parece correcto,

esa tarea le corresponde precisamente a la TGD; al menos si quiere ser, además, de “general”, una que no pueda ser acusada de apología del poder.

La pregunta que conduzca a una posición que permita mirar el fenómeno sin celebrar el poder, puede ser ésta: ¿hay diferencia entre los diversos sistemas normativos detectados por la Sociología, y el que tradicionalmente ha sido llamado “derecho” por la TGD? Para contestar, no supondremos *ab initio* que hay órdenes o sistemas *jurídicos*, sino que diremos, solamente, que son órdenes o sistemas *normativos*. Después nos preguntaremos si algunos son jurídicos y otros no.

Posiblemente debería ir en este lugar una crítica del concepto de sistema jurídico, aún cuando, como acabamos de decir, supondremos por un momento que no hay normas jurídicas y normas no jurídicas, sino solamente normas. Trataríase, por tanto, de una disquisición acerca de sistemas normativos en general.

No cabe aquí tal disquisición solamente por el espacio que requeriría una cosa tal. Digamos, solamente, que la TGD viene suponiendo que las normas se organizan en sistemas, como si la sistematicidad fuese una virtud de las normas. Esto constituye en error: los sistemas no existen *realiter*, sino que los elementos del sistema están ordenados solamente porque *los vemos* ordenados. Para que haya un orden, debe haber un ordenador; a menos de caer en la metafísica que la TGD contemporánea ha tratado de evitar. Una pluralidad se convierte en un “conjunto” de *elementos* de un todo, o de un *sistema* sólo después de ser mirados como dependientes de ese orden. Pero el orden siempre lo pone el sujeto que mira. Los teóricos del derecho, aún los filósofos analíticos, suponen que las normas *se* organizan en sistemas.

La verdad es que la pertenencia de una norma a un sistema, no es una característica de la norma, sino un efecto del discurso que así lo dice. Debe haber alguien, un juez por ejemplo, que produzca el discurso que pone a la norma como integrante de un sistema; que “valide” al enunciado que se presenta con pretensión de ser norma “válida” —lo cual puede ser una redundancia.

Por otra parte, la TGD ha desarrollado la idea de que existen normas de reconocimiento, que permiten establecer la pertenencia de un enunciado prescriptivo a un “sistema”. En verdad, es el *uso* de esas normas lo que permite establecer tal pertinencia; no alguna característica de las pretendidas normas, que antes de ser reconocidas sólo son aspirantes a ingresar al sistema.

Esta cuestión merece un desarrollo mucho mayor, que no puede hacerse aquí. Pero digamos que cualquier pluralidad de normas puede ser adjudicada a un sistema por el uso de una regla de reconocimiento. Esto quiere decir que cualquier grupo de normas puede constituir un sistema, a condición de que un discurso de reconocimiento así lo diga. Esto quiere decir que el llamado “derecho” puede ser visto como un sistema de normas; y de hecho así es: se le denomina “sistema”, y se le agrega, ya sin mayor fundamento, la calidad de “jurídico”. Porque la sistematicidad tiene como fundamento el proceso de inclusión de los enunciados aspirantes a normas en el sistema; pero la calificación de juridicidad no tiene ningún fundamento, al menos aparente.

De modo que podemos hablar de sistemas normativos, sin preguntarnos, por el momento, si son o no jurídicos.

5. 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. Esto es una definición estipulativa; es decir, la creación de un concepto, que debería ahora demostrar su pertinencia para estudiar la realidad.

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 pretende lo mismo otro conjunto de normas, al cual, hasta ahora, la TGD ha venido llamando “jurídico”, con la pretensión de que es la única juricidad posible.

6. ÓRDENES O SISTEMAS NORMATIVOS ALTERNATIVOS

La idea de alternatividad supone que hay al menos dos sujetos, uno alternativo respecto del otro. “Alternativo” supone que pretende ser “otro”, esto es, *distinto*. Por *orden o sistema normativo alternativo* entenderemos aquí que existe un sistema o conjunto de normas que se presenta como “otro”, y que tiene la característica de que en el mismo puede detectarse al menos una, que obliga a producir conductas que, conforme con el otro orden o sistema, constituyen delito u otras formas de conductas prohibidas. Es decir, las del sistema alternativo son normas cuya *efectividad* constituye delito conforme con las normas del otro sistema. Diremos, obviamente, que donde hay esta clase de alternatividad, estamos frente a un caso de pluralismo normativo.

