

Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados*

Theory of Law, Neo-Constitutionalism and Differentiated Rights

Jairo Vladimir Llano Franco**

Citar este artículo como: *Llano, J.* (2017). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 13-32.

Resumen

En las últimas décadas la ciencia jurídica y la disciplina del derecho se han fortalecido, precisamente por la amplia producción académica, investigaciones que incluyen trabajo de campo, aparición de múltiples teorías del derecho, discusiones epistemológicas, deliberaciones metodológicas, entre otras posibilidades que amplían el campo jurídico, precisamente, en el presente artículo se reflexionara sobre las teorías del derecho que han impactado tanto la ciencia jurídica como el derecho constitucional en el siglo XX, hasta las primeras décadas del XXI, iniciando con las posiciones de Kelsen y Hart, para pasar a referenciar las corrientes protagonistas de la transformación constitucional como el Neo-constitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y sus efectos en la región, para exponer problemas de carácter interdisciplinario y que caracterizan la ciencia jurídica contemporánea como el pluralismo jurídico, la globalización y particularmente el reconocimiento de los derechos diferenciados en contextos como América Latina en términos generales y en Colombia de forma específica.

Palabras clave: Teoría del derecho, Neo-constitucionalismo, Globalización, Derechos Diferenciados y Pluralismo Jurídico

Fecha de Recepción: 7 de marzo de 2017 • Fecha de Aprobación: 7 de junio de 2017

* El proyecto de investigación en que se encuentra adscrito el presente artículo es: “Neoconstitucionalismo y Teoría del Derecho desde América Latina” en el Programa de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cali - Colombia

** Ph. D. en Derecho Universidad Externado de Colombia, beca de Residencia en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-España. Antropólogo y especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Profesor e investigador de la Universidad Libre Seccional Cali y la Universidad del Cauca. Director del grupo de investigación en Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público de la Universidad Libre Categoría C en Colciencias. Correo electrónico: jairoderecho1@hotmail.com

Reception Date: March 7, 2017 • Approval Date: June 7, 2017

* The research project in which this article is included is: “Neo-Constitutionalism and Theory of Law from Latin America” in the Law Program of Universidad Libre – Cali, Colombia.

** PhD in Law from Universidad Externado de Colombia, Residency Scholarship at Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati - España. Anthropologist and Specialist in Legal Anthropology at the Universidad del Cauca. Professor and researcher at Universidad Libre - Cali and Universidad del Cauca. Director of the research group on Constitutional, Administrative and Public International Law of Universidad Libre, Category C of Colciencias. Electronic mail: jairoderecho1@hotmail.com

Abstract

In the last decades, the legal science and the discipline of law have been strengthened, precisely due to the wide academic production; researches that include field work, the appearance of multiple theories of law, epistemological discussions, methodological deliberations, among other possibilities that extend the legal field.

In this article, we will reflect on the theories of law that have impacted both Legal Science and Constitutional Law in the XX Century, up to the first decades of the XXI Century, starting with the positions of Kelsen and Hart, to refer to the main currents of Constitutional transformation such as Neo-Constitutionalism and the New Latin American Constitutionalism and its effects in the region, to expose problems of an interdisciplinary nature and which characterize Contemporary Legal Science as legal pluralism, globalization and in particular the recognition of differentiated rights in contexts such as Latin America, in general terms, and in Colombia in a specific way.

Keywords: Theory of Law, Neo-Constitutionalism, Globalization, Differentiated Rights, Legal Pluralism.

Introducción

El artículo se encuentra relacionado con las deliberaciones recientes de la Teoría del Derecho en lo general y del derecho constitucional en particular, postulados teóricos y especializados que se encuentran enmarcados desde las ciencias sociales y la ciencia jurídica, determinándose el carácter interdisciplinario de los análisis teóricos y constitucionales, pero también en lo respectivo a lo metodológico, ya que se realiza ruptura con los métodos que tradicionalmente caracterizan cada disciplina, para dar paso a lo que se conoce como pluralismo metodológico debido a las referencias de distintos métodos en el proceso investigativo, postulado que se incorpora para este artículo donde se referencian distintos métodos para interpretar la Teoría del Derecho, el Neoconstitucionalismo y los Derechos Diferenciados.

La producción de Teoría del Derecho se ampliado desde los distintos contextos académicos, en los sitios considerados centrales como Europa y Estados Unidos en lo respectivo a las deliberaciones teóricas, los textos determinados como científicos e innovadores en la ciencia jurídica se han multiplicado; en los

lugares que se han catalogado como marginales en la creación de Teoría del Derecho como América Latina se presenta una producción académica de carácter sociojurídica interesante y respetable que incorpora problemas de la realidad social con análisis desde las distintas teoría del derecho, a la vez se pasó de traducir textos de teoría que se originaban en los lugares centrales a la deliberación y lo más desafiante a producir Teoría del Derecho desde la misma región, situación que también se presenta en Asia con sus destacados representantes de Japón, China, India y Rusia, mostrando que la Teoría del Derecho se convierte en postulados de carácter global y que los intercambios académicos desde la ciencia jurídica alcanzan ciertos equilibrios, sin desconocer causas estructurales como la crisis del Estado y del derecho en los Estados considerados centrales.

Precisamente, el presente artículo se inicia con la sección titulada: “Teoría del Derecho y neo-positivismo jurídico”, exponiendo los trasplantes que se han realizado de la Teoría del Derecho desde los sitios de producción al contexto latinoamericano, teniendo como punto de partida los postulados de Kelsen que fueron interpretados equivocadamente

impulsando un positivismo jurídico soportado en la ley, que era opuesto a su intención de reconocer la supremacía constitucional y la función protagonista del juez constitucional, por lo que es considerado en la actualidad como un neo-positivista jurídico, igual apreciación sucede con el teórico inglés Hart que el mismo se considera un positivista jurídico suave por reconocer la relación entre derecho y moral, sus postulados fueron trasplantados de una mejor forma que lo acontecido con su antecesor alemán Kelsen. En la segunda parte titulada: “Constitucionalización del derecho, Neo-Constitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, se parte del proceso en que las corrientes y teorías constitucionales afectan los diferentes ámbitos y áreas del derecho, fenómeno denominado constitucionalización del derecho, que tiene en el Neo-Constitucionalismo el mayor referente teórico-conceptual con la expansión nacional y global de los derechos fundamentales; esta corriente fue en parte impulsada de las transformaciones constitucionales en América Latina, convirtiéndose en el referente para la aparición del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que tiene en las Constituciones promulgadas recientemente su consolidación teórica-práctica.

En la tercera sección, titulada: “Teoría del Derecho y relaciones con las especialidades de la ciencia jurídica”, se expone los aportes que han realizado a la Teoría del Derecho las deliberaciones sobre la relación derecho y moral que han caracterizado la filosofía del derecho, la eficacia en el derecho por parte de la sociología jurídica y el reconocimiento de la diversidad cultural por parte de la antropología jurídica. En la cuarta parte, titulada: “Pluralismo jurídico contemporáneo y globalización”, se presenta un problema contemporáneo de la ciencia jurídica como es el pluralismo jurídico que apareció desde una perspectiva teórica que buscaba responder a la dominación y las apreciaciones

equivocadas del positivismo jurídico, este concepto ha tenido transformaciones recientemente y se convierte en el punto de partida para entender procesos complejos como la globalización en general y la globalización del derecho en particular.

En la quinta sección titulada: “Perspectiva interdisciplinaria y teórica de los derechos diferenciados” se relaciona la teoría del derecho, postulados de la ciencia jurídica y conceptos de las ciencias sociales con el reconocimiento de los derechos diferenciados de las múltiples culturas, sociedades y grupos que tienen sus respectivas cosmovisiones particulares y que son reconocidos constitucional e internacionalmente. La última sección titulada: “El reconocimiento constitucional de los derechos diferenciados: El caso colombiano”, expone como desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional se han paulatinamente reconociendo los derechos de los diferentes, como comunidades indígenas, colectivos negros, LGTBI, colectivos de mujeres, entre otros grupos considerados diferenciados que se encuentran ubicados en distintos lugares de Colombia.

