PROSPECTIVA DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA EN EL MARCO DE LA REGIONALIZACIÓN Y LA GLOBALIZACIÓN

ENRIQUE URIBE ARZATE¹

MARÍA DE LOURDES GONZÁLEZ CHÁVEZ

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Estado y derecho en la globalización*; III. *Un derecho, dos caminos*; IV. *El debate derecho estatal – derecho internacional*; V. *La visión derecho positivo versus derecho consuetudinario*; VI. *Una perspectiva actual: El derecho producto social – el derecho producto del Estado*

RESUMEN

Las características básicas del concepto clásico de Estado han sido afectadas por el fenómeno de la globalización.

No sólo es el debilitamiento de las soberanías nacionales, sino las tensiones entre el derecho internacional y los derechos estatales.

En América Latina hay que tener en cuenta, además, el pluralismo jurídico, con la pervivencia de los derechos indígenas consuetudinarios, que hay que preservar en medio de estas tensiones de la globalización.

Palabras clave: Globalización, Regionalización, Derecho Internacional y Derecho Estatal, Derecho positivo y Derecho Consuetudinario.

ABSTRACT

The basis on classical estate studies are changing due to the globalization phenomenon. Not only weakness sovereignty has been done as a result of tensions among international Law and public Law.

In Latin America .we must consider that legal plurality coexist with native law from ancient times that needs to be preserved inside globalization stress-

Key Words: *Globalization, Regional lands, International Law, State Law, Statute Law and Common Law.*

¹ Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II. Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, una de las mayores tensiones que viven los Estados, se advierte en la fuerza de los fenómenos de integración regional y mundial que se enfrentan a un proceso inverso que se manifiesta en los cada vez más intensos y airados reclamos de autonomía y atribuciones de las entidades que integran al Estado-nación.

Frente a estas dos fuerzas tensionantes, el *Estado-tipo*, ha tenido que adoptar algunas medidas que merecen ser analizadas para conocer las grandes tendencias en este campo, pues es inconcuso que algunas ideas y principios -otrora inamovibles- hoy han sido cambiados o al menos, redimensionados al seno del Estado; *vid.* la soberanía, las fronteras, la ciudadanía, etc.

México y casi cualquier otro país de América Latina, están viviendo dicho proceso y por ello, nos parece ésta, una inmejorable oportunidad para analizar cómo han impactado dichas fuerzas tensionantes en la conformación del Estado en Latinoamérica y concretamente en México que además sufre los embates de otra fuerza tensionante adicional, como lo es la que proviene de la frontera norte, merced a las inevitables relaciones con los Estados Unidos de Norteamérica.

En este sentido, la ponencia que respetuosamente presentamos a ustedes, tiene como propósito llevar a cabo el estudio de esta cuestión para poder avistar algunas conclusiones sobre este complejo proceso de doble vía: la fuerza de la globalización y los reclamos de mayor autonomía de las entidades federativas.

Es evidente que en dicho proceso, hay un factor determinante que no podemos soslayar, pues su instrumentación no puede darse de espaldas a la manera en que opera el derecho en nuestros países. Nos parece que una cuestión esencial en este tópico, estriba en pulsar adecuadamente el valor y hasta el impacto de las prácticas jurídicas consuetudinarias, en el marco mismo de la regionalización y la globalización.

Como podemos ver, el análisis netamente positivista sobre las expresiones jurídicas resulta insuficiente. La inserción de los países latinoamericanos en este proceso de integración, debe tomar en cuenta la existencia de este derecho casi siempre olvidado, pero que forma parte del acervo cultural de nuestros pueblos.

Una pregunta puede centrar adecuadamente nuestra inquietud: ¿Hacia dónde camina el Estado latinoamericano que enfrenta esta doble tensión entre lo global y la necesidad de preservar su derecho y sus instituciones vernáculas?

