

Teoría del derecho y pluralismo jurídico*

*Jairo Vladimir Llano***

* Artículo que hace parte de la tesis doctoral “Pluralismo jurídico y transformaciones del Estado de derecho en Colombia”, sustentada y aprobada con reconocimiento en la Universidad Externado de Colombia para optar por el título de doctor en Derecho en el año 2011.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Antropólogo y especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca y becario del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en España. Profesor e investigador de pregrado y posgrados en derecho de las universidades Santiago de Cali, Libre, del Valle, Autónoma de Occidente y Javeriana de Cali.

Resumen

El presente artículo reflexiona sobre uno de los debates más importantes de la ciencia jurídica contemporánea. Por un lado, están los teóricos que consideran al derecho estatal como la única propuesta regulativa de la modernidad. Se basan en esa teoría positivista tradicional que expone las leyes como la principal fuente de derecho. Por otro lado, se encuentran los teóricos del derecho que consideran al derecho estatal como una fuente más de regulación sobre los conflictos sociales. Ellos exponen cómo, en los inicios de siglo, el derecho local, que va desde las comunidades indígenas hasta los fenómenos urbanos, adquieren cierta importancia en lo cotidiano. Sin perder el protagonismo del derecho transnacional e internacional, que regula hasta las relaciones de los Estados, estas últimas teorías reconocen el origen social del derecho y comprenden el concepto del pluralismo jurídico, que pone de presente la diversidad jurídica que se asiste en pleno fenómeno de globalización.

Palabras clave

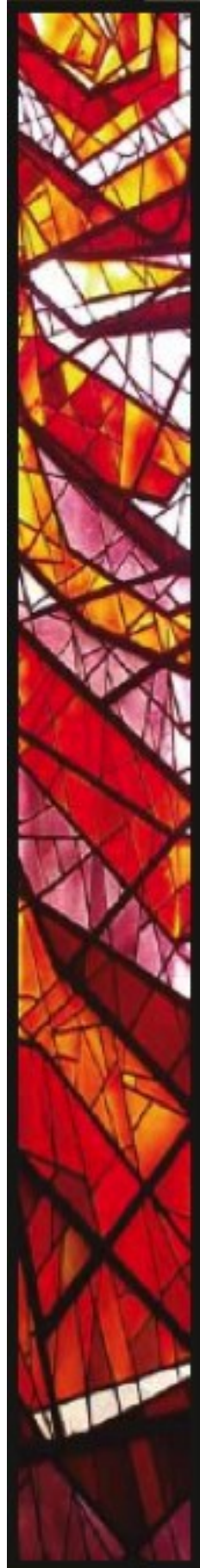
Teoría del derecho, pluralismo jurídico, positivismo jurídico, realismo jurídico, teoría crítica del derecho, Estado.

Abstract

This article analyzes one of the most important debates in contemporary legal science. On the one hand, some authors consider the law of the state as modernity's only true source of legal norms. These thinkers base their point of view on a traditional positivist theory that presents legislation as the main source of law. On the other hand, there are those who consider state law as one of many sources of rules that may be applied in conflict resolution. These theorists point out how, at the beginning of the century, local rules, which include sources as diverse as indigenous norms and the norms used by urban communities, became more important. Without denying the significance of transnational and international law, these thinkers underscore the social origin of law and they put forth the concept of legal pluralism, a key figure in understanding the phenomenon of globalization.

Keywords

Legal theory, legal pluralism, legal positivism, legal realism, critical legal theory, state.



1. Presentación

Entre las problemáticas que se explican, o por lo menos se intentan comprender desde la compleja producción teórica e interdisciplinaria de la ciencia jurídica, se encuentra la diversidad cultural y jurídica a la que se asiste en las sociedades y Estados contemporáneos, situación que es innegable en la realidad y que adquiere dimensiones de complejidad por sucesos como las confrontaciones étnicas que ocurren en el ámbito global desde la sofisticada y progresista Europa en los Balcanes, o la protagonista Rusia, en el Asia oriental, con la expansionista China, hasta las naciones periféricas y excluidas del continente africano, donde se asiste a prácticas de exterminio cultural. En Latinoamérica las confrontaciones étnicas han sido más limitadas y se concentran en las luchas por el reconocimiento de la diversidad de comunidades indígenas, afroamericanos, campesinos y pobladores urbanos en la marginalidad. Para explicar estos fenómenos y otros que se desprenden del movimiento de personas y culturas en pleno auge de la globalización, la propuesta del pluralismo jurídico es acorde para abordar ciertas explicaciones desde la ciencia jurídica.