Teoría del Derecho y neo-positivismo jurídico

América Latina ha sido una región que se caracteriza por realizar trasplantes en lo respectivo a la organización del Estado, la estructura del derecho como disciplina y por supuesto la teoría del Estado y la teoría del derecho, entre los teóricos del derecho que fueron referenciados en las lecturas de los programas de derecho a mediados del siglo XX se encuentra el profesor austriaco Hans Kelsen, que desafortunadamente fue equivocadamente interpretado por la naciente academia jurídica latinoamericana, aunque los trasplantes tienen el inconveniente de transformarse y adecuarse de acuerdo a los intereses de las élites locales,

“... en relación con los objetos trasplantados, tal perspectiva de análisis pasa por alto que éstos son constantemente transformados en los contextos de recepción. Así, por ejemplo, mientras que en el contexto anglosajón la Teoría del Derecho como integridad defendida por Ronald Dworkin es interpretada como una teoría liberal estándar que se sitúa en el centro a la derecha del espectro político, en algunos países latinoamericanos como Colombia esta teoría es catalogada como progresista, hacia la izquierda o con notables poderes emancipadores” (Bonilla, 2009, p. 19).

La interpretación o adecuación un poco errónea de los postulados de Kelsen fue notable en el contexto regional, en Colombia por ejemplo no pocos abogados fueron formados con la concepción de que Kelsen defendía los postulados positivistas tradicionales como la supremacía de la ley y el principio de legalidad, nada más opuesto a su percepción teórica, incluso, el mismo Kelsen refuto a uno de sus más importantes seguidores en Argentina, Carlos Cossio, debido a la adecuación que realizó de su teoría para crear su propio postulado teórico:

“Sobre finales de 1949, Kelsen escribe a su discípulo Kunz, residentes en Nueva York, haciendo un balance revelador de su experiencia en Buenos Aires: Mi situación en Buenos Aires no fue demasiado fácil por la razón [de] que las escuelas de Cossio y Soler se combaten vigorosamente, no sólo por razones teóricas, sino también por razones políticas –y ambas dicen que se basan sobre mi teoría pura del derecho- En mis conferencias he puesto de relieve de un modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica [...] Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho [...] sus contribuciones a la Teoría del Derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas” (Sarlo, 2012, p. 114).

Los postulados teóricos de Kelsen con una lectura más adecuada han sido renovados por parte de los estudiosos latinoamericanos y se enseñan de una forma más cercana a las ideas que proponía en estos años que han transcurrido del siglo XXI, es así como Kelsen ya se considera más un neo-positivista debido a que tenía ciertas críticas de los poderes políticos como el legislador que para los positivistas jurídicos tradicionales era considerado el soberano, es a partir de estas reflexiones que Kelsen va a proponer el control constitucional desde los jueces constitucionales para el ejecutivo y el parlamento, evitando que los intereses particulares sean superiores a la interpretación constitucional, postulado de referencia reciente en los debates del derecho constitucional:

“La propuesta kelseniana de una corte encargada expresa y específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos del poder público se inspira, como reconoce el mismo Kelsen, en el Tribunal Constitucional instituido por la Constitución austriaca de 1920. Este autor piensa así en lo que se ha llamado control de constitucionalidad de tipo centralizado [...] Un sistema centralizado de constitucionalidad –sostiene Kelsen- puede ser encomendado sólo a un órgano supremo central, un tribunal constitucional creado expresamente para ello. Esta decisión es motivada por la exigencia de que el poder de anular los actos inconstitucionales adoptados por el Parlamento o por el gobierno sea confiado a un órgano diverso e independiente de cualquier otra autoridad estatal. La función política de la Constitución -afirma el autor- es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, y garantía de la Constitución significa que estos límites no serán rebasados” (Córdova, 2013, pp. 279-280).

Pero no solamente los aportes fueron al derecho constitucional, en sus tesis planteaba la necesidad de la creación de tribunales internacionales, las relaciones entre Estados en un contexto internacional de colaboración,

postulados que reelaborarían y dinamizaran al derecho internacional:

“Kelsen fue sin duda alguna un hombre de su época, la cual cabe recordar, prácticamente recubre los periodos más significativos en la construcción del derecho internacional y particularmente esta fase de transición de un derecho clásico a un derecho moderno cuyas líneas de ruptura corresponden a la Gran Guerra de 1914 [...] Posteriormente se inicia otro periodo con la Segunda Guerra Mundial [...] Al ubicar a Hans Kelsen en estos dos periodos, podríamos sugerir que mientras la primera fase agenció como fundador gracias a sus aportes teóricos a un derecho internacional en formación, en la segunda aparece más como el visionario de un orden jurídico de coexistencia y como uno de los principales promotores de la institucionalización de las relaciones internacionales” (Navas, 2004, pp. 188-189).

Dentro de la renovación de la Teoría del Derecho del positivismo jurídico se encuentra el inglés Heber Hart, quien aportó conceptos interesantes como el de regla secundaria donde se destacaba la regla de reconocimiento que realizaba una revisión de todas las reglas del sistema jurídico, la discrecionalidad judicial para la zona de penumbra del derecho, pero lo que más determinó su postura fue reconocer la relación del derecho con la moral ya que la mayoría de los positivistas jurídicos, incluso, los más recientes y de una nueva percepción de lo jurídico como Kelsen consideraban que no existía este tipo de relación en el derecho en sus primeras publicaciones y las más reconocidas, esta situación originó la aparición del positivismo jurídico incluyente:

“En el ahora famoso Post scriptum al Concepto de derecho, H.L.A. Hart acepta la tesis de la incorporación según la cual es posible que un sistema jurídico tenga una regla de reconocimiento que incorpora criterios morales de validez. En tales sistemas jurídicos, una norma debe satisfacer ciertas condiciones morales,

pero no como una condición necesaria o suficiente para que sea legalmente válida. Según la tesis de la incorporación, entonces, los criterios de validez no deben consistir exclusivamente de estándares que definen la validez en términos de la fuente de una norma” (Einar, 2011, pp. 317-318).

Tanto los postulados de Kelsen como los de Hart desde una perspectiva considerada innovadora en el positivismo jurídico (neo) han tenido incidencia en las transformaciones del derecho constitucional y del derecho internacional del final de siglo e inicios del XXI, por esos sus aportes son esenciales en las deliberaciones contemporáneas del devenir jurídico, además se deben analizar desde su incidencia en contextos complejos como el latinoamericano y el colombiano.

Constitucionalización del derecho, Neo-constitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Las transformaciones del Derecho en desde mediados del siglo XX ha sido intensa, se pasó de constituciones que solamente eran discursos que no tenían mayor vínculo con el ordenamiento jurídico a constituciones que se convertían en el eje central del ordenamiento jurídico, aparece lo que se ha denominado teóricamente como la supremacía constitucional, donde los principios y los derechos fundamentales tienen carácter de obligatoriedad por parte de las instituciones estatales:

“En los cincuenta años anteriores el nuevo constitucionalismo se extendió por todo el mundo, y hoy no tiene rival como modelo de organización del Estado. Los preceptos se pueden enumerar rápidamente:

(a) las instituciones de gobierno son establecidas por una constitución escrita y derivan su autoridad exclusivamente de ella;

(b) la constitución asigna el poder último al pueblo por medio de elecciones o referéndums;
(c) el uso de la autoridad pública, incluida la autoridad legislativa, es aceptable jurídicamente en la medida en que se conforme a la ley constitucional;

(d) la constitución prevé un catálogo de derechos y un sistema de justicia constitucional para defender esos derechos; y

(e) la misma constitución específica como se puede reformar. El nuevo constitucionalismo se basa en el precepto de que los derechos y la protección efectiva de los derechos son esenciales para la legitimidad democrática del Estado” (Stone y Matthews, 2013, pp. 32-33).