II. ESTADO Y DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

Es inconcuso que en la actualidad, no sólo el Estado ha sufrido los embates arriba mencionados, sino también, el derecho de dimensión estatal se ha visto jalonado por la producción jurídica proveniente de otras fuentes como por ejemplo, el derecho internacional y las decisiones provenientes de las Cortes y Tribunales metaestatales².

Al margen de esto e incluso más allá del significado del nuevo derecho que emana de las decisiones de las Cortes y Tribunales Internacionales, es evidente que el orden jurídico doméstico ha adquirido nuevos matices y que en el mismo sentido, las más esenciales manifestaciones de *lo jurídico* deben ser revaloradas, en el marco del fenómeno que conjuga la fuerza de las expresiones locales con la fuerza irresistible de lo global.

Ante esta cuestión, debemos iniciar preguntándonos:

¿Qué es el derecho en la actualidad?, ¿de dónde nace la concepción de *lo jurídico*?, ¿cuál es su relación con la ley?

Son estas algunas preguntas que deseo convertir en reflexiones y compartirlas con ustedes en este interesante Congreso.

Por principio quiero señalar que el término derecho es un tanto impreciso, o al menos multívoco. Lo mismo sirve para identificar a la disciplina o ciencia que se ocupa del estudio del “derecho”, como para referirse a ese objeto de conocimiento que llamamos “derecho”.

En término llanos, a veces la misma palabra nos sirve para referirnos al derecho como *facultad* inherente a alguna persona (derecho subjetivo) y otras para indicarnos la existencia de diversos textos jurídicos, leyes, códigos, reglamentos, etc. que son los que regulan la convivencia

2 Hoy casi nadie discute la relevancia de las resoluciones emitidas por las Cortes y Tribunales Internacionales. Empero, todavía existe una resistencia considerable en lo tocante a la cuestión sobre la atención y acatamiento a las mismas

entre los habitantes en un espacio determinado. Es importante mencionar que en esta segunda acepción no se introduce distinción alguna entre el derecho privativo de cualquier país y el que existe más allá de sus fronteras; esto quiere decir que aún en su “dimensión objetiva” el derecho puede bifurcarse en el derecho nacional de un país y el derecho internacional.

Esto es el derecho; o al menos esto es lo que se puede entender del vocablo derecho.

Como podemos advertir, la palabra se presta a varias interpretaciones que dan lugar a distintos conceptos.

III. UN DERECHO; DOS CAMINOS

Sin embargo, la dificultad mayor en la concepción del derecho se presenta en el momento que en un espacio determinado, convergen distintas manifestaciones del derecho y que, por lo mismo, reclaman su cumplimiento y aplicación.

Esta problemática es doble: Por un lado, la existencia de dos ámbitos de validez del “derecho objetivo” plantea la necesidad de hacer converger al derecho positivo del Estado con el derecho internacional que vincula a dicho Estado con la comunidad internacional.

Por otra parte, dicha cuestión adquiere otros matices, cuando aún sin considerar el primer problema (derecho nacional-derecho internacional), nos enfrentamos a la coexistencia de dos tipos de derecho dentro del mismo Estado.

Es el caso de la disputa entre el derecho positivo, el que está escrito en los códigos y ordenamientos jurídicos del Estado y el derecho que no está escrito y que no ha emanado de la actividad legislativa del propio Estado.

Aquí se sitúa un problema jurídico de muy largos alcances que lo mismo puede otearse desde la sociología que desde la antropología o la etnografía.

Visto así, podemos preguntarnos a qué tipo de derecho se refiere el que está redactado en ordenamientos que promulgan los órganos del Estado, y si ese derecho es esencialmente distinto al derecho que

no “nace” en la actividad legislativa sino en la práctica e incluso en las creencias de los pueblos originarios.

El gran debate que aquí ubicamos, tiene diversas perspectivas para su análisis. Vamos a intentar hacer este desarrollo a partir de varias consideraciones que estimamos indispensables.