Las especialidades de la ciencia jurídica que han avanzado en el estudio del pluralismo jurídico son la sociología y la antropología jurídica, soportadas en la teoría del derecho que reconoce y critica el positivismo jurídico tradicional al cuestionar el presupuesto de que el Estado moderno liberal se convierte en el único productor de derecho y de regulación jurídica ante sus ciudadanos, posibilitando la aparición de otras teorías que colaboran en el entendimiento de la pluralidad jurídica en espacios de complejidad en las relaciones contemporáneas a que se asiste. La concepción reciente del pluralismo jurídico como la que plantea el profesor Boaventura de Sousa es aplicable para disímiles realidades sociales y jurídicas como la latinoamericana, con la pretensión de explicar las múltiples regulaciones o prácticas jurídicas que ocurren en un mismo contexto social.¹ Esta concepción del

¹ “[...] junto a la idea de que el derecho opera en tres escalas (local, nacional y global) y seis espacios de tiempo (doméstico, producción, comunidad, ciudadanía, mundial) distintos significa que las sociedades modernas son, en términos sociojurídicos, formaciones jurídicas o constelaciones jurídicas. En vez de ordenarse según un único

pluralismo jurídico está relacionada y complementada por los avances, tanto en los estudios como en la aplicabilidad del principio de la diversidad cultural, donde se plasma claramente que las distintas culturas, al poseer sus particulares cosmovisiones, incluyen el campo jurídico. Por eso la pretensión de homogenización jurídica y cultural en la realidad social ha sido paulatinamente derrumbada.

2. Las teorías del derecho predominantes y el pluralismo jurídico

Definitivamente, la concepción del pluralismo jurídico realiza una ruptura con las distintas tendencias que hacen parte de la teoría del positivismo jurídico. Es así como, en el curso del siglo XIX, se desarrollaron todavía numerosas teorías positivistas del derecho: el positivismo lógico de Rudolf Stammler; la *teoría general del derecho*, que se ocupa todavía solo con las estructuras y conceptos formales del derecho; y el modelo más consecuente y científicamente fundado de estas teorías jurídicas puramente formales que fue, sin duda, la teoría pura del derecho fundada por Hans Kelsen (Kaufmman, 1999: 74-75). Estas disímiles tendencias del positivismo jurídico conciben al derecho estatal y al derecho entre los Estados como el postulado central de las prácticas jurídicas que regulan las relaciones y los conflictos sociales que aparecen en la cotidianidad contemporánea.

El postulado pluralista también se encuentra distante de las posiciones teóricas que se han configurado desde el iusnaturalismo que se limita en la innovadora versión de los derechos inalienables e imprescriptibles. El derecho natural es influyente en el constitucionalismo moderno, pero sus efectos son negativos para la teoría del derecho y la teoría constitucional. Esta afirmación se explica porque, por un lado, el iusnaturalismo sigue estando presente en el texto, la interpretación y aplicación constitucional, mientras que por el otro, su teoría epistemológica no logra suministrar una base convincente para la teoría y la práctica constitucional. Es así como las doctrinas constitucionales del “núcleo esencial de los derechos fundamentales”, “naturaleza de la cosa”, o de los derechos inalienables, si bien ocupan un lugar

sistema jurídico, las sociedades modernas se rigen por una pluralidad de ordenes jurídicos, que se interrelacionan y distribuyen socialmente de distintas formas en el campo social. Esto plantea el debate del pluralismo jurídico” (Santos, 2009: 60).

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

importante en la jurisprudencia actual, revisten inevitablemente una resonancia metafísica que no se concilia con los desarrollos de la teoría jurídica moderna (Arango, 2004: 95). Estas teorías son caracterizadas por su predominio en la teoría y la filosofía del derecho y, por supuesto, en la práctica jurídica de los últimos siglos. Además, han sido cuestionadas en las recientes décadas por su divorcio con la realidad social y por culminar en restricciones y limitaciones de la eficacia normativa que ha sido históricamente su mayor reivindicación.

Esta concepción del pluralismo jurídico tiene una mayor cercanía con teorías del derecho como el realismo jurídico, que priorizan la realidad social ante lo normativo, las reglas o los derechos, y configuran lo judicial más allá de la percepción del juez que se configura exclusivamente del Estado o los Estados:

Por fin, los realistas compartían un espíritu reformista del derecho, tanto en lo que afecta a su contenido normativo, como en lo referente a los métodos de su aplicación. Una y otras reformas eran vistas por los realistas como pasos necesarios para una acomodación entre el derecho y las demandas de justicia, adaptación a los nuevos tiempos, y seguridad jurídica de los legos[...] Un punto de vista epistemológico común ha de conducir necesariamente a una serie de constataciones muy básicas también [...] (1) La concepción del derecho como un flujo, de un derecho móvil, y de la creación judicial del derecho (2) La concepción del derecho como un medio para obtener ciertos fines sociales y no como un fin en si mismo. (3) La concepción de la sociedad como un flujo, típicamente más rápido que el derecho [...]. (Sánchez Díaz, 2002: 31-32)