7. 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 que empieza a dejar de ser dominante, hasta que, en muchos casos, llegue a ser el *otrora* dominante. 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 veinte años, por ejemplo.

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

8. LA PREGUNTA DESAPARECIDA

La pregunta aquí, es si estos sistemas normativos pueden ser llamados jurídicos. Y para ello, debe definirse la *juricidad*. Pero en la TGD esta pregunta ha desaparecido. Este problema, ha sido obviado 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, el modelo, para el estudio del cual, la TGD ha generado los conceptos teóricos.

Obsérvese el desatino: si hubiera una sola juricidad, entonces la palabra “juristicidad” estaría de más. En efecto: ¿por qué se agrega el adjetivo “jurídico” a un sistema normativo? ¿Por qué hay normas calificadas de jurídicas? Porque las hay no jurídicas. Bien; entonces, los sistemas normativos *jurídicos* deberían poder distinguirse de los no jurídicos. Pero la TGD no dice nada al respecto: no define la *juricidad*. Si lo hiciera,

tendría que mostrar en qué se diferencia un sistema de derecho antiguo respecto de uno indígena, por ejemplo; y explicar por qué uno es derecho y el otro no. Pero nunca se ha propuesto tal cosa.

Este ocultamiento de la pregunta, adviértase, va a contrapelo de la historia. En efecto, cualquier manual de historia muestra cómo los actuales sistemas normativos, llamados *jurídicos*, los europeos como el español por ejemplo, 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 XIV, 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?

Aunque, a decir verdad, la cuestión sí se planteó, pero por otra vía: la ideología —que no concepto— de *soberanía*. Con esta idea, más o menos confusamente, y cada vez más confusamente, se expresa la pretensión de un grupo en el poder, de ser la única fuerza legitimada para producir normas. Claro, el grupo en el poder no se presenta como una fuerza social, sino como *estado*, esto es, como fuerza “juridizada”. Se trata de una vil petición de principios: la fuerza social dice que tiene la legitimidad que le da el derecho —la juricidad nunca definida—, pero si se pregunta quién puso el derecho, el grupo en el poder tiene que confesar que fueron sus miembros; o sea los mismos que afirman, conforme con el derecho, ser los únicos autorizados para producir derecho.

Cuando esta ideología se traspasó de los juristas a la conciencia común, como bien lo expresó Luis XIV, el estado no era 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. Y así, cuando la TGD apareció, en este siglo, como no se ocupó de otro espectáculo sino de éste, se encontró con que podía hacer desaparecer 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 sino *una* clase de sistemas normativos: los del mundo capitalista.

Que la TGD es la teoría de un sistema normativo, el burgués o moderno, se comprueba fácilmente mostrando la pregunta que suele ser liminar en toda Introducción al Derecho: la diferencia entre moral y derecho, entre normas morales y normas jurídicas. Como se sabe, esta diferencia no existía, ni en el mundo antiguo, ni en el mundo medieval. Es una pregunta generada al influjo de la ideología del príncipe moderno; de Maquiavelo, si queremos personalizar. Nunca antes a alguien se le había ocurrido que había algo, la *moral*, que difería de otro algo, que sería, en adelante, el derecho. La distancia entre moral y derecho, entre estado y ciudadano, entre estado y sociedad civil, lo que abre el espacio del derecho subjetivo, es el molde de la organización política moderna. Cada vez que la TGD se instala en esta división, prueba que es la teoría de *un* sistema normativo específico: el moderno. 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 TGD encontró allí uno de sus temas tradicionales: derecho y moral. Pero, adviértase, no se definía con ello la “juricidad”, sino la diferencia entre *esto*, que es el conjunto de normas producidas por ese poder único, y alguna otra cosa, otras normas, definidas por su relación, o no relación, con el sistema normativo escogido como objeto de estudio por la TGD. Es decir, la TGD se instala en el interior del discurso que dice sólo describir, y, desde allí, “mira” a las otras normas y sistemas. Y claro, desde ese puesto de observación, todos los demás son “los otros”.