IV. EL DEBATE DERECHO *ESTATAL* - DERECHO *INTERNACIONAL*

Vamos a iniciar con algunas reflexiones en torno a la vieja querrela entre el orden jurídico internacional y el derecho de corte nacional. Comenzaremos preguntándonos si existe un derecho primario, es decir si alguno de estos dos órdenes normativos tiene primacía sobre el otro.

Por principio diremos que el derecho comprendido como conjunto de *corpus* (conjunto finito de normas coexistentes) es más fácilmente aprehensible si se le considera como derecho estatal; quiero decir que la dimensión más cercana del derecho nacional se identifica con el derecho estatal o lo que es lo mismo, la producción de normas a partir de la actividad de los órganos previamente constituidos del Estado; es ésta la forma típica de producción del derecho. De este modo, cuando el Congreso de la Unión o cualquier legislatura local emite una nueva ley, lo que hace es producir el derecho del estado, el derecho estatal, el derecho como *corpus*.

Visto así, el derecho de corte nacional (derecho estatal) es el primer orden normativo y el más cercano a los habitantes, pues la producción de normas jurídicas nace con más normalidad y regularidad de la actividad legislativa.

Sin embargo, del otro lado, tenemos que considerar la existencia de normas de otra procedencia que también inciden en el Estado; esas normas que no nacen de la actividad legislativa del Estado, sino de su actividad ejecutiva, también son parte del derecho estatal en la misma medida que el Estado suscribe acuerdos internacionales y en ese sentido se obliga en el marco del derecho internacional a incorporar el contenido de tratados y convenciones internacionales a su derecho interno.

Cabe señalar que dichos procesos de creación de normas no son

incompatibles; antes bien, los principios que la propia Constitución de México señala, como por ejemplo, la *supremacía* de la Carta Magna, permite establecer que la “ley suprema” a que se refiere el artículo 133 de la *lex legum* son la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales; esto significa que la ley suprema no es únicamente la Constitución y que por ello, ni siquiera debería plantearse el problema de la primacía de uno u otro orden normativo, pues los tres tipos de normas jurídicas son la “ley suprema” de nuestro país.

Como sabemos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el contenido del artículo 133 en el sentido de que primero se ubica la Constitución, luego los tratados internacionales y en tercer lugar las leyes federales. Sin embargo, de acuerdo con lo que aquí hemos señalado la cuestión ni siquiera debería plantearse en estos términos pues la Carta Magna no establece ninguna gradación ni relación jerárquica entre las normas jurídicas aquí referidas. En este orden de ideas, podemos citar el principio jurídico que dice: *Ubi lex non distinguere, non distinguere debemus* para constatar que el orden jurídico mexicano no necesita que se establezca qué tipo de normas jurídicas son superiores y cuáles les siguen en orden jerárquico.

Al respecto, podemos citar la vertiente de la doctrina conocida como el bloque de constitucionalidad para corroborar que en el seno del Estado no sólo la Constitución es norma suprema, sino también otras que no siendo la Carta Magna también tienen naturaleza constitucional. *Id. est.* que hay *corpus* al margen de la *lex legum* que también son constitucionales; vgr. El caso de Francia donde el citado bloque de constitucionalidad incluye a la Constitución francesa, al contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y al preámbulo de la Constitución de 1946.

Como podemos ver, lo constitucional del Estado abarca otros ordenamientos distintos a la Constitución. Esta aproximación teórica es de gran relevancia para la comprensión adecuada de la dimensión y alcances del orden jurídico del Estado, particularmente cuando en México nos hemos entrampado en el debate (casi en el espejismo) sobre la jerarquía normativa, precisamente ahí donde no hace falta aclarar nada pues todo está claramente prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ergo, la querrela derecho interno – derecho internacional, deberá buscar el camino del entendimiento por la vía de los “procesos de armonización jurídica” que permitirán comprender desde una visión holística que el derecho del Estado incluye tanto el que producen los órganos legislativos formalmente constituidos para ello, como el derecho que emana de la suscripción de acuerdos internacionales por parte del ejecutivo federal. El derecho interno y el derecho internacional convergen en una misma visión donde las dos proyecciones normativas citadas son la “ley suprema” del país, de acuerdo con lo que está señalado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

V. LA VISIÓN DERECHO *POSITIVO* versus DERECHO *CONSUETUDINARIO*

Ahora bien, a la querrela antes anotada se suma otro debate de no menor importancia y que se sitúa en la determinación de lo que debe comprenderse como derecho.