El realismo jurídico se soporta en la crítica y en una perspectiva antiformalista, el denominado realismo jurídico norteamericano es una corriente surgida en los Estados Unidos en la década de los años treinta, que propugnaba una forma pragmática, sociológica y antiformalista de entender el derecho. Ahora bien, esta corriente “crítica” no surge de manera aislada e independiente, sino que tiene su origen en una tendencia “antiformalista” y “crítica”, la cual se remonta a finales del siglo XIX, y que recibió el nombre de jurisprudencia sociológica. Tanto

la jurisprudencia sociológica como el realismo jurídico representan en su momento una reivindicación de la perspectiva histórica, económica y social del derecho, propugnando, pues, una ciencia sociológica del derecho en contra de la ciencia normativa y rechazando también todo tipo de formalismo de carácter lógico (Arnaud, 2006: 102-103). Entre las teorías del derecho que se convierten en el soporte del pluralismo jurídico se encuentra la teoría crítica del derecho, que desde hace varias décadas plantea que el derecho estatal es uno de los ordenamientos jurídicos que regulan las relaciones o los conflictos sociales entre otra variedad y que resuelven cotidianamente las disputas entre los individuos y las colectividades.

3. Teoría crítica del derecho en el contexto anglosajón

La teoría crítica tiene avances desde distintos movimientos como los estudios críticos legales de los Estados Unidos, que perciben el derecho más allá de una disciplina donde se encuentran las especialidades que logran la relación de los estudios sociales con los jurídicos. Entre estas figuran la sociología y la antropología jurídica, que dan una dimensión mayor a los estudios del derecho y, por supuesto, a la práctica de la profesión, al considerar lo interdisciplinario como esencial para la formación jurídica en lo correspondiente a lo investigativo en lo empírico y en los desarrollos teóricos para beneficio de la ciencia y de la epistemología jurídica. Esta percepción tiene sus fundamentos en el neomarxismo que propone el derecho como un espacio de tensiones y confrontaciones entre quienes dominan o pretenden la dominación y quienes se resisten a la dominación por medio de la emancipación, asistiendo a la configuración y reelaboración de disímiles ordenamientos jurídicos fruto de la realidad social que regula lo cotidiano y que desde este mismo complejo devenir transforma permanentemente las prácticas jurídicas.

Este movimiento se caracteriza por priorizar las transformaciones del derecho y por impulsar el reconocimiento de la pluralidad jurídica con el fin de establecer sociedades incluyentes que lleven a minimizar las tensiones sociales y jurídicas a que se asiste en los inicios del siglo XXI. Al interior de este movimiento se hallan las corrientes culturalistas, racionalistas posmodernas, e incluso ciertas tendencias feministas. El

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

núcleo de la crítica jurídica en los Estados Unidos son los *critical legal studies*, marcados por un cierto eclecticismo que cubre perspectivas teóricas atravesadas por el realismo jurídico, por el marxismo frankfurtiano, por el estructuralismo francés y por el análisis interdisciplinario. Se trata de un movimiento que, mediante la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto llega su grado de compromiso con relaciones de poder y con la ideología dominante (Wolkmer, 2003: 46).

Entre los movimientos que han surgido en los Estados Unidos desde las décadas finales del siglo XX se encuentran los estudios de conciencia jurídica y los estudios de teoría social del derecho, que desde sus investigaciones confirman la fragilidad del derecho estatal e incentivan la creación de propuestas jurídicas que amplíen la regulación jurídica desde otras posibilidades locales que pueden determinarse como de resistencia o de soporte para futuras transformaciones sociales.

En los años setenta aparecen en Gran Bretaña los cuestionamientos y críticas al positivismo jurídico dominante que confluyen en los estudios sociojurídicos del derecho, teniendo como pretensión central transformaciones en la enseñanza y formación jurídica para dar cabida a los estudios interdisciplinarios y a la investigación sociojurídica, originando en su interior el movimiento del derecho en contexto. Este movimiento amplió sus objetivos a los fenómenos de la globalización y el pluralismo jurídico, adquiriendo importancia los estudios jurídicos comparados en el contexto inglés, y el derecho comparado en lo estadounidense, demostrando que el derecho estatal y el positivismo jurídico se convertirían en reduccionistas ante la compleja realidad pluralista que se expone en estos tiempos. El derecho comparado, en tanto que subdisciplina institucionalizada, se ha diversificado y se ha ampliado de muchas maneras en años recientes. Más importante aún, si acaso hubo una época en la cual el estudioso jurídico serio podía concentrarse enteramente en una sola jurisdicción por lo que se refiere a fuentes y a enfoque, ese tiempo ha quedado atrás. Los ordenamientos jurídicos son interdependientes. Casi la totalidad de los estudios jurídicos utilizan fuentes transnacionales, son informados por ideas de otras disciplinas y tradiciones jurídicas, y aun cuando su enfoque sea

altamente local, implícita o explícitamente, hacen comparaciones con fenómenos jurídicos de otros lugares. En resumen, ahora todos somos comparativistas en un muy importante sentido (Twining, 2003: 154-155).