El sistema puesto de observación de la TGD, que no era tan único, pero que se autoproclamaba como tal, mostraba tener sus *otros*-que-él. Pero mirados *desde la posi-*

ción del sistema autoproclamado único y no desde una posición neutral, o equidistante, quedó oculta la necesidad de explicar el porqué del privilegio de esa juricidad que se predicaba de él. Y el estudiarlos desde la posición de hegemonía del sistema autoproclamado único, convirtió a los otros en *lo otro* del sistema, al cual, sin mayor crítica llamaba *jurídico*; es decir, los convirtió en *no jurídicos*.

La consecuencia ideológica de este proceso *cuasi* epistemológico, es, en verdad, terrible. La TGD se ocupó de una clase especial de sistemas normativos, pero al mismo tiempo los legitimaba. La consideración de solamente las normas que fueron consiguiendo hegemonía, de los sistemas triunfantes, cumplió también la no despreciable función ideológica de mostrarlos como los únicos que debían ser obedecidos. 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.

Así es como la TGD pudo limitarse a encontrar diferencias entre lo que llamó moral y lo que se llamó derecho, diferencias 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 no cuenta con ella.

Como se sabe, ésta es la violencia *legal*, que es tal porque es la organizada por *ese* sistema, cuya calidad de “único” no se pone en duda, como tampoco se pone en duda que sea el *legítimo*. No obstante, hay otras violencias, pero que resultan “de hecho” como la de la banda de ladrones o la del 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 los que tienen “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? Solamente porque uno dice que lo es, mientras dice que el otro no lo es. Y encuentra alguien que lo crea...

9. EL DERECHO Y EL PODER

Lo que sucede, es que, oculto tras esa concepción del derecho, hay un fenómeno social: el ejercicio del poder, el cual, como se sabe, 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 ocultado la pregunta por la “juristicidad” de ese discurso, resulta también posible ocultar cualquier otro discurso normativo contestatario, relegándolo, en los hechos y en la ideología, a la *otredad*, arrojarlo a la no juricidad, a ser lo no-derecho, esto es, en virtud de ese halo mágico del derecho, a la ilegitimidad, y, por tanto, a la legalidad de su represión.

Con esto, TGD, de cuño innegablemente positivista, ha traicionado sus convicciones originarias: ha dejado fuera de su discurso, al fenómeno, a “la realidad”, a la cual, en el comienzo, estuvo dispuesta a rendir culto. Esta realidad dejada fuera, es el ejercicio del poder. Esto es, se ha quedado sin ese referente empírico que era la base de su postura epistemológica.

La juricidad no existe realmente. Lo que existe es el fenómeno del ejercicio del poder por la vía del discurso normativo. La *juristicidad* no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar, un sistema normativo —una forma de ejercer el

poder—, sobre cualquier otro, al cual se arroja a la antijuricidad. Que no es otra cosa, al final, sino la característica de ser *alter* respecto de quien realiza el juicio de legitimación del que declara “jurídico”.

Se comprende fácilmente, a partir de aquí, adónde apunta este trabajo: a declarar los sistemas normativos indígenas tan *jurídicos* como el del estado que intenta suprimirlos. Sólo que éste último tiene menos derecho a la existencia, puesto que los otros estaban allí desde antes.

10. CIERTOS SISTEMAS NORMATIVOS, NOMBRADOS COMO “JURÍDICOS”

Aceptemos 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. Como se sabe, esto conduce a plantear la teoría de la *norma fundante*.

Y aquí comienzan las dificultades del derecho para proclamarse como único y para reclamar obediencia. Porque resulta que el proceso intelectual en que consiste el uso de esa norma para reconocer el sentido subjetivo de una norma como su sentido objetivo, es una *decisión*, y, por tanto, el *dictum* de alguien, que bien puede equivocarse. O que bien puede estar en contradicción con el *dictum* de otro alguien, que considerará al autor de la prescripción como no legitimado, porque fue mal nombrado, o porque se excedió en su autoridad por ejemplo. 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.

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 *legitimación* 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 por tanto *válido*; no por sus propias virtualidades.

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 autor.

Es decir, los sistemas normativos consiguen acceder a la categoría de jurídicos, sobre la base de una ideología de justificación, que no es otra cosa que una ficción. No

hay ninguna otra razón que justifique la “juridicidad” del sistema normativo. No hay juridicidad que otorgue juridicidad. Se trata del *hecho* de la eficacia del sistema normativo, acompañado de la ficción de la *Grundnorm*. Y, en el mundo contemporáneo, la juridicidad es consagrada por otra ideología 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.