La cuestión que aquí citamos se da incluso al margen de lo que apuntamos líneas atrás. Aquí poco interesan los problemas formales del derecho; es decir, si alguna norma es estimada como ordenamiento superior, si hay jerarquía entre las leyes, si el derecho internacional es superior al derecho doméstico. Aquí el problema se ubica en la proyección sociológica que somete a discusión el carácter excluyente del derecho producido por los órganos del Estado y en este orden de ideas, sostiene que aparte del derecho “formal” del Estado existe otro derecho que nace en las costumbres, en el querer de los habitantes, al margen y con independencia de lo que acuerden y aprueben el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados o los titulares de los órganos ejecutivos federal y de las entidades federativas.

Desde luego, en el fondo de este diferendo tenemos que tomar en consideración los alcances de dos conceptos jurídicos esenciales: Por un lado, la *validez* que se predica de las normas jurídicas como la envoltura que los órganos del Estado proporcionan a las normas

que emanan de los procesos típicos de creación de las leyes; y por otra parte, la *existencia* de las normas que permite corroborar la presencia de disposiciones jurídicas sin considerar la formalidad de los procesos de creación. Esto nos lleva a decir que *puede haber normas existentes, pero inválidas*. La validez la otorga el Estado, la existencia se verifica con absoluta independencia de los procesos formales de reconocimiento de las normas jurídicas.

A partir de estas disquisiciones podemos construir una idea: ¿Existen otras normas jurídicas distintas a las que son producidas mediante los procesos formales de creación de las leyes? ¿hay otro tipo de derecho distinto al derecho que hay en las leyes?

La respuesta que no es sencilla, puede ser escudriñada si establecemos como premisa que los usos y costumbres constituyen una fuente indiscutible de creación del derecho. A partir de esta afirmación, podemos sostener que existe una dinámica social en constante actividad que produce un “cierto derecho” no reconocido por el Estado.

Estas inquietantes cuestiones no pueden ser fácilmente respondidas; sin embargo, podemos intentar una aproximación epistemológica si decimos que *el derecho en sentido lato no es propiedad exclusiva del Estado*. Esto significa que si bien la “validez” es un predicado del derecho que se expresa a través de las normas jurídicas, no podemos pasar por alto que hay otro tipo de derecho que sin ser “válido” desde esta categoría (sin ser formalmente válido) *vale socialmente* aunque desde la óptica del jurista se trate de prácticas o costumbres totalmente ajenas de valor jurídico.

Creo que en este punto estamos hablando de dos maneras de comprender la validez. La primera que cita la teoría del derecho es la validez que reconoce el Estado: No hay más normas que las producidas y reconocidas por el Estado. La otra dimensión de la validez tiene una proyección sociológica y se refiere al derecho que no necesita ser reconocido porque existe y es “válido” con independencia de lo que los legisladores sean capaces de aprobar y convertir en “leyes”.

De este modo, la ciencia del derecho está partida en dos cosmovisiones que hasta ahora no han sido conciliadas adecuadamente:

Hay un derecho en las normas que crea el Estado y (por exclusión) hay otro derecho que no está sujeto a las reglas del formalismo jurídico.

Es evidente que en el siglo XXI no podemos seguir con esta forma de comprender el derecho, pues la visión maniquea aquí citada sólo sirve para fracturar y mantener dividida a la sociedad mexicana y en general a las sociedades latinoamericanas que es eminentemente plurales y pluriétnicas.