4. Teoría crítica del derecho continental europeo

La crítica en Europa continental hacia el positivismo jurídico tiene sus inicios en el final del siglo XIX e inicios del XX con autores que promovían el derecho vivo o el derecho libre, como el profesor Eugen Ehrlich, quien proponía que el derecho provenía de las relaciones sociales y que este debería ser pluralista. En contraposición a la concepción tradicional del derecho de los juristas, que lo conciben como un conjunto de normas de decisión, Ehrlich concibe el derecho como un orden constituido por reglas de obrar en virtud de las cuales los hombres no solo actúan en su vida real sino que también deben actuar. El derecho tiene su origen en la sociedad, esto es, se sitúa en la vida social de los hombres y constituye un orden que, por lo general, no necesita de la coacción para su funcionamiento. El derecho está en la vida social y a ella es que hay que acudir para conocerlo, en contra de las posturas formalistas y legalistas, propias de la concepción estatalista del derecho (Cebeira Moro, 2008: 83).

Entre los estudiosos del derecho desde una perspectiva amplia y crítica son destacados los aportes del profesor Georges Gurvitch sobre la existencia de distintos derechos en la realidad social. Siguiendo la dirección demarcada por E. Ehrlich, Georges Gurvitch introdujo y construyó de forma sistemática y comparativa la teoría más completa y abarcadora del pluralismo jurídico en Francia. En realidad su concepción del pluralismo es profundamente antiestatalista, dialéctica y compleja. De cualquier manera, entiende que la legislación estatal no es la única ni la principal fuente del mundo jurídico, existiendo otros numerosos grupos sociales o sociedades globales, independientes del Estado y capaces de reproducir formas jurídicas. Cada grupo posee una estructura que engendra su propio orden jurídico autónomo regulador de su vida interior (Wolkmer, 2006: 174).

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

Estos profesores han sido reconocidos como los iniciadores del pluralismo jurídico y se destacaban por impulsar la filosofía del derecho y la sociología jurídica como disciplinas o especialidades que se convertían en el soporte del derecho, incluso, estas le daban el carácter científico. A estos profesores fueron sumándose otros como Georges Renard, Santi Romano, entre otros, que consideraban que el derecho estatal no lograba incluir otras posibilidades jurídicas y que el contexto social demostraba la presencia de variedad de ordenamientos jurídicos. Estos profesores del derecho son considerados la antesala a los movimientos de la crítica jurídica y el derecho alternativo que surgiría en los años sesenta y setenta en el contexto de la Europa continental, además de ser pioneros en relacionar en sus estudios reflexiones sobre el Estado y el pluralismo jurídico.

En los años setenta comienzan aparecer tímidamente las corrientes críticas del derecho. En Francia se conformó la Asociación Crítica del Derecho, convirtiéndose en la posibilidad teórica y práctica que orientaba una concepción opuesta del derecho positivista y formalista que por varias décadas predominó en el país. En 1976 se publica “Une introduction critique au droit de Michel Mialli”, jefe de fila de una corriente de juristas franceses que se proponen una nueva empresa teórica y pedagógica destinada a desmontar los supuestos políticos y epistemológicos de las teorías tradicionales. Los miembros de la Asociación Crítica del Derecho provenían del derecho privado, del derecho público o de la historia del derecho. Su objetivo no era perfeccionar y difundir una teoría marxista del derecho, sino hacer uso de categorías materialistas para avanzar en la comprensión profunda de la naturaleza y el rol del derecho bajo sus formas actuales. Se trataba así de poner en tela de juicio el discurso dominante que presentaba al Estado como la encarnación del interés general o el instrumento de realización social de ideales universales y ahistóricos de justicia (Carcova, 1991: 32-33).