Esta incidencia y transformación del derecho constitucional no se limitó a este ámbito, afectó las diferentes áreas del derecho, como el penal, el laboral, el difícil civil, el comercial entre otras áreas, que ya no dependía de las acciones legislativas y del principio de legalidad, sino que los límites y las acciones que podrían realizarse en estas áreas del derecho eran determinadas por la Constitución y el principio de legitimidad, a esta situación se le denominó constitucionalización del derecho:

“Cuando la Constitución es sobre interpretada no quedan espacios vacíos de –o sea, libres del– derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes [...] la Constitución es un límite a la legislación. Según la concepción que recién he mencionado, la legislación no es (no debe ser) sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución. Y es quizás por esto que las normas

constitucionales son tratadas frecuentemente como otros tantos lêtes de chapire de cualquier investigación dogmática: derecho civil, penal, administrativo, etcétera” (Guastini, 2007, pp. 153-155).

La supremacía constitucional, el control constitucional de las leyes, la garantía y protección de derechos fundamentales por los jueces constitucionales, entre otras características de constitucionalización del derecho, sucede en un modelo estatal específico, que se ha reconocido como Estado constitucional y democrático de derecho, modelo incorporado por varios de los Estados contemporáneos, los estudios que se realizan desde la Teoría del Derecho y el derecho constitucional sobre la constitucionalización del derecho y el Estado constitucional se ha llamado el enfoque o corriente Neo-constitucional:

“El neoconstitucionalismo entendido como el término o concepto que explica el fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores [...] El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle que recogen tales derechos” (Carbonell, 2010, pp. 161-162).

Las características de la constitucionalización del derecho y el modelo de Estado constitucional han sido recibidas en complejos contextos como el latinoamericano, donde el control constitucional sobre las leyes que

elaboran el parlamento y el ejecutivo es realizado de forma continua por parte de los Tribunales o Cortes Constitucionales de cada uno de los Estados que implementan este modelo estatal:

“... una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido los Estados latinoamericanos durante la transición a la democracia ha sido la expansión del control constitucional y la institución de cortes constitucionales para proteger los derechos fundamentales. La idea de que todas las normas y las acciones del Estado deben ajustarse a la Constitución y de que esta conformidad puede ser objeto de examen judicial se ha extendido forma vertiginosa hasta los más remotos lugares del subcontinente [...] Ya no solo en Europa y Estados Unidos, sino también en América Latina, se considera que el control constitucionalidad es una institución esencial del Estado [...] El control de constitucionalidad se ha instituido entonces como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y de los pilares del Estado, que busca impedir los desafueros de los gobiernos de turno, especialmente en tiempos de crisis” (Bernal, 2014, pp. 39-40).

Estas transformaciones constitucionales y estatales no se han limitado al modelo estatal constitucional, se convirtió en un punto de referencia para iniciar procesos de innovación en América Latina, es así como los modelos estatales y el derecho constitucional han sufrido variaciones en la última década, con propuestas jurídicas más adecuadas a la realidad latinoamericana, dando inicio a lo que se conoce como el nuevo constitucionalismo latinoamericano o constitucionalismo latinoamericano, con la pretensión de que la región ya tiene sus propios postulados teóricos-prácticos que inciden en el campo jurídico global:

“Corren vientos de cambio en el constitucionalismo sudamericano. Las recientes experiencias de los procesos políticos de Venezuela, Bolivia y Ecuador han adoptados nuevas constituciones

que suponen un punto de inflexión importante en relación con el constitucionalismo regional y requieren un enfoque teórico que desborda los marcos tradicionales del constitucionalismo demoliberal e incluso del neoconstitucionalismo de matriz noratlántica euronorteamericano. Si, como se ha dicho, toda constitución y toda práctica constitucional pueden comprenderse desde unas filosofías políticas públicas que las enmarcan, estas nuevas experiencias, denominadas el nuevo constitucionalismo latinoamericano, requieren entonces unas filosofías políticas y de una nueva teoría constitucional. Se trata de un pensar constitucional enraizado en nuestra región [...] tomadas en conjunto estas experiencias surgidas en procesos políticos de movilización y transformación democrática pueden aportar insumos para renovar la teoría constitucional tradicional” (Medici, 2013, p. 20).

Las recientes teorías del derecho han planteado transformaciones en el campo jurídico para adecuarse a los desafíos a que se asiste en las sociedades y los Estados contemporáneos, entre las transformaciones que se han impulsado es el reconocimiento de nuevos derechos y que realizan ruptura con la concepción tradicional de los derechos individuales para poseer los derechos colectivos, donde se adjudican derechos a las diferentes culturas, que deben promoverse desde las mismas instituciones estatales, estos derechos de la diversidad y la diferencia cultural o derechos culturales han sido plasmadas en las recientes constituciones en América Latina, en los Estados del Norte como Estados Unidos y los Estados europeos el reconocimiento de los derechos de la diversidad cultural se han dado desde los pronunciamientos de las Altas Cortes y del Ejecutivo que desde sus decisiones promueven e impulsan estos derechos.

La jurisprudencia desde los distintos Estados, sean del Norte o del Sur han configurado precedentes que disminuyen las tensiones y orientan las acciones que deben realizar las instituciones

gubernamentales en determinadas situaciones de reconocimiento de derechos de las culturas diferenciadas, a estos pronunciamientos judiciales se le suma las leyes propuestas por parte del ejecutivo que determinan las políticas de intervención para garantizar estos derechos a determinadas culturas:

“El nuevo constitucionalismo apuesta, entre otros aspectos, por abrir espacios de participación directa de la ciudadanía para evitar la oligarquización del sistema político; extender las garantías y efectividad de los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de la vida en común; incorporar protección al medio ambiente que una política transversal que debe impregnar toda actividad social; extender los controles constitucionales a los poderes privados fundamentalmente a los poderes económicos que controlan y distorsionan los mercados; e intentar democratizar y garantizar la independencia del poder judicial, de los órganos de control de constitucionalidad y, general de las instituciones de control sobre el poder político y económico. Y por supuesto, resolver la exclusión y marginación de las minorías étnicas y sociales y los grupos vulnerables” (Viciano y Martínez, 2014, p. 72).

Pero no solamente, los pronunciamientos jurisprudenciales y las leyes del ejecutivo han garantizado y protegido los derechos colectivos de la diversidad cultural, desde el derecho internacional público por medio de convenios y tratados internacionales han configurado regulaciones que son vinculadas por los Estados para llegar a buen término en el cumplimiento de estos derechos colectivos y diferenciados, precisamente, para evitar pronunciamientos de los tribunales internacionales de justicia y derechos humanos. Estos documentos jurídicos internacionales y las decisiones de estos tribunales serán estudiados y comparados en el transcurso de la Maestría en derechos diferenciados para evaluar su cumplimiento en lo local, lo nacional, lo regional y lo global. Estos avances se encuentran enmarcados dentro de las teorías

del derecho como el neo-constitucionalismo, la teoría crítica del derecho, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el constitucionalismo popular, el garantismo, el realismo jurídico contemporáneo, la argumentación jurídica, entre otras teorías y movimientos del derecho que toman posesión en el actual contexto complejo de derechos colectivos.