¿A qué nos conduce la separación del derecho positivo y el derecho consuetudinario? Por principio a una manera bastante limitada de concebir los alcances de la ciencia jurídica, sin pasar por alto que una actitud así de obtusa poco ofrece al progreso y la evolución del derecho que formalmente existe en las leyes pero que no se agota en sus textos.

Queremos decir que el derecho comúnmente *se lee en las leyes*, pero también se encuentra en otras expresiones humanas. Recientes exploraciones han dicho por ejemplo que el derecho está en lo *fáctico* y también en lo *sígnico*, con lo cual podemos decir que *no todo el derecho está en las leyes*.

El derecho se puede leer más allá de la semántica y la sintaxis; se puede leer en la semiología que no necesariamente se expresa en signos lingüísticos.

VI. UNA PERSPECTIVA ACTUAL: EL DERECHO *PRODUCTO SOCIAL* - EL DERECHO *PRODUCTO DEL ESTADO*

Siguiendo estas ideas, podemos escudriñar otro más de los escenarios polémicos en la temática que nos ocupa.

De acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, todo parece indicar que el derecho del Estado, el derecho hegemónico que nace los órganos del Estado no es el único derecho que existe. De acuerdo con la teoría del derecho, sí es el único derecho formalmente válido, porque es el único derecho que se reconoce con todos los atributos formales exigidos para su creación. Empero, no es el único tipo de derecho no es la única clase de derecho que “existe”.

Desde luego que aquí surge una cuestión de no menor complejidad científica, pues debemos preguntarnos ahora sobre los procedimientos, los mecanismos y los parámetros para establecer que tal o cual forma de comportamiento social pueda tenerse en un momento dado como “derecho”.

Esto es, si los usos y costumbres de nuestros pueblos se dan al margen de lo que digan los órganos del Estado, ¿de qué manera podemos percibir lo jurídico de los usos y costumbres? ¿Cómo se manifiesta lo jurídico en las prácticas cotidianas de nuestros pueblos?

Nótese la importancia de la definición de lo jurídico, pues a partir de ello es como podemos empezar a comprender la amplitud y riqueza del derecho en sentido *lato*.

Desde esta perspectiva, me parece que una tarea fundamental se sitúa en la definición de los procedimientos más adecuados para catalogar como jurídico tal o cual comportamiento. Desde luego, no todo lo que socialmente acontece puede catalogarse dentro del ámbito del derecho; es decir no todos los comportamientos nacidos de las prácticas cotidianas de los habitantes pueden inscribirse en el ámbito de lo jurídico, pues muchas maneras de conducirse no pueden ser socialmente aceptadas.

Para poder llevar a cabo esta formidable tarea, podemos iniciar con la aceptación de que el derecho, los comportamientos humanos de naturaleza jurídica, son más fácilmente aprehensibles y se les puede dotar de mayor grado de exigibilidad (al menos coactiva) si se les expresa mediante signos lingüísticos inscritos en las leyes del Estado.

En seguida, podemos empezar a recomponer la dimensión epistemológica de la cuestión si establecemos mecanismos adecuados para asignar o reconocer (según sea el caso) calidad jurídica a ciertas conductas individuales o comportamientos colectivos que el derecho del Estado no ha querido o no ha podido incorporar al contexto de las normas jurídicas.

En este punto, debemos ser absolutamente cautos, pues es posible afirmar que el derecho que no está en las leyes no necesita ser expresado en las normas jurídicas del Estado. Visto así, tendremos entonces que buscar otras vías para la comprensión y tratamiento del derecho que no está en las leyes, pues aún cuando no hemos dicho que el derecho

consuetudinario necesariamente deba convertirse en derecho escrito, es claro que la incorporación de este derecho al que formalmente existe es la mejor manera de apelar por su respeto y cumplimiento.

De cualquier forma, otro de los aspectos que debe trabajarse con mayor intensidad tiene que ver con los mecanismos y procesos de asimilación del derecho consuetudinario por el derecho del Estado. Ante la separación evidente que tenemos entre ambas dimensiones jurídicas y teniendo como aceptado que el derecho formalmente reconocido del Estado es el que más fácilmente se aprehende, nos parece que los órganos del Estado deberían contar con mecanismos de detección de las expresiones jurídicas de tipo consuetudinario y procedimientos para su incorporación al orden jurídico formalmente válido.