Por su parte, en Italia fue configurándose el movimiento teórico-práctico del uso alternativo del derecho, que pretendía reformas en el derecho con la intención de que resolviera las contradicciones que surgían del anquilosado positivismo jurídico y convirtiéndose en eficaz en el momento de resolver los conflictos sociales desde la judicatura. La

propuesta del uso alternativo del derecho tiene sus inicios en la Italia de los años 70:

[...] se convocó el encuentro de estudio que tuvo lugar en Catania del 15 al 17 de junio de 1972, por iniciativa del Departamento Jurídico de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania. Las contribuciones a dicho encuentro, hoy ya histórico bajo la forma de relaciones e intervenciones, fueron recogidas en dos volúmenes, editados por el mismo Barcellona, y publicados por Laterza en 1973 bajo el título genérico de *L'uso alternativo del diritto*. Estas circunstancias, además del reconocimiento que ya había adquirido en el ámbito de los juristas críticos, dejan claro el papel de promotor y consecuente figura que asumió Barcellona en la orientación del uso alternativo del diritto, una expresión que, a partir de entonces, adquirió en Italia el significado de pretender reintegrar las instituciones jurídicas en el seno de las contradicciones sociales y de las relaciones histórico-materiales [...]. Se puede decir que el uso alternativo del diritto buscaba criticar al derecho existente con el objetivo de desarrollar al máximo las libertades y las promesas incumplidas por la burguesía; libertades y promesas que contemplaba el mismo ordenamiento. (Bergalli y Silveira Gorski, 2001: 440-441)

En Alemania el pensamiento crítico en el derecho tiene avances significativos. Sus aportes en la teoría del derecho son dicentes desde la aparición de la Escuela de Fráncfort, que se consolida con las reflexiones teóricas contemporáneas. Entre los más reconocidos científicos del pensamiento crítico alemán se encuentra Jürgen Habermas:

Como asistente de Theodor W. Adorno me convertí en colaborador del Instituto de Investigación Social de Fráncfort. La teoría crítica de la sociedad me ofrecía una perspectiva desde la que podía insertar los inicios de la democracia estadounidense, francesa e inglesa, así como las oleadas una y otra vez fracasadas de la democracia en Alemania, dentro del contexto mucho más abarcador de la modernización social [...]. Debido a ello, mi intención teórica se dirigió hacia la esfera pública. El fenómeno general del “espacio público”,

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

que surge ya en las sencillas interacciones me había interesado siempre por la fuerza secreta que posee la intersubjetividad para congregar cosas diferentes, sin asimilarlas unas a otras. En los espacios públicos pueden leerse las estructuras de la integración social [...] En términos normativos, las sociedades complejas sólo pueden mantenerse unidas sobre la base de la solidaridad abstracta y mediada jurídicamente entre ciudadanos. (Habermas, 2006: 28-29)

Por el lado de Bélgica, se promueve la crítica con la idea de conformar una real ciencia jurídica que incluya las especialidades jurídicas que surgen de las relaciones interdisciplinarias como la filosofía del derecho, la sociología y la antropología jurídica:

La discusión fundamental sobre las posibilidades de una ciencia jurídica del derecho fue precisamente el objetivo del “Séminaire Interdisciplinaire d’Études Juridiques” (SIEJ) conformado por juristas como Francois Ost; Jaques Lenoble, Michel Van de Kerchove y Francois Rigaux... Según Francois Ost, las enseñanzas de la etnología jurídica y del derecho comparado han demostrado la pluralidad de las formas de derecho en el tiempo y en el espacio. No sólo parece imposible hablar de una única esencia del derecho, sino que en la actualidad presenciamos la desacralización de la ley como instrumento exclusivo de la reglamentación social. En este contexto, es necesario desmitificar las formas de racionalización y legitimación de la dogmática jurídica, suplantadas por otras formas de saber sobre el derecho y redefinidas por la estructura jurídica integrada a los múltiples modos de control social. Estos nuevos cuestionamientos de carácter interdisciplinario permiten sustituir la ciencia dogmática del derecho por la ciencia crítica del derecho. (Wolkmer, 2003: 62)

Desde Portugal se impulsa la emancipación desde el derecho para originar las transformaciones jurídicas y sociales necesarias para innovadores derroteros que superen las promesas incumplidas de la modernidad; la emancipación social como aspiración a una sociedad en que las diferentes relaciones de poder sean sustituidas por relaciones de autoridad compartida. Esta es una designación más inclusiva y más

centrada en procesos del que en estadios finales de transformación social. Aquellos que ven las respectivas luchas en términos de emancipación social tienden a tener una visión más positiva de la legalidad cosmopolita subalterna, basada en la circunstancia de que, a lo largo de la historia, se registran victorias jurídicas y judiciales, hoy recordadas como marco de emancipación social (Santos, 2005: 31).

La incorporación de España a las propuestas teóricas críticas del derecho que se consolidaban en el resto de Europa se considera reciente. Se han hecho aportes interesantes en la filosofía del derecho y la sociología jurídica, al entrar varios de sus investigadores y teóricos en discusiones sobre el pluralismo cultural y jurídico debido a las complejas situaciones jurídicas y políticas que se desprenden de las comunidades autónomas y la amplia recepción de migrantes. Esta compleja realidad social lleva a reflexiones teórico-prácticas que pretenden resolverse desde una comprensión más amplia del derecho o, mejor, de la ciencia jurídica desde la perspectiva de las especialidades sociojurídicas.