Teoría del Derecho y relaciones con especialidades de la ciencia jurídica

Estas transformaciones e innovaciones de la ciencia jurídica en general y del derecho constitucional en particular, se deben en parte a las relaciones interdisciplinarias que han posibilitado el surgimiento de especialidades que se pueden considerar propias de una ciencia, la ciencia jurídica. Las especialidades que han incidido en el Derecho y que hacen parte de la ciencia jurídica son la filosofía del derecho que ha sido esencial para la construcción de la Teoría del Derecho y del derecho constitucional contemporánea, la sociología jurídica que aporta análisis sobre la relación del derecho con la sociedad, la profesión jurídica con sus roles y estatus, el desempeño laboral y la eficacia del derecho, entre otras temáticas, la antropología jurídica que estudia las relaciones del derecho con la cultura, las familias jurídicas y el derecho comparado, entre otras investigaciones que se pueden adelantar en este campo; como se puede observar estas especialidades han consolidado la ciencia jurídica e incluso han ampliado el campo jurídico, para este contexto la ciencia jurídica involucra las especialidades disciplinarias y la investigación científica: “..., ciencia jurídica no se refiere al estudio doctrinal del derecho así como tradicionalmente ha sido entendido y desarrollado en nuestras culturas jurídicas. Denota en cambio disciplinas totalmente diferentes de aquél (como por ejemplo, la sociología y la antropología jurídica)” (Chiasoni, 2012, p. 188).

La filosofía del derecho ha sido la especialidad característica que se ha relacionado íntimamente con la teoría del derecho, los debates en que han incursionado ha sido fundamental para clasificar las distintas teorías del derecho, entre los debates destacados esta la relación del derecho con la moral, del derecho con la ética y del derecho con la política; las relaciones entre derecho y moral han determinado las distintas teorías del derecho, el positivismo jurídico en su largo trasegar deliberativo planteaba que las relaciones entre derecho y moral eran inexistentes, por el contrario, el iusnaturalismo consideraba que moral y derecho estaba estrechamente relacionado; por su parte el realismo jurídico por su misma esencia consideraba que derecho y moral no se podían separar:

“El realismo jurídico es empirismo aplicado al estudio del derecho. Una postura realista frente al derecho requiere, pues, un compromiso fundamental con una ontología y una epistemología empirista: no hay realidad más allá de la realidad empírica, ya sea natural o social [...] Si miramos a la realidad de la experiencia moral en las diferentes sociedades humanas, con sus orígenes y desarrollos, desprendiéndonos a la vez de las gafas oscuras del prejuicio, cabe concluir no hay cosas tales como valores morales objetivos y absolutos. Todos los valores morales, todos los ideales en el mundo de la ética normativa y de la justicia son subjetivos, relativos y contingentes. Aunque muchos humanos todavía no se percaten acerca de este rasgo de su condición moral, o bien la rechacen sin más, los hombres no descubren los valores morales, sino que los adoptan, los eligen, los modifican, las adaptan a los hechos, los defienden o los combaten, los argumentan y hasta los crean, si bien a menudo, de una forma marginal e incremental” (Chiassoni, 2012, pp. 175-176).

Las relaciones del derecho con la política han sido develadas por la Teoría del Derecho reconocida como crítica del derecho, quienes han criticado las posturas de la neutralidad del

juez y de la objetividad científica, por supuesto reconocen la importancia de la ciencia y las relaciones interdisciplinarias, desde una perspectiva en que la ideología y la política están inmersas, así lo expone el profesor de Harvard, Kennedy:

“Es difícil rehuir la sensación de que un argumento jurídico es indistinguible de un argumento político [...] no me veo bajando la línea, salvo para decir que el derecho es política, y pienso que puedo enseñarles eso legítimamente. Tengo la obligación profesional de transmitir a mis alumnos mi manera de entender la naturaleza de la disciplina, en este caso su naturaleza política. Siempre y cuando no los adoctrine ni predique acerca de cómo deben ser las reglas, no creo que pueda soslayar la obligación profesional de enseñarles que el derecho es política, porque eso es lo que pienso” (2012, pp. 66-67).

Especialidades como la sociología jurídica han contribuido notablemente en la construcción de la ciencia jurídica, entre sus temáticas y deliberaciones centrales se encuentra la eficacia del derecho contemporáneo, concepto que relaciona el derecho con la sociedad, ya que la eficacia depende de la aceptación de los colectivos humanos de las regulaciones que se realizan por ejemplo desde el derecho estatal:

“... la eficacia de las normas constituye un índice de hegemonía política por parte de quien consigue la eficacia de su discurso [...] tan pronto el sociólogo compruebe la eficacia de un sistema jurídico, tendrá suficiente motivo para afirmar la hegemonía de un grupo sobre otro, o de un grupo en el poder sobre la sociedad en su conjunto. Y tan pronto compruebe lagunas en la eficacia del sistema, tan pronto como encuentre ineficacias parciales, podrá sostener que la hegemonía del grupo en el poder comienza a disminuir” (Correas, 2009, p. 204).

Los aportes de la sociología jurídica a las deliberaciones sobre la eficacia han sido esenciales para las transformaciones del derecho y la ciencia jurídica, sin embargo, su campo

de estudio es más amplio y aporta significativamente a las investigaciones socio jurídicas y jurídicas que se podrían adelantar en los estudios avanzados:

“La sociología del derecho se ocupa: 1. De todo sistema jurídico, de sus nexos estructurales y orígenes [...] 2. De la relación entre previsiones normativas jurídicas, acciones y comportamientos [...] 3. De las diferentes instituciones jurídicas vistas en su contexto social [...] 4. De los roles socio-profesionales envueltos en los procesos de formación y de aplicación del derecho, como legisladores, jueces, juristas, abogados, etc., y de las respectivas organizaciones. 5. Del conocimiento y de las opiniones del público sobre el contenido de las normas jurídicas, sobre sus raíces culturales y los valores subyacentes” (Ferrari, 2006, pp. 45-46).

Por su parte, la especialidad de la antropología jurídica ha enfocado sus estudios e investigaciones en la relación de la cultura y el derecho, y sus derivados como la diversidad cultural, la interculturalidad, la transculturalidad, pluralismo cultural, multiculturalismo, pluralismo jurídico, reconocimiento de lo étnico, la discriminación, la marginalidad, el derecho comparado, entre otras categorías de análisis, que son esenciales en el contexto contemporáneo de globalización, integración y fragmentación:

“La Antropología Jurídica se dedica a el estudio del Derecho de las sociedades simples, de las instituciones del Derecho de la sociedad contemporánea, del Derecho Comparado y del pluralismo jurídico [...] La Antropología Jurídica es el empleo de métodos antropológicos de investigación, observación participante y comparación con modernas instituciones de Derecho, trabajos en esta línea han sido hechos en la policía, en la magistratura y hasta las prisiones. El Derecho Comparado es el estudio y comparación de diferentes sistemas jurídicos, simples y complejos, en que la colaboración de la antropología es imprescindible para auxiliar en esta especie de trabajo, por el alcance de su

conocimiento multicultural” (Luzia Colaco, 2008, p. 29)

Las especialidades de la ciencia jurídica como la antropología jurídica, la filosofía del derecho y la sociología jurídica son determinantes en los procesos de investigación del derecho, la innovación del campo jurídico, la Teoría del Derecho y la comprensión de fenómenos contemporáneos donde las sociedades y culturas se interrelacionan, complementan, confrontan, excluyen e incluyen desde una perspectiva socio jurídica.

Pluralismo jurídico contemporáneo y globalización

A partir de las reflexiones teóricas y conceptuales de la filosofía del derecho y de la antropología y la sociología jurídica surge el concepto de pluralismo jurídico en las primeras décadas del siglo XX. El pluralismo jurídico como concepto y reflexión teórica-práctica de las especialidades de la ciencia jurídica y del derecho mismo fue transformándose de acuerdo a los complejos cambios que la misma humanidad ha realizado en los últimos años, como por ejemplo el fenómeno de globalización, precisamente, en estas transformaciones socioculturales el pluralismo jurídico se ha convertido en un concepto explicativo de las sociedades y los Estados pluralista contemporáneos referenciándose en el centro de las deliberaciones teóricas de la ciencia jurídica y política:

“..., a finales de la década de los años setenta los académicos socio jurídicos se interesaron en aplicar el concepto de pluralismo jurídico a las sociedades no colonizadas, especialmente a los países industrializados de Europa y Estados Unidos. Este giro produce una versión del pluralismo jurídico que yo llamo nuevo pluralismo jurídico [...] El pluralismo jurídico, que en principio era un concepto que se refería a las regulaciones entre colonizador y

colonizado, pasó hablar de grupos dominantes y grupos subordinados –minorías religiosas, étnicas o culturales- de grupos de inmigrantes y formas no oficiales de ordenación situadas en redes o instituciones sociales [...] Según el nuevo pluralismo jurídico, los nuevos ordenamientos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades. Esto se supone un cambio extraordinariamente poderoso, pues sitúa en el centro de la investigación la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo” (Engle Merry, 2007, pp. 95-96).