11. LOS ÓRDENES NORMATIVOS ALTERNATIVOS Y LA JURICIDAD

Tan pronto queda mostrada la endebles de la TGD para mirar el fenómeno del pluralismo normativo, resulta que se acaban todas las razones para negarle juridicidad a los sistemas normativos alternativos, cuando menos en ciertos casos, como en el de las comunidades indígenas sobrevivientes.

La pregunta sería: el orden indígena ¿es jurídico? O bien: ¿por cuáles razones podría negársele juridicidad 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 cuales 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. Al contrario, Kelsen ha dicho que el orden jurídico internacional *reconoce*, es decir *válida*, un sistema normativo como *jurídico* cuando el mismo es eficaz. De modo que es su propia eficacia lo que permite reconocerlo, y no el reconocimiento internacional el que lo hace válido. Lo cual es congruente con su posición: una norma es válida si pertenece a un sistema válido, pero un sistema es válido cuando sus normas, mayoritariamente, son efectivas.

En verdad, el único obstáculo para predicar de esos órdenes normativos la juridicidad, 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*. Es decir, no hay otra “razón” que la ideología de la soberanía. Pobre razón sin duda.

Escuchemos en cambio las razones del sistema normativo indígena. Escuchemos un diálogo que nunca sostuvo nadie, entre el indígena y el sistema llamado “jurídico”. Dice el primero ¿cuál es el derecho que te dio el derecho a decir que tú eres derecho y que yo no soy derecho? ¿Te has percatado de que yo estaba aquí antes de que tu vinieras? ¿Acaso crees que la conquista por la fuerza es lo que te otorgó el derecho?

¿Que podría contestar el sistema “jurídico”? Lo dejamos a la imaginación del lector.

Además: ¿quién debería ser el reconocido? Porque, adviértase, en los casos como los de las comunidades indígenas, sistema efectivo, y por tanto eficaz, es “el otro”, el “no-jurídico”. En efecto, el problema de los funcionarios del sistema “jurídico” es que, precisamente, las comunidades no lo usan a él, sino al descalificado como “usos y costumbres”. Y una buena teoría, la de Kelsen, por ejemplo, sostiene que el derecho existe porque es efectivo. O, dicho de otra manera, el derecho es derecho si existe. Entonces, si en el territorio de las comunidades indígenas existen los sistemas normativos que existen, ¿cuál es el que “debe” existir? Ya sabemos cuál es la respuesta del conquistador: debe existir el mío, el que vino después, de afuera, por la fuerza, y que, además, no es usado por la comunidad.

Como se ve, las respuestas de la TGD, así como está, sin retoques, es una vil legitimación del poder. Entonces ¿qué impide que los indígenas sean órdenes normativos *jurídicos*? En realidad, absolutamente nada; salvo aquella ideología de la soberanía, cuya función significativa ha quedado relegada totalmente al nivel de justificación del estado moderno. Sirve, *precisamente*, para retacear legitimidad a cualquier intento de contestación del poder, de la *legitimidad* del poder de los funcionarios de un estado.

12. EL PLURALISMO NORMATIVO Y LA JURICIDAD

Comenzamos diciendo que, por un momento, que ya pasó, hablaríamos de sistemas normativos en general, para hablar, después, de sistemas normativos que pueden recibir el calificativo de *jurídicos*.

Cuando hay alternatividad normativa, esto es, dos sistemas que pretenden validez en el mismo territorio y/o para los mismos individuos, ¿cuál de los dos es el jurídico? Pero, como hemos visto, esta respuesta no puede articularse desde un puesto de observación *dentro* de uno de los dos sistemas. La TGD debe instalarse en un lugar de observación que impida cualquier sospecha de parcialidad. La respuesta parece obvia: no hay respuesta.

Estamos en condiciones, ahora, si queremos, de extender el concepto de pluralismo normativo a los 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 también estamos autorizados a *no* querer extender los conceptos, y quedarnos con una teoría que 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.

En suma; o bien la TGD se autorretoca para permitir a las ciencias jurídicas hablar de la realidad, o continúa siendo un cuerpo discursivo legitimador del estado moderno y de su intolerancia hacia otros sistemas normativos.