Estas preocupaciones sociojurídicas consolidan la presencia del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, espacio académico donde se encuentran destacados profesores españoles y de distintos contextos académicos con el fin de reflexionar sobre estas preocupaciones contemporáneas, como el profesor De Lucas sobre el pluralismo jurídico y cultural:

Comenzaré por recordar que hoy es frecuente vincular la preocupación por el pluralismo cultural y sus problemas con el incremento de los flujos migratorios que acuden hacia los países de la Unión Europea procedentes de lo que seguimos denominando como “Tercer Mundo” [...] La realidad es que esa es sólo una de las dimensiones del fenómeno, pues con frecuencia se olvida que, en el interior de no pocos de los países de la Unión Europea existieron —existen— grupos minoritarios que están detrás de la aparición de ese nuevo modelo de sociedad plural y por consiguiente, que la realidad de una sociedad multiétnica no procede sólo de los movimientos demográficos de terceros países, sino que, en no pocos casos las mismas sociedades en las que vivimos

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

albergan en su seno, en forma latente esa pluralidad. Lo que es cierto es que la nueva situación modifica el punto de vista tradicional acerca del pluralismo jurídico. (De Lucas, 1995: 48-49)

5. Teoría crítica del derecho en Latinoamérica

En Latinoamérica estas teorías, corrientes y movimientos críticos del derecho que se han producido en el contexto anglosajón y europeo continental han sido recibidas marginalmente, con interesantes avances en los últimos años en ciertos países de la región. Brasil se ha caracterizado por consolidar movimientos y organizaciones que promueven la crítica desde la teoría y la práctica, incluso se han configurado ciertas tendencias al interior de esta percepción de teoría jurídica, teniendo el mayor desarrollo de la región que se plasma en los aportes en concepciones como el pluralismo jurídico. Entre los profesores e investigadores destacados provenientes de Brasil se encuentra el profesor Wolkmer, quien tiene la preocupación por la teoría crítica y el pluralismo jurídico; y Antonio Carlos Wolkmer, que propone la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y dé cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos. El iusfilósofo brasileño está entre quienes piensan que nos encontramos en un periodo de crisis de paradigma, precondition necesaria para el surgimiento de nuevas propuestas teóricas y nuevos referentes. A partir de una postura comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un “nuevo” derecho transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos. Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico (Sánchez Rubio, 2008: 116).

En un segundo renglón son invaluable las discusiones teóricas sobre el papel del derecho en relación con las situaciones sociales que se han realizado desde las universidades mexicanas, consolidándose especialidades como la antropología y la sociología jurídica con reconocimiento en la región y en otros contextos académicos de los países centrales. Es así como en los últimos tiempos, en América Latina, y en México muy precisamente desde 1994, los pueblos indígenas han venido ocupando un espacio cada vez mayor en la vida política. No sin

cierta confusión, latente, la teoría del derecho y la teoría sociológica del derecho, todavía marginal, han venido reaccionando frente a este fenómeno, y han recurrido a una expresión que parece responder a las preguntas que pueden hacerse a partir de la irrupción del mundo indígena en la política cotidiana: pluralismo jurídico. Esta expresión requiere dar cuenta del hecho, hoy innegable, de que en México, pero en casi todos los países latinoamericanos también, las relaciones sociales no se conducen conforme a un solo sistema jurídico, sino que se arreglan y componen a una multitud de sistemas normativos (Correas, 2010: 78-79).

Los otros países de la región (Argentina, Chile, Perú, Venezuela y Colombia) han comenzado la recepción de las teorías críticas que oscilan entre el realismo jurídico crítico, los estudios críticos comparados, el derecho alternativo, la Escuela de Fráncfort, el movimiento de derecho y sociedad, los estudios críticos legales, los estudios sociojurídicos y las investigaciones interdisciplinarias, entre otras. En el contexto latinoamericano se asiste de forma reciente a un fortalecimiento de las teorías alternativas, críticas y progresistas del derecho realizando ruptura con el formalismo y el positivismo jurídico. Los nuevos trasplantes de teoría del derecho posibilitaban la importación de una nueva y específica forma de crítica antiformalista que se oponía al clima reinante en América Latina, en el que predominaba, desde la época de la codificación en el siglo XIX, una visión positivista y formalista del derecho. La importación de la nueva crítica antiformalista proveyó de un cuerpo teórico sólido a las dubitativas preocupaciones y de las nuevas generaciones locales que tanteaban el camino para romper el formalismo hegemónico. La cepa de autores de la nueva teoría recepcionada del derecho —Hart, Dworkin, Rawls o Habermas— tienen claros compromisos con cierta versión del constitucionalismo liberal, progresista y tolerante (López Medina, 2009: 51 y 53).