El postulado conceptual y teórico del pluralismo jurídico determina la comprensión de las sociedades y Estados contemporáneas que son considerados pluralistas, esta comprensión de la diversidad y pluralidad cultural y jurídica determina la amplitud e importancia de los derechos diferenciados en los contextos sociales que se asiste, a la vez vincula las relaciones entre el derecho internacional público, que reconoce los derechos diferenciados y culturales con el derecho constitucional y las mismas prácticas jurídicas locales que llevan a cabo las mismas comunidades o culturas consideradas diferentes en un Estado o un contexto específico, determinando diferentes prácticas y regulaciones jurídicas que impactan a los ciudadanos del siglo XXI:

“Una consecuencia de la globalización es la tendencia a hacer más flexible la relación entre las ideas de derecho, Estado y nación, y por ende a hacer más enfática la multiplicidad de ordenamientos jurídicos [...] Una forma de caracterizar tales niveles, esencialmente geográfica es como sigue: Global (como algunos asuntos ambientales, un posible ius humanitas, por ejemplo, los derechos de los minerales en la luna y, por extensión, el derecho intergaláctico o espacial). Internacional (en el sentido clásico de las relaciones entre Estados soberanos y los regidos por las relaciones más amplias, por ejemplo, los derechos de los refugiados). Regional

(Por ejemplo, la Unión Europea, la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Organización para la Unidad de África). Transnacional (por ejemplo, islámico, hindú, derecho judío, derecho gitano, arbitramento transnacional, la pretendida lex mercatoria, derecho internacional, y, lo que puede resultar algo más controversial, el manejo interno de las corporaciones multinacionales, la Iglesia Católica o las instituciones del crimen organizado). Intercomunal (como las relaciones entre las comunidades religiosas o las iglesias cristianas o diferentes grupos étnicos). Territorial-estatal (que incluye los sistemas legales de los estados nacionales, y jurisdicciones sub-nacionales [...]). Sub-estatal (por ejemplo, legislación subordinada, como la legislación local [...]) o derecho religioso oficialmente reconocido para propósitos limitados en un sistema legal plural; y No estatal u ordenamientos jurídicos ilegales como el derecho de Pasargada que estudia Santos, el Ejército de Liberación de los Pueblos del Sur, en el del Sudán” (Twining, 2003, pp. 165-166).

El fenómeno de globalización, las transacciones internacionales y las nuevas tecnologías han ampliado el horizonte pluralista, la diversidad cultural y los derechos que la garantizan y protegen se exponen claramente desde el momento que se aprueban convenios y tratados internacionales hasta su difusión a través de los distintos medios masivos de comunicación donde recientemente el internet se ha convertido en el protagonista y donde su regulación es frágil o inexistente:

“Por un lado, las reglas de conflicto ya no satisfacen las exigencias de una sociedad que se ha hecho móvil y de una economía que se ha mundializado, de modo que, por ejemplo, las operaciones a través de internet difícilmente pueden ser sometidas a un solo orden jurídico. Por el otro, las situaciones mismas adquieren cada vez más un carácter transfronterizo, con lo que se generan las ya mencionadas condiciones de concurrencia pluralista” (Gessner, 2013, p. 71).

Entre los estudios que han innovado la ciencia jurídica contemporánea y que en parte explican las transformaciones socio jurídicas recientes, se encuentra el pluralismo jurídico que realiza ruptura con las concepciones tradicionales del derecho en lo teórico y lo práctico, ya que reconoce más de dos sistemas, ordenamientos o prácticas jurídicas que coexisten en un mismo espacio, regulando las relaciones y los conflictos entre un determinado grupo de personas o de individuos, situación que se percibe como cotidiana, ya que los Estados y las sociedades contemporáneas son consideradas plurales:

“La odisea intelectual del concepto de pluralismo jurídico recorre un espacio que va del descubrimiento de las formas indígenas del derecho entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del derecho en el capitalismo avanzado. En la última década, el concepto de pluralismo jurídico se ha aplicado al estudio del orden jurídico y social en las sociedades industriales urbanas, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Francia. De hecho, si parte de una definición lo suficientemente amplia de sistema jurídico, prácticamente todas las sociedades cuentan con un sistema de derecho plural, tengan o no un pasado colonial. El pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre derecho y sociedad” (Engle Merry, 2007, p. 89).

El concepto de pluralismo jurídico también se encuentra relacionado con el fenómeno de globalización debido a que se convierte en la corriente y unidad de análisis que explica la aparición y consolidación de prácticas jurídicas privadas de carácter internacional y transnacional que afectan lo estatal y tienen incidencia en lo local, y que al mismo tiempo determinan prácticas jurídicas informales que son más eficaces para resolver conflictos en la esfera privada internacional que el mismo derecho estatal:

“..., con frecuencia se observa que la internacionalización y la globalización han elevado enormemente la presión que plantea el problema. Por un lado, las reglas de conflicto ya no satisfacen las exigencias de una sociedad que se ha hecho móvil y de una economía que se ha mundializado, de modo que, por ejemplo, las operaciones a través de Internet difícilmente pueden ser sometidas a un solo orden jurídico. Por el otro, las situaciones adquieren cada vez un carácter más transfronterizo, con lo que se generan las ya mencionadas condiciones de concurrencia normativa pluralista. El pluralismo jurídico puede surgir también a través del derecho internacional, supranacional o transnacional. En este caso entran en concurrencia las normas creadas por encima del plano estatal con las normas estatales (por ejemplo, el derecho de la Unión Europea con el derecho de los estados miembros, o las convenciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos con el derecho de los estados) o las primeras concurren entre sí [...] la práctica puede describirse mejor a través de conceptos como pluralismo jurídico, policentrismo o interlegalidad y a través de una tendencia general en caso de conflicto, de dar preeminencia al derecho particular frente al universal” (Gessner, 2013, pp. 71-72).

La globalización se convierte en un fenómeno que transformo las relaciones culturales, políticas, económicas, sociales y por supuesto jurídicas, pero estas transformaciones han sido paradójicas, debido a que precisamente quienes inician el proceso de globalización son los que menos crecen económicamente en la actualidad, mientras Estados que no eran protagonistas del proceso de globalización o que incluso fueron afectados negativamente por este fenómeno socioeconómico son los protagonistas recientes de la economía globalizada, es el caso de los BRIC que han superado en crecimiento económico a la mayoría de los Estados del Norte Global:

“China no estaba sola. Otras economías emergentes importantes, como Brasil, y en especial

India, resistieron la tormenta económica relativamente bien [...] tan bien, de hecho, que ayudaron a impulsar la recuperación de la economía global. En efecto, la fortaleza relativa de algunas de las economías del BRIC (Brasil, Rusia, India y China) ha llevado a ciertos analistas a describir la crisis como un parteaguas [...] ahora concebimos que China desafiara a Estados Unidos para ocupar el sitio número uno hacia el 20127 y [...] que el PIB combinado de los cuatro países del BRIC, puede ser mayor que el de los G7 dentro de los próximos 20 años” (Keeley y Love, 2011, pp. 44-45).