De este modo estaríamos ante la posibilidad de superar la dicotomía validez – existencia del derecho, para arribar a un nuevo estadio del conocimiento donde el derecho (tanto el que se genera en el Estado, como el que practican los habitantes) sea uno solo formalmente válido porque lo incorpora el Estado, pero antes que todo, derecho vivo, existente en las conductas y creencias, en los valores que solamente necesitan los procesos de creación de la ley para la incorporación formal del derecho que es anterior a lo que dicen el Congreso de la Unión o las legislaturas de los Estados.

Esta comprensión amplia del derecho nos permitirá tener una mejor educación jurídica, pues además de saber que el derecho está en las leyes, seremos capaces de entender que la esencia de lo jurídico desborda el contenido de los artículos y preceptos incorporados a los textos legales y que la dimensión de lo jurídico -lejos de constreñirse a lo que los órganos del Estado son capaces de aprobar- se sitúa en la naturaleza humana y en la incesante búsqueda de mejores escenarios para la convivencia y la conquista de las aspiraciones colectivas.

Lo jurídico tendrá que ser comprendido como el querer del pueblo, el ser y deber ser de la colectividad, encaminados hacia la búsqueda de lo justo y lo bueno. Por eso Celso dijo: *Ius est ars boni et aequi*. Lo jurídico es el arte de lo bueno y de lo justo; el derecho (escrito o consuetudinario) es el mejor camino para su expresión. A fin de cuentas, la ley es sólo el mejor instrumento del derecho, pero no es la única vía para la existencia de lo jurídico.

VII. INTEGRACIÓN Y APROXIMACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Visto lo anterior y dado el poderoso influjo del derecho en la configuración de los Estados, no podemos pasar por alto que los procesos tensionantes a que nos hemos referido, tienen que tomar en cuenta de manera inevitable, la existencia de estos distintos órdenes normativos que más allá de conceptos como formalidad y validez, existen e influyen en la configuración de lo estatal.

La integración que nuestros países latinoamericanos deben impulsar, tiene que cuidar y garantizar la pervivencia de este otro derecho.

En México, por citar un ejemplo, las prácticas y el funcionamiento del Consejo Supremo Otomí no han dejado de manifestarse y siguen vigentes. El pueblo mazahua y cualquier otro cuyo estudio podamos abordar tienen “su” derecho que seguramente es más parecido al de los pueblos originarios de Perú o Ecuador que al derecho positivo del Estado.

Nos parece que en este proceso de integración, la América que describe el príncipe de las letras en el poema a Cristóbal Colón, tiene que defender y preservar la riqueza lingüística y cultural de nuestros pueblos. El derecho consuetudinario debe ser uno de estos preciados tesoros y por eso, la integración Regional de América debe valorar en toda su expresión la fuerza normativa de este derecho que a la par del derecho positivo regula conductas y hace posible la vida común.

Es claro que al mismo tiempo que el proceso de integración que nos ocupa, el proceso de mundialización o globalización, no puede tampoco soslayar la importancia del derecho consuetudinario aquí destacada.

En México 62 grupos indígenas tienen ya su sitio a nivel constitucional; en Bolivia, su Constitución reconoce el carácter pluriétnico de ese país hermano.

Después de esta cuestión, es preciso que la globalización absorba y se nutra de la sabiduría que subyace en el derecho de los pueblos originarios. La integración de sus Consejos; las tareas para la preservación del medio ambiente; el respeto por el orden natural; la sencillez de sus intercambios de mercancías.

En fin, los habitantes de estos países hermanos, debemos hacer que

la regionalización y la globalización –procesos de inclusión del Estado- incluya también la parte cultural antropológica (para decirlo con Habermas) de nuestros pueblos originarios.