Lo interesante es percibir cómo paulatinamente se avanza en los estudios desde esta perspectiva, al aportar en las transformaciones del derecho y del Estado con la pretensión del reconocimiento teórico-práctico del pluralismo, la inclusión de los diversos y de los excluidos socioeconómicamente. Por eso el presente trabajo se encuentra

soportado desde la teoría del derecho en las corrientes, enfoques, movimientos y teorías críticas que como viene exponiéndose tienen amplias reflexiones epistemológicas sobre el derecho como ciencia jurídica y su relación con la realidad social, por medio de puentes como lo interdisciplinario que surge de especialidades como la teoría del derecho, la filosofía del derecho, la sociología y la antropología jurídica, aclarando de antemano que los estudios de carácter crítico logran el diálogo entre lo epistemológico y lo ontológico con la pretensión de que el derecho sea más acorde a las exigencias de los tiempos contemporáneos.

Estos postulados teóricos, que se han referenciado y que se encuentran entre los diferentes movimientos críticos; las distintas concepciones del realismo jurídico; el derecho alternativo; las corrientes que, promovidas por la sociología jurídica, relacionan el derecho y la sociedad; y las reflexiones de derecho y cultura de la antropología jurídica que tienen una tradición académica e investigativa reconocida no excluyen otras tendencias teóricas progresistas, como el neoconstitucionalismo. La incorporación teórica de estas tendencias llamadas neoconstitucionales lleva a la innovación en las reflexiones epistemológicas de la ciencia jurídica. Es determinante aclarar que este diálogo teórico no es arbitrario, parte de postulados que tienen posibilidades de comunicación y complemento entre ellos, como el positivismo jurídico suave de Hart, que reflexiona sobre el derecho como guía de conducta regulada por reglas que tienen origen social como la de reconocimiento, o la propuesta de Dworkin donde la política es parte del derecho y considera los principios como conquistas históricas de la humanidad, y la reflexión de Alexy de la argumentación jurídica, donde todos los individuos desde la racionalidad pueden participar en los discursos sociales y jurídicos.

6. Concepciones del Estado y pluralismo jurídico

Este diálogo teórico logra que la hipótesis de relacionar los modelos de Estado con el pluralismo jurídico se plasme sin mayores dificultades, realizando ruptura con las concepciones tradicionales tanto de los que defienden el pluralismo jurídico que consideran al Estado y su derecho como el eje de cuestionamientos y críticas sin posibilidades de

incorporarlo a la concepción del pluralismo jurídico. Para autores reconocidos en lo correspondiente al pluralismo jurídico, como Griffiths, se debe distinguir entre pluralismo jurídico fuerte y débil. Uno de los objetivos primordiales de un concepto descriptivo del pluralismo jurídico es, por lo tanto, destructivo: romper el dominio absoluto sobre lo que se supone es el derecho, un orden normativo jerárquico único, unificado y exclusivo que depende del poder del Estado, y desvanecer la ilusión que hace creer que en la realidad el mundo jurídico es un reflejo exacto de lo que exige esa concepción. El pluralismo jurídico, además de referirse en sentido “fuerte” a un tipo de situación que es moral e incluso ontológicamente excluida por el centralismo jurídico, también puede señalar *dentro* de la ideología del centralismo jurídico, un subtipo particular de fenómenos considerados como “derecho”. En este sentido (“débil”), un sistema jurídico es “pluralista” cuando el soberano establece regímenes jurídicos diferentes para grupos diferentes de la población (Griffiths, 2007: 152-153).

La investigación tiene como punto de partida el pluralismo jurídico que explica, desde sus postulados teóricos y conceptuales, la diversidad jurídica a que se asiste en los Estados contemporáneos provenientes de las múltiples sociedades y culturas que coexisten en los inicios de siglo. La profesora Merry divide el pluralismo jurídico en clásico y nuevo. Este último explica el fenómeno en las sociedades contemporáneas que son realmente plurales en lo jurídico, incluyendo en este pluralismo el cuestionado derecho estatal. Según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades. Esto supone un cambio extraordinariamente poderoso, pues se 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. En lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social (Merry, 2007: 96).