Esta globalización paradójica, en los que unos Estados desarrollados económicamente están en crisis y otros Estados emergentes son protagonistas y están en crecimiento, ha llevado a que las concepciones de democracia, participación política, derechos humanos, relaciones culturales sean criticadas y entren en un proceso de reelaboración teórica y práctica para avanzar en un contexto global más equilibrado y que priorice las necesidades de la humanidad en su conjunto:

“En un espacio de diálogo intercultural, los derechos humanos podrían ser utilizados como un símbolo relacional y emancipatorio mediante el cual se pudiera evitar el antagonismo entre la formulación unilateral de valores universales y la singularidad de las culturas, las religiones y civilizaciones. La universalidad no debería encontrar unilateralmente en unos valores particulares o en el desprecio a las culturas diferentes mediante la sacralización de lo universal o lo natural per se. A la universalidad ha de llegarse desde la voluntad de compartir elementos comunes, desde la perspectiva de la comunicación y de la comprensión [...] Lo cierto es que en las últimas décadas estamos asistiendo a un importante proceso de cambio y de debate crítico en la doctrina de los derechos humanos que aporta nuevas y diferentes maneras de lucha por la dignidad y la autonomía de los seres humanos. De lo que se trata, pues, es

de conseguir la integración social de varios grupos diferenciados y plurales en una comunidad abierta y plural con responsabilidades colectivas, pero evitando los intentos de homogeneidad o la mera imitación de folklores culturales” (Fariñas, 2014, p. 69).

El pluralismo jurídico y el complejo fenómeno de globalización han realizado ruptura con los cánones de concebir el derecho y la ciencia jurídica, el reconocimiento de otras prácticas jurídicas locales, internacionales, globales, transnacionales, tradicionales, entre otras posibilidades, que regulan conflictos en espacios semejantes, así como la reelaboración del concepto de democracia, derechos humanos, participación política, diálogos interculturales, en un contexto global complejo y dinámico, son prioritarios de analizar desde la ciencia jurídica contemporánea

Perspectiva interdisciplinaria y teórica de los derechos diferenciados

La complejidad que se asiste en la sociedad contemporánea por el fenómeno de globalización y ciertos derivados como las innovaciones tecnológicas para comprenderse desde una perspectiva académica y científica, determina que sea analizado desde diferentes disciplinas de las ciencias sociales por separado o en equipos interdisciplinarios, precisamente, el pluralismo cultural, las minorías culturales o nacionales, los grupos étnicos y los movimientos sociales que pretenden su reconocimiento, problemas o situaciones socioculturales que se han acentuado de forma reciente por la misma globalización y las nuevas tecnologías, son estudiados desde diferentes perspectivas disciplinarias:

“Los regímenes reguladores globales nos ofrecen, seguramente, una visión acertada de la profunda transformación del derecho

global: se ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial [...] Desgraciadamente, no se arroja ninguna luz sobre el creciente número de regímenes jurídico-privados de carácter no estatal, cuando son precisamente estos regímenes los que han producido el denominado derecho global sin Estado, principal responsable de las múltiples dimensiones del pluralismo jurídico global [...] tanto las comunidades transnacionales como ciertos fragmentos sociales autónomos –p.ej. la economía globalizada, la ciencia, la tecnología, los medios de masas, la medicina, la educación o el transporte– están generando una enorme demanda de normas reguladoras que, sin embargo, no puede ser satisfecha por las instituciones nacionales o inter-nacionales (Teubner, 2005, pp. 120-121).

Los derechos diferenciados que en primer momento estaría en la disciplina del derecho en sus áreas más amplias como el derecho constitucional y el derecho internacional público que ha reconocido los derechos a los grupos y colectivos diferenciados:

“En los estados que contienen en su interior minorías identificadas étnica y territorialmente, los derechos individuales de los documentos internacionales son ulteriormente especificados por las fuentes del ordenamiento interno: ya sea en sede constitucional, o legislativa y jurisprudencial. En las Constituciones más recientes se observa una tendencia favorable a un reconocimiento formal de los derechos comunitarios y de los derechos étnicos tradicionales” (Ceccherini, 2002, p. 254).

La aparición y consolidación de los derechos diferenciados son una construcción interdisciplinaria, desde la ciencia política que determino el concepto de multiculturalismo y reconocimiento a la diversidad, exponiendo como los Estados contemporáneos tendría la obligación de este reconocimiento, desde una perspectiva liberal progresista:

“Cierta número de corrientes de la política contemporánea gira sobre la necesidad, y a

veces la exigencia, de reconocimiento. Puede argüirse que dicha necesidad es una de las fuerzas que impelen a los movimientos nacionalistas en política. Y la exigencia aparece en primer plano, de muchas maneras, en la política actual, formulada en nombre de los grupos minoritarios o subalternos, en algunas formas de feminismo y en lo que hoy se denomina la política del multiculturalismo” (Taylor, 2001, p. 43).

A estas reflexiones de la ciencia política se le suma los estudios que se han realizado desde la sociología sobre las sociedades contemporáneas, que han mostrado como se han configurado por ejemplo en las sociedades urbanas recientes complejos espacios de convivencia entre los diferentes que involucran desde las migraciones tradicionales de campo-ciudad hasta los movimientos de personas transnacionales en un primer momento por medio de las fronteras entre Sur-Norte y de forma reciente el movimiento de personas ya es múltiple y recíproco presentándose desde los diferentes puntos cardinales; la antropología que ha logrado determinar la diversidad cultural que se asiste indiscutiblemente en los tiempos recientes, en contravía de los previstos por parte de los corrientes homogenizantes de los inicios del fenómeno de globalización y que unas décadas después el contexto global es más diverso y plural que en ningún momento de la historia; la filosofía política que se ha preocupado en un contexto de amplia complejidad por preguntarse por el otro, las diferencias y tensiones que podría originar estas relaciones entre las múltiples diversidades culturales.

Para la antropóloga jurídica Esther Sánchez, los derechos diferenciados están relacionados con los grupos considerados diferentes tanto para la sociedad o el Estado-nación como para ellos mismos, al identificarse como diferentes estos grupos tienen derechos que los protegen:

“..., los derechos diferenciados de grupo se reconocen a grupo de personas. Se conceden porque

se considera que estos grupos de personas son diferentes y porque ellos mismos sus derechos a la diferencia [...] se desprenden dos parámetros generales. Primero, deben atribuirse derechos a los grupos cuya diferencia se muestre como valiosa; segundo, deben atribuirse derechos a los grupos que reivindicuen ser diferentes” (Sánchez Botero, 2006, p. 84).

Teóricos de las ciencias sociales y de la ciencia política en particular, desde el multiculturalismo han dividido los derechos diferenciados de acuerdo a ciertas características culturales:

“Will Kymlicka sostiene que del multiculturalismo derivan tres clases de derechos diferenciados en función del grupo. Concretamente se refiere a los derechos de autogobierno (exigencia de algún tipo de autonomía e incluso a veces la secesión) los derechos poliétnicos (exigencia de respeto de la herencia étnica, formas de expresión, lenguaje, respecto de sus prácticas religiosas, esto es, que su particularidad o diferencia no obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante) y los derechos especiales de representación (exigencia de representación de los grupos diversos o diferentes porque la representación política es insuficiente)” (López Calera, 2002, p. 51).

Los derechos diferenciados al asignarse a los grupos diferentes culturalmente, estarían dentro de los que ciertos teóricos del derecho han denominado derechos colectivos, su misma concepción realiza ruptura con teorías que fueron predominantes en el derecho, que solamente reconocían a los titulares de derecho a los individuos, es el caso del positivismo jurídico tradicional que desafortunadamente influenció el contexto jurídico de América Latina hasta finales del siglo XX, ya entrado en el siglo XXI las transformaciones constitucionales llevaron al reconocimiento de los derechos colectivos, siendo considerados centrales en los actuales procesos de globalización, integración y migraciones:

“Reflexionar sobre los derechos colectivos es un deber de toda teoría jurídica y política que se precie de mínimamente realista y sensible con los problemas políticos y jurídicos de nuestro tiempo. Hablamos de los derechos colectivos: 1. Porque los derechos colectivos son un dato incuestionable de la realidad política y jurídica contemporánea y de las ciencias sociales [...] La realidad entendida como los hechos verificables, habla indudablemente de derechos colectivos (autodeterminación de pueblos y naciones, derechos de minorías, derechos de instituciones, derechos de mujeres, de niños, de discapacitados, derechos del medio ambiente, derechos del desarrollo, derechos de la paz, etc.) [...] 2. Porque el individualismo dominante de nuestro tiempo no es tan individualista como quisiera [...] 3. Porque los nacionalismos y el multiculturalismo son fenómenos que definen, aunque obviamente no de manera absoluta, los grandes caminos de la historia contemporánea, y son dos fenómenos que no pueden explicarse sin la afirmación preconstitutiva de que hay derechos colectivos. 4. Porque la inevitable socialidad del ser humano [...] 5. Los derechos individuales necesitan de los derechos colectivos [...] 6. Porque es sensato afirmar que en nuestro tiempo necesita pensar en los derechos colectivos para evitar las radicalizaciones teóricas y prácticas del concepto” (López Calera, 2000, pp. 34-35).

Para Kymlicka los derechos diferenciados y colectivos relacionados con lo cultural se distinguen de acuerdo a conceptos referenciados cotidianamente por las ciencias sociales, incorporando en su estudio a los inmigrantes y grupos como los LGTB o los movimientos feministas que reclaman los derechos de las mujeres:

“..., resulta básico distinguir las minorías nacionales (sociedades distintas y potencialmente autogobernadas incorporadas a un Estado más amplio) de los grupos étnicos (inmigrantes que han abandonado su comunidad nacional para incorporarse a otra sociedad). Por su parte, minorías nacionales y grupos étnicos se distinguen de lo que suelen denominarse nuevos

movimientos sociales –es decir, asociaciones y movimientos de gays, mujeres, pobres, discapacitados– que han sido marginados dentro de su propia propiedad nacional” (Kymlicka, 1996, p. 37).

Las áreas de la disciplina jurídica donde los derechos diferenciados y colectivos tienen un amplio reconocimiento y desarrollo jurisprudencial, dogmático y legal son el derecho internacional y el derecho interno representado en el derecho constitucional:

“Los derechos colectivos existen, al menos en el derecho internacional y en los derechos internos de los Estados [...] La razón de fondo que explica este hecho es que el orden jurídico internacional se ha constituido como tal por y para sujetos colectivos. Los Estados, sujetos colectivos, son por antonomasia los sujetos del derecho internacional. El derecho internacional regula ante todo derechos y deberes colectivos [...] El derecho internacional está, en el nivel de los principios, de los pactos e incluso de las normas, lleno de referencias que hablan de los derechos colectivos” (López Calera, 2002, p. 52).

Los derechos diferenciados, colectivos y culturales han avanzado ampliamente en su reconocimiento, es así como paulatinamente ciertos Estados en el mundo se han reconocido como plurinacionales, dando un lugar central a la diversidad cultural:

“La idea de plurinacionalidad es hoy consensual en bastantes Estados en el mundo. Existen bastantes Estados que son plurinacionales: Canadá es plurinacional, Suiza es plurinacional, Bélgica es plurinacional [...] la plurinacionalidad obliga obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, como vamos a ver, es un Estado que tienen una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado [...] Es la manera específica en que cada sociedad organiza su plurinacionalidad, su convivencia plurinacional. Es decir, es la nación compartida, la

cultura común, la cultura compartida. Es de esta manera en que estas sociedades van creando formas de convivencia intercultural de manera específica” (Santos, 2009, pp. 201-203).

Precisamente, en el contexto socio jurídico de América Latina se han realizado recientemente transformaciones constitucionales, que en unos casos han configurado Estados plurinacionales:

“En el contexto latinoamericano, la refundación del Estado pasa en algunos casos por el reconocimiento de la plurinacionalidad [...] La idea de autogobierno que subyace a la plurinacionalidad tiene muchas implicaciones un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, políticas públicas de nuevo tipo, nuevos criterios de gestión pública, de participación ciudadana, de servicio y de servidores públicos [...] el reconocimiento de la plurinacionalidad significa otro proyecto de país, otros fines de la acción estatal y otros tipos de relación entre el Estado y la sociedad” (Santos, 2011, pp. 96-97).

Estas concepciones de Estado plurinacionales y cosmopolitas para el contexto de América Latina se encuentran enmarcado dentro del movimiento teórico-práctico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

El reconocimiento constitucional de los derechos diferenciados: El caso colombiano

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación se encuentra plasmado como un principio constitucional (art. 7), desde la promulgación de la Constitución (1991) ha tenido procesos interpretativos, de avance y desarrollos importantes, la primera institución estatal que garantizaría este principio y derecho sería la Corte Constitucional:

“Esta Corte, creada en 1991, es la institución encargada de salvaguardar la Carta Política. Sus doctrinas han tenido un enorme impacto sobre la forma como el Congreso y el Poder

Ejecutivo han venido comprendiendo los mandatos constitucionales [...] comparadas con las acciones emprendidas por las autoridades colombianas antes de 1991, la jurisprudencia de la Corte puede verse, en general, como un paso importante hacia el adecuado reconocimiento y acomodamiento de las minorías culturales. La Corte se ha tomado en serio los conflictos interculturales. Sus decisiones tienden a exaltar el carácter multicultural de Colombia y a ensalzar las contribuciones de las minorías a la construcción de país". (Bonilla, 2006, pp. 33-34).

Por medio de las diferentes decisiones de la Corte Constitucional se promovió la garantía y protección por parte de las instituciones públicas responsables de las diferentes comunidades indígenas, que tienen sus propias creencias, costumbres y tradiciones culturales, y que en el contexto colombiano varían de acuerdo a la cosmovisión de cada comunidad indígena:

"Viven en Colombia ochenta y cuatro pueblos indígenas asentados en veintisiete de los treinta y dos departamentos actuales, en cerca de ciento noventa municipios y en todas las fronteras nacionales. Hablantes de setenta y cuatro lenguas, cuentan con poblaciones que van desde doscientas (200) hasta trescientas mil (300.000) personas, como sucede en la Amazonía y en la Guajira respectivamente [...] Estos pueblos definen sistemas sociales a partir de esquemas de reciprocidad y redistribución, principios diferentes al sistema de acumulación que rige en la sociedad nacional [...] también se encuentra en los pueblos indígenas manifestaciones diferentes respecto como afrontan la convivencia pautada desde instancias de autoridad y como forma de mantener el orden. Los diferentes sistemas de derecho propio indígena reflejan la organización y el modo como regulan las conductas a través de las normas y procedimientos [...] Los derechos propios –y con ellos las justicias indígenas– representan la manifestación contemporánea de lo jurídico

en Colombia" (Sánchez Botero, 2006, pp. 182-183).

A las diversas comunidades indígenas que se encuentran distribuidas por el territorio nacional se le suman las comunidades afrocolombianas que se encuentran en las zonas de litoral, particularmente en los departamentos del pacífico colombiano, algunos departamentos del atlántico, ciertas zonas andinas ubicadas principalmente en los departamentos del Valle y el Cauca, las principales ciudades colombianas también tiene una presencia significativa de comunidades negras, se destaca la ciudad de Cali como la de mayor recepción, estas comunidades no son homogéneas culturalmente, distinguiéndose por tradiciones y costumbres que identifican cada uno de estas comunidades, la presencia en el territorio nacional es mayor que las comunidades indígenas:

"En la Costa Pacífica, donde el 93% de la población es negra y el 60% es rural, se constituyeron comunidades negras rurales con bajísimo índice de mestizaje en un país que los negros representan el 8% de la población. Esa región fue de importancia económica residual, y su población ocupó una especie de no-lugar frente a la ideología y las políticas nacionales" (Andion Arruti, 2002, p. 105).

Las comunidades negras son consideradas las de mayor marginalidad en el país, la Costa Pacífica y el departamento del Choco donde se encuentra porcentualmente la mayor población afrocolombiana, son las zonas de mayores inconvenientes socioeconómicos de sus poblaciones, incluso, en las ciudades como Cali y Bogotá estas comunidades son las más marginadas, situación que determina exclusión y en algunos casos segregación:

"Las políticas oficiales siguen casi sin afectar la situación económica y social de los afrocolombianos [...] En su comunicación, el Gobierno reconoce que el 82% de ellos todavía sigue sin que subvenga las necesidades básicas

(abastecimiento de agua, luz eléctrica, saneamiento, etc.); la tasa de analfabetismo de esta población es tres veces a la del resto del país y de cada 100 jóvenes afrocolombianos apenas 2 tienen acceso a estudios superiores [...] el departamento del Chocó, cuya ciudad más importante es Quibdó [...] Como allí se toda la gama de problemas que enfrentan las comunidades afrocolombianas, parece que hubiera quedado olvidado. Del mismo modo, en Cartagena, la bella ciudad turística de las orillas del Caribe, hay muchas villas miseria en la que vive la población afrocolombiana. La misma situación se observa en las calles de Cali y en el inmenso barrio brujo de Agua Blanca en que están sumidas en condiciones sumamente insalubres más de 600.000 personas” (Fajardo, 2006, p. 184).

Pero no solamente las comunidades indígenas y afrocolombianas hacen parte de la compleja diversidad cultural que ha logrado acceder a derechos de reconocimiento por parte de los jueces constitucionales y las instituciones públicas responsables, las comunidades campesinas configuran en el país tradiciones y costumbres rurales que se han consolidado con el pasar del tiempo:

“La sociedad colombiana ha tendido a invisibilizar al campesinado como sector social específico y su situación. No se trata solamente de la invisibilización de los campesinos en tanto ciudadanos relegados a las zonas lejanas que carecen de la presencia del Estado. Además, se oculta su importancia social y económica y especialmente su organización autónoma y sus derechos colectivos. El papel económico de campesinos y campesinas en la producción de alimentos; en las exportaciones, en la generación de divisas para el país y en la reproducción de gran escala de la fuerza de trabajo, es generalmente olvidado. Todavía más ocultas están las culturas campesinas y su relación con la nacionalidad colombiana” (Mondragón, 2002, p. 3)

En las ciudades los derechos de los colectivos diferenciados se están convirtiendo en prioritarios debido a que los procesos de migración, inmigración y desplazamiento ha conformado contextos de pluralismo cultural ya que se han instalado comunidades indígenas, afrocolombianos, campesinos y extranjeros que en los últimos años han aumentado por el crecimiento económico del país, a esto se agrega los movimientos sociales que piden reconocimiento de derechos como el movimiento LGTB, las organizaciones de mujeres, entre otros, configurado complejas prácticas que se pueden considerar culturales y en los cuales los jueces constitucionales han paulatinamente incorporado pronunciamientos de reconocimiento. El país de acuerdo a su realidad y su reconocimiento constitucional está considerado como un contexto de pluralismo cultural:

“El pluralismo cultural es la realidad en la que viven y/o coexisten simultáneamente varios sistemas o modelos culturales. Es, en primer lugar, una cuestión existencial, que refiere al encuentro con el otro, con la alteridad de otros textos y contextos. Implica, pues, un posicionamiento que va más allá de la simple toma de conciencia de las diferencias y de la pluralidad de opciones. Es la toma de conciencia de lo otro [...] La radicalidad de los contextos de pluralismo en general consiste precisamente en la recíproca aceptación de aquellos como tales, es decir, en la toma de conciencia de la existencia de varias y diferentes concepciones o universos intelectuales, filosóficos, epistemológicos, éticos, culturales o normativos” (Fariñas, 2014, p. 33).

Precisamente, esta pluralidad cultural y por supuesto jurídica, económica, política y social que caracteriza el contexto colombiano será analizada desde los derechos que han sido reconocidos paulatinamente a los grupos diferenciados desde una perspectiva jurídica, socio jurídica e interdisciplinaria.

Conclusiones

Las transformaciones de la Teoría del Derecho de forma reciente, por factores como la amplia producción teórica en los Estados considerados centrales o la llegada de conceptos, interpretaciones de la realidad y corrientes teóricas de contextos académicos que fueron considerados marginales, determina un horizonte de deliberaciones teóricas que tienen la pretensión de comprender fenómenos contemporáneos donde las ciencias sociales, las especialidades de la ciencia jurídica y la misma Teoría del Derecho son esenciales; entre los fenómenos que se encuentran en el centro del debate está la globalización del derecho que está en constante transformación como los mismos paradigmas globales que cada día son más dinámicos y no dejan de sorprender a sociedades y culturas en el mundo; el pluralismo jurídico que cada día se consolidan explicando fenómenos como el constitucionalismo multinivel y las nuevas realidades diferenciadas en un contexto de migraciones masivas y procesos xenofóbicos en crecimiento; el reconocimiento de derechos diferenciados que protegen las llamadas minorías étnicas y grupos sociales que adquieren reconocimiento de derechos, sin desconocer las confrontaciones étnicas, la segregación y la pobreza extrema que estaría en contravía de los procesos de reconocimiento que realiza el derecho constitucional en lo nacional y el derecho internacional público en lo internacional, surgiendo situaciones que deben estudiarse por parte de la misma Teoría del Derecho para su respectiva comprensión.

Referencias bibliográficas

Andion Arruti, J. M. (2002). Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia –notas exploratorias. En: *Revista el Otro Derecho*. No. 26-27. Bogotá: ILSA.

Bernal Pulido, C. (2014). Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. En: *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonilla Maldonado, D. (2009). Introducción. Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos: La estructura del debate. En: *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Bonilla Maldonado, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significados y niveles de análisis. En: *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ceccherini, E. (2002). El derecho a la identidad cultural: Tendencias y problemas en las constituciones recientes. En: *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII congreso iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM.

Chiassoni, P. (2012). *Desencanto para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Córdova Vianello, L. (2013). *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. México: F.C.E. y UNAM.

Correas, O. (2009). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Fontamara.

Einar Himma, K. (2011). *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y excluyente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Engle Merry, S. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Fajardo Sánchez, L. A. (2006). *Los invisibles y la lucha por el derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Fariñas Dulce, M. J. (2014). *Democracia y pluralismo: Una mirada hacia la emancipación*. Madrid: Dykinson.

Ferrari, V. (2006). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gessner, V. (2013). *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídica en la era de la globalización*. México: UNAM.

Guastini, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2007.

Keeley, B. y Love, P. (2011). *De la crisis a la recuperación. Causas, desarrollo y consecuencias de la Gran Recesión*. México: OCDE y UNAM.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

López Calera, N. (2002). El concepto de derechos colectivos. En: *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Dykinson.

López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel.

Luzia Colaco, T. (2008). O despertar da Antropologia Jurídica. En: *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis.

Medici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro de colonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. En: *Revista El Otro Derecho*. No. 48. Bogotá: ILSA.

Mondragón Báez, H. H. (2002). Visibilidad de un sector social y de sus derechos colectivos. En: *Cuadernos Tierra y Justicia*. No 7. Bogotá: ILSA.

Navas Patrón, Á. (2004). Hans Kelsen: arquitecto y visionario del derecho internacional. En: *Hans Kelsen 1881-1973*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sánchez Botero, E. (2006). *Entre el juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Unicef y Universidad de Ámsterdam.

Santos, B. de S. (2011). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Santos, B. de S. (2009). *Pensar el Estado y la sociedad: Desafíos actuales*. Buenos Aires: Clacso.

Sarlo, Ó. (2012). La gira suramericana de Hans Kelsen en 1949: el frente sur de la teoría pura. En: *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Stone Sweet, A. y Matthews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Taylor, C. (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: F. C. E.

Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Viciano Pastor R. y Martínez Dalmau, R. (2014). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. En *Revista el Otro Derecho*. No. 48. Bogotá: ILSA.