



Interlegalidad*

Rainer Nickel

Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main

nickel@jur.uni-frankfurt.de

Resumen

La voz analiza el surgimiento y evolución del concepto de interlegalidad, exponiendo de manera general los principales elementos que integran tanto este concepto como el de pluralismo jurídico. De igual manera se estudian los problemas y límites que dichos conceptos presentan, así como los debates que en torno a ellos se han planteado.

Palabras clave

Interlegalidad, pluralismo jurídico, jerarquía jurídica, derecho, entrelazamiento de órdenes jurídicos

Interlegality

Abstract

This article analyzes the emergence and evolution of the concept of interlegality, delineating the main elements of this concept, as well as the concept of legal pluralism. Likewise, the article studies the difficulties and limits of the analyzed concepts and the debates their use has generated.

Keywords

Interlegality, legal pluralism, legal hierarchy, law, intertwinement of legal orders.

* Traducción del inglés de Julián Gaviria Mira.

La idea de que la pluralidad de fuentes legales en nuestro mundo globalizado lleva a un diálogo entre estas legalidades (en otras palabras, a la interlegalidad) es un concepto relativamente reciente. El término llegó a la teoría del derecho y a la sociología en un momento histórico en que disciplinas vecinas (en especial la antropología y la teoría literaria postmoderna) cuestionaron el modelo de aproximación hacia sus objetos de estudio en el último cuarto del siglo XX. En la teoría literaria, la antigua fijación en el contexto político o en el contenido de los textos literarios -o en el autor y sus intenciones-, fue dando paso a la idea según la cual el sentido de los textos está determinado por otros textos. Esto puede deberse al uso y a la transformación que un autor haga de un texto anterior o a causa de las referencias que el lector encuentra en un texto al momento de leer otro (para una fundamentación del concepto de intertextualidad, ver Kristeva, 1980). La intertextualidad presenta como imposible una lectura “verdadera”, única y auténtica de un texto. Éstos están en constante movimiento y esta fluidez excluye cualquier concepto de una interpretación auténtica y única. El concepto abstracto de un flujo interminable de diálogos intertextuales pudo encontrar su forma (y metáfora) adecuada sólo una década después, cuando el internet conquistó el mundo. En este nuevo mundo discursivo los textos no son entes aislados; éstos se encuentran conectados a través de hipervínculos, como innumerables elementos de una interminable cadena de entrelazamientos y comunicación secuencial.

En los años 70 y 80, la teorías posestructuralistas se unieron a este escepticismo hacia los conceptos de verdad y razón. Basados en auto-reflexiones críticas acerca de la perspectiva contaminada del observador al observar “otras culturas” (Levi-Strauss 1973 [1955]), y en un intento de liberar los estudios culturales de las pesadas sombras del colonialismo y la hegemonía, los posestructuralistas añadieron su propia visión escéptica sobre el concepto “occidental” de modernidad¹ y contribuyeron al surgimiento de un *mainstream* intelectual que puso en contraste a un monolítico concepto de modernidad única y racional, las ideas de diversidad y pluralidad. *La condition postmoderne* (1979) de Jean-Francois Lyotard se convirtió en la piedra de toque y punto de referencia para los ataques en contra de una forma de “racionalidad occidental” monolítica que fue acusada de excluir la diferencia y oprimir la diversidad en nombre de la verdad y la razón.

En este clima intelectual el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos acuñó el término “interlegalidad” y le dio una fundamentación posmoderna. El siguiente extracto contiene el núcleo de este enfoque (son los pasajes usualmente citados, tomados de su artículo seminal *Law: a map of misreading* de 1987):

El pluralismo jurídico es el concepto clave en una visión posmoderna del derecho. No el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en el cual diferentes órdenes jurídicos son concebidos como entes separados que coexisten en el mismo espacio político, sino más bien la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados, tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, ya sea en momentos de transformación cualitativa o fuertes crisis en nuestras trayectorias de vida, o en la insulsa rutina de una cotidianidad sin incidentes. Vivimos en tiempos de una porosidad legal o legalidad porosa, de una multiplicidad de redes de órdenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. Nuestra vida jurídica está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales, esto es, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y es por esto que es el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del derecho. La interlegalidad en un proceso altamente dinámico, debido a que los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por esto tiene como resultado una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos (De Sousa Santos, 1987: 297-298).

¹ Ver en especial Barthes (1967) para una perspectiva deconstructiva de los metalenguajes.

El primer y principal aspecto de esta definición es el particular papel del “espacio”: Mientras tradicionalmente se define “derecho” como “derecho de un país”, un orden legal único establecido en una bien definida entidad geográfica, en nuestros tiempos “derecho” se convierte en un blanco móvil, objeto de una “porosidad legal” y su espacio no es más un espacio geográfico, sino una multitud de espacios y procesos entrelazados. Los órdenes jurídicos no se encuentran de manera silenciosa “como ovejas que se cruzan en medio de la noche”²; éstos interactúan y se cruzan y están sometidos a constantes transiciones y transgresiones.

Segundo, la interlegalidad influencia y da nueva forma a los individuos y a los grupos sociales en una sociedad, así como sus actitudes hacia el derecho: esto denota “el impacto del pluralismo jurídico en las experiencias, percepción y consciencia jurídicas de los individuos y de los grupos sociales que viven bajo las condiciones del pluralismo jurídico, sobre todo por el hecho de que en su vida diaria está cruzada o interpenetrada por diferentes -y con frecuencia contrastantes- culturas y órdenes jurídicos” (De Sousa Santos, 2002: 97). Esta perspectiva subraya el efecto emancipador de la interlegalidad: debido a que individuos y grupos (en especial las ONG) pueden usar diferentes concepciones y fuentes en sus luchas contra el sistema monolítico de globalización (neo-)liberal, basada en el mercado y orientada a la competencia, estos pueden por sí mismos definir sus intereses y derechos en sus propios términos jurídicos. La ley se hace fluida y sus fuentes se diversifican: los Estados pierden el monopolio de la producción normativa y los sistemas normativos sociales, culturales, grupales o tradicionales, así como la regulación supra y transnacional, son potenciales competidores de la ley nacional. Fuentes del derecho altamente diversificadas entran en juego e influyen el potencial de grupos e individuos para re-definir el contenido del derecho, llegando así a reemplazar la monocultura centrada en el Estado y su concepto del derecho monolítico.

Tercero, la interlegalidad reta fundamentalmente la idea de unidad del sistema jurídico y jerarquía lógica de las normas. El criticismo implícito de los conceptos uniformes del derecho moderno se puede basar en observaciones sociológicas (Ehrlich, 2002 [1913]) y en la antropología jurídica, un área de estudio que ha sido por largo tiempo guiada por la presunción de que la unidad del sistema jurídico es un mito cultivado por los juristas (Moore, 1978: 2). Los resultados de la investigación antropológica parecen dar respaldo a esta sospecha, hasta el punto de que para algunos autores no tiene ningún sentido diferenciar entre el derecho y otros órdenes normativos (Pospisil, 1972). Como Klaus Günther acertadamente indica, “[d]e acuerdo con una descripción antropológica, el derecho estatal resulta ser muy heterogéneo, incoherente, algo así como un bricolaje de diferentes normas sociales con efectos colaterales inintencionados cuando se compara con las intenciones originales del legislador central” (Günther, 2008: 13).

La interlegalidad, en cuarto lugar, no sólo subraya la diversidad de las normas jurídicas en el nivel infranacional, sino también en el aspecto transnacional del pluralismo jurídico. El resurgimiento del derecho internacional después de la caída de la Cortina de Hierro y la nueva calidad que éste ganó al final del siglo XX como una especie de ley constitucional de la humanidad o como una “ley global interior” con una nueva “constelación postnacional” (Habermas, 2001 [1996]; 2006 [2004]), permite a los individuos y grupos sociales usar el derecho internacional en

² Estas líneas son tomadas del famoso poema de Wadsworth Longfellow: “Ships that pass in the night, and speak each other in passing, only a signal shown, and a distant voice in the darkness; So on the ocean of life, we pass and speak one another, only a look and a voice, then darkness again and a silence” (Wadsworth, 1863).



contextos nacionales y en contra del legislador nacional. Este nuevo potencial puede llegar a tener un efecto subversivo:

Mientras algunos casos, ciertamente los más significativos, de la transnacionalización del derecho pueden remontarse de manera directa a la interconexión del localismo globalizado y del globalismo localizado que van junto a la transformación de la acumulación del capital y el imperialismo cultural de occidente de escala global, otros casos, aunque conectados con estas transformaciones –si bien por ninguna otra razón que para resistir en contra de ellas– dan origen a consideraciones políticas y culturales autónomas, como aquellas que descansan sobre las agendas cosmopolitas y del patrimonio común de la humanidad (De Sousa Santos, 1995: 269).

Los hermanos gemelos del pluralismo jurídico y la interlegalidad, abren una perspectiva nueva y fresca acerca de las luchas sobre el contenido del derecho. Muchos proponentes del pluralismo jurídico han abrazado este concepto teniendo en cuenta su potencial para dar voz a los grupos e individuos menos favorecidos. Gunter Teubner subraya que “el pluralismo jurídico redescubre el poder subversivo de los discursos suprimidos” (Teubner, 1998: 120). Pueblos indígenas, con su peculiar concepto de propiedad colectiva, así como grupos tradicionalmente desaventajados o colectivos socialmente desfavorecidos, todos estos actores sociales pueden usar argumentos jurídicos transnacionales en contra de “cualquier visión unidireccional, vertical de la ideología como si funcionara simplemente para justificar la jerarquía o para enmascarar su realidad a los desaventajados” (Roberts, 1998: 97).

Más allá de este –ampliamente compartido– enfoque sobre los anti-jerárquicos y subversivos potenciales del pluralismo jurídico, es preciso decir que el valor epistémico, así como la capacidad operativa del concepto de interlegalidad, es ampliamente debatido. Por ejemplo, Gunter Teubner ha criticado el término interlegalidad desde una perspectiva de sistemas. Considera el pluralismo jurídico postmoderno de Sousa Santos cautivante, pero considera que le falta precisión analítica: “La pregunta crucial de cómo reconstruir, en arquitectura postmoderna, las conexiones entre lo social y lo legal encuentra una respuesta bastante vaga: interpenetración, entrelazamiento, integral, superpuesto, mutuamente constitutivo, dialectal... Nos dejan confusión y ambigüedad” (Teubner, 1998: 120). No es sorprendente que Teubner sugiera reemplazar esta ambigüedad con la aparentemente inequívoca distinción entre legal/ilegal como código binario del sistema jurídico: autopoiesis, la técnica auto-reproductiva del sistema jurídico, con sus dos características de “cierre operacional” y “acoplamiento estructural”, es presentada como la respuesta a la “de alguna manera pregunta soberana: ¿qué hay después de la deconstrucción?” (Teubner, 1998: 120-124). El sistema jurídico absorbe las voces subversivas levantadas por el discurso de la interlegalidad, pero sólo en su propio lenguaje. Desde el punto de vista del sistema (si existe) estas voces son “ruido”; irritan al sistema y deben ser primero traducidas al lenguaje del sistema jurídico y esto sólo puede ser hecho por el sistema mismo.

Se puede ser escéptico acerca de si esta operación elimina la “ambigüedad y confusión” que nos deja el concepto de interlegalidad: ¿cómo distinguir entre normas sociales y normas legales si la simple “invocación de un código jurídico” (Teubner, 1998: 128) es el único aspecto decisivo?, ¿es en verdad suficiente con que los actores sociales invoquen el código jurídico para que su discurso y sus acciones sean tenidas como partes del sistema jurídico? Teubner enfáticamente sugiere esto cuando debate el ejemplo de las “normas impositivas” de una mafia local que asegura su protección a los comerciantes locales a cambio de pagos regulares: esta práctica mafiosa bien puede ser ilegal a los ojos de las instituciones

estatales pero: “Aun así, las reglas de la mafia son una parte integral del pluralismo jurídico en nuestro semiautónomo campo social mientras utilicen el código binario de la comunicación jurídica” (Teubner, 1998: 128).

A la luz de esta amplia definición del pluralismo jurídico, el valor epistémico de la interlegalidad se hace más cuestionable. Si las costumbres locales, las normas morales de los diversos grupos e incluso las creencias o convicciones personales pueden contar como discursos jurídicos si son traducidos en exigencias jurídicas, entonces el tiquete de entrada a la interlegalidad es fácil de obtener. Incluso asesinatos en masa como el perpetrador del ataque terrorista en Oslo en el 2011 o la banda de asesinos racistas que aterrorizaron y asesinaron inmigrantes en Alemania en la primera década de este siglo pueden ser contados como parte del discurso de la interlegalidad, pues éstos reclaman un derecho a resistir ante las leyes y políticas multiculturales. Como consecuencia, no hay diferencias fundamentales y calculables entre (in)moralidades privadas, normas sociales de grupos sociales y normas legales: toda pretensión normativa puede, en potencia, llegar a ser parte del discurso y depende sólo de la estrategia discursiva de los actores y no en algún otro factor, sea que actúen en el ámbito de la interlegalidad o en el de la inter-normatividad.

Su indeterminación no hace inútil el concepto de interlegalidad. La ambigüedad del término puede reducir su valor epistémico, pero la interlegalidad se mantiene como una valiosa herramienta descriptiva. Es particularmente útil cuando pensamos acerca del concepto de derecho en nuestra constelación postnacional: acerca de las nuevas complejidades y realidades discursivas de la gobernanza supra y transnacional, acerca de los retos de los derechos humanos universales y el derecho penal universal, acerca de la forma y contenido del *ius cogens* y acerca de las condiciones necesarias para la intervención humanitaria. Todos estos nuevos campos de la legalidad global retan los tradicionales modelos de derecho, sean éstos una versión monista de la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho nacional o una versión dualista de la primacía del derecho infranacional sobre el internacional. Ninguno de estos modelos capta la complejidad de la constelación postnacional; son *unterkomplex*, si no obsoletos.

El pluralismo jurídico y la interlegalidad reflejan la amorfa complejidad de la “localidad global” y de la “globalidad local”. Los intentos por activar el concepto de interlegalidad más allá de su poder descriptivo han sido hasta el momento, sin embargo, fallidos. En su análisis del reto que significa el pluralismo jurídico global para la elección de ley aplicable (en el clásico derecho internacional privado) Ralf Michaels encuentra que la interlegalidad es “difícil de poner en práctica” incluso en un campo (elección de ley aplicable) que se ocupa de conflictos entre órdenes normativos (Michaels, 2005: 1211). De hecho, solo unos pocos intentos han sido emprendidos para concretar los procesos interlegales y explicar las normas, criterios o reglas básicas para constelaciones concretas de choques interlegales. Parece que muchos autores pierden el ánimo ante la ambigüedad del término o por el riesgo que corren si tratan de detener la fluidez y porosidad de un proceso siempre cambiante. Muchos eligen, como Teubner con acierto crítica, “simplemente llevarnos a la misteriosa oscuridad de la ‘interlegalidad’” sin ofrecernos soluciones (Teubner, 2011: 193).

Amstutz (2005) opta por una aproximación diferente. Acoge la interlegalidad como un concepto teórico adecuado para el análisis de la evolución del derecho privado europeo. Amstutz sugiere que la creación de un “mundo intermedio” (*Zwischenwelt*) entre la completa armonización del derecho privado europeo, por un lado, y un enfoque caso por caso más bien irregular, por el otro, es la solución más



adecuada para este problema regulatorio. Toma la decisión *Marleasing* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (acerca del requerimiento de interpretación del derecho doméstico de conformidad con las directivas) como un punto de arranque para su tesis de que cualquier aproximación a la interlegalidad necesita establecer reglas adecuadas de razonamiento legal más que otra capa de derecho sustantivo, y concluye: “La pregunta sobre cómo lidiar con la ‘porosidad jurídica’ se convierte entonces en el problema de *constitucionalizar la interlegalidad*” (Amstutz, 2005: 767). Su respuesta a esta tarea hercúlea deja bastantes dudas: asegura que la interlegalidad “sólo puede ser constitucionalizada por sí misma”. Cómo el fantasma en la máquina o el *perpetuum mobile*, la constitucionalización de la interlegalidad funciona de alguna manera automáticamente, es decir, “por procesos que se organizan ellos mismos ‘a través de ensayo y error [...] inaccesible tanto para los individuos como para el Estado” (Amstutz, 2005: 768, con cita a Ladeur, 2000: 82). Amstutz expresamente rechaza la idea de que la creación de un derecho privado europeo necesite por lo menos algún grado de legitimidad democrática y debate público. Por el contrario, sugiere que el juez nacional necesita el coraje para realizar la tarea de ponerse a sí mismo por encima del legislador y crear el derecho privado europeo desde su posición de juez, *ex officio* (Amstutz, 2005: 768 y 784). En otras palabras, los jueces-reyes y reinas, y sólo ellos, están llamados a escribir el guion del derecho privado europeo.

Es obvio que esta entronización de la “teoría evolutiva del derecho”, con el juez-rey/reina al mando, no es de ninguna manera la única alternativa como sugiere Amstutz y es igualmente obvio que su idea de constitucionalización de la interlegalidad choca de manera fundamental con las intenciones subversivas de Sousa Santos, cuya mayor preocupación era empoderar a los sin poder (y no aislar aun más al juez estatal de la crítica social y de los desafíos jurídicos públicos). La creación normativa judicial, apenas velada como “teoría evolutiva del derecho” (Amstutz, 2005: 768), no es una respuesta adecuada para la amenaza de imperio y dominación. Esta posición defiende la idea de una única respuesta correcta (la decisión judicial) para conceptos esencialmente controvertidos y luchas interlegales de reconocimiento. En otras palabras, representa todo lo que el concepto de interlegalidad busca superar: la autoridad absoluta, la jerarquía y el monólogo.

El código universal de la legalidad contiene premisas que van más allá de la mera administración de la interlegalidad por parte del juez-rey/reina, esté éste en el nivel europeo o en los contextos transnacionales como la OMC. Comprende las ideas de igualdad, justicia y de un orden jurídico legítimo, aunque sólo como ideales regulativos, y en un estado de indeterminación (cf. Günther, 2008: 19). A pesar de que el actual código jurídico global carece del respaldo institucional de los procedimientos democráticos y a pesar de que es difícil crear equivalentes funcionales a la participación democrática en el plano transnacional (Nickel, 2006), es una consecuencia de la interlegalidad y del código universal de la legalidad combinados, que los debates públicos –y luchas- acerca de la *constitucionalidad* de la interlegalidad necesitan adecuarse al foro público y a los procedimientos que son potencialmente accesibles para todos.

Bibliografía

- AMSTUTZ, M. (2005), “In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning”, *European Law Journal*, 11, pp. 766-784.
- BARTHES, R. (1967 [1964]), *Elements of Semiology*, Hill and Wang, New York.
- EHRlich, E. (2002 [1913]), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Transaction, New Brunswick, New Jersey.

- GÜNTHER, K. (2008), "Legal pluralism or uniform concept of law? Globalization as a problem of legal theory", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, pp. 5-21.
- HABERMAS, J. (2006 [2004]), "Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance?". En: *The Divided West*, Polity Press, Cambridge, pp. 115-193.
- HABERMAS, J. (2001 [1996]), *The Post-National Constellation*, MIT Press, Cambridge/Mass..
- KRISTEWA, J. (1980), *Desire in Language: A Semiotic Approach to Literature and Art*, Blackwell, Oxford.
- LADEUR, K. (2000), "Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 64, pp. 60-103.
- LEVI-STRAUSS, C. (1973 [1955]), *Tristes Tropiques* (english translation by John and Doreen Weightman), Atheneum, New York.
- LYOTARD, J. (1979), *La condition postmoderne*, Éditions Minuit, Paris.
- MICHAELS, R. (2005), "The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism", *The Wayne Law Review*, 51, pp. 1209-1259.
- MOORE, S. F. (1978), *Law as Process. An Anthropological Approach*, Routledge, London.
- NICKEL, R. (2006), "Participatory Transnational Governance". En: JOERGES, C. and PETERSMANN E. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance, and Social Regulation*, Hart Publishing, Oxford, pp. 209-250.
- POSPISIL, L. (1972), *Anthropology of Law. A Comparative Theory*. Harper & Row, New York.
- ROBERTS, S. (1998), "Against Legal Pluralism – Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain", *Journal of Legal Pluralism*, 42, pp.95-106.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1987), "Law. A map of misreading: Toward a post-modern conception of law". *Journal of Law and Society*, 14, pp. 279-302.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1995), *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, New York and London.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2002), *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation* (2nd edition), Butterworths, London.
- TEUBNER, G. (2011), "Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?", *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, (40) 3, pp. 191-215.
- TEUBNER, G. (1998), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". En: TUORI, K., BANKOWSKI, Z. and UUSITALO, J. (eds.), *Law and Power: Critical and Socio-Legal Essays*, Deborah Charles, Liverpool, pp. 119-140, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43828327/Faces_Janus.pdf (fecha de consulta: 29 de enero de 2015).
- WADSWORTH LONGFELLOW, H. (1863), *Tales of a Wayside Inn* (Part iii. The Theologian's Tale: Elizabeth, part IV). Ticknor and Fields, Boston.