Precisamente, el pluralismo jurídico se encuentra en parte relacionado con el pluralismo cultural que en sociedades que han pasado por procesos de colonización como Latinoamérica son más dicientes, debido a que en un espacio determinado se hallan distintas culturas con

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

sus respectivas prácticas jurídicas o regulativas, situación que se presenta de forma clara en el contexto colombiano donde se observan, por ejemplo en zonas rurales, prácticas de regulaciones o convivencias tradicionales de las diferentes comunidades indígenas, los colectivos afrocolombianos que son diversos en su interior, con sus respectivas tradiciones y parámetros en el aspecto jurídico, y no homogéneos como se pretende desde su reconocimiento cultural, legal y constitucional, y los campesinos que pese a tener coincidencias en la convivencia por medio del compadrazgo difieren en cosmovisiones de acuerdo con las regiones donde se encuentren ubicados. Esta diversidad de culturas y de grupos étnicos que tienen su respectivo aspecto jurídico o su costumbre en derecho, se presenta desde varios siglos atrás debido a la necesidad de mantener la cohesión o el control social al interior de cada uno de estos grupos y relacionarse con los otros conservando la diferencia.

Este ejemplo de diversidad cultural, estrechamente relacionado con la pluralidad jurídica en el contexto rural colombiano, demuestra cómo el trasplante del modelo de Estado moderno que se realizó desde Europa continental de incorporar las distintas prácticas jurídicas al ordenamiento jurídico estatal no pudo llevarse a cabo plenamente, debido a distintas causas como la lejanía de ciertas comunidades, la reducida inversión por parte del gobierno central, la precariedad de la regulación desde las instituciones públicas, las tradiciones y costumbres de siglos que caracterizan algunas culturas, la resistencia a la dominación central, las disputas políticas, entre otras. Ante esta imposibilidad de implementación del modelo estatal, la regulación jurídica para los ciudadanos que hacían parte de la nación se volvía una propuesta difícil de cumplir a cabalidad; incluso en el mismo Estado que servía de modelo dicho monopolio era difícil de llevar a cabo.

Esta situación de pluralismo jurídico es palpable en contextos como el latinoamericano donde la sociedad y el mismo derecho estatal deben sufrir transformaciones que lleven a un real reconocimiento. Los dos o tres sistemas jurídicos —eurocéntrico, indocéntrico y, en algunos países o situaciones, afrocéntrico— son autónomos, pero no comunicables; y las relaciones entre ellos constituyen un desafío exigente. Después de dos siglos de supuesta uniformidad jurídica no será fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales, actores políticos, servidores

públicos, abogados y jueces adoptar un concepto más amplio de derecho que, al reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos (Santos, 2010: 107). El postulado de regular las relaciones de los ciudadanos exclusivamente desde el Estado no logró su cometido en la compleja realidad nacional, particularmente en las regiones:

[...] ni el autoritarismo católico de la colonia ni el autoritarismo ilustrado de las repúblicas fueron prácticas institucionales de dominación social uniformes y homogéneas, sino más bien actitudes que se presentaban más o menos dispar según las regiones y los momentos [...] así como el autoritarismo sirvió de a los contenidos revolucionarios y constitucionales que garantizaban fundada en los derechos de igualdad y en la ciudadanía de tal manera que dichas constituciones nunca lograron permear la realidad social, de manera similar las prácticas clientelistas y de padrinazgo sirvieron de colchón contra el ímpetu autoritario-católico de la administración pública [...]. Finalmente, todos estos filtros y colchones operaron de manera diferente en cada localidad y región lo cual fomentó grandemente el pluralismo jurídico, la prevalencia de los fueros y sobre todo la flexibilidad del derecho al momento de su aplicación. (García Villegas, 2002: 24-25)

Las distintas propuestas de Estado que se ha intentado implementar han entrado en crisis debido a que se dificultan el cumplimiento y la concreción de los parámetros que las soportan. El Estado legislativo por medio del imperio de la ley no tiene funcionalidad en un contexto donde el derecho estatal es concebido como represivo y no como regulador de conflictos sociales, a lo que se suma la disputa del monopolio de la fuerza que realizan los distintos actores armados en sus respectivas zonas o sectores de influencia. Por su parte, el Estado social que se proyectaba desde los derechos sociales fundamentales se convirtió en inviable en un contexto donde la marginalidad socioeconómica y las necesidades esenciales para el buen vivir son faltantes para la mayoría

Teoría del derecho y pluralismo jurídico

de la población. El Estado neoliberal que promovía el libre mercado y el consumo como posibilidades de inclusión de la población, originó mayores tensiones sociales y solamente se beneficiaron ciertas élites económicas nacionales y regionales. Por último, el Estado constitucional que se basaba en los derechos fundamentales como prioridad para el desenvolvimiento de los ciudadanos y las personas en un determinado contexto social, se reduce en sus pretensiones a las instituciones públicas responsables de poseer recursos restringidos y priorizar los intereses políticos y del mercado a los derechos.

Estos legados son reconocidos tanto por las instituciones responsables, los académicos de la ciencia jurídica, las organizaciones no gubernamentales como por las personas. Aunque en ciertos momentos se asista a la contradicción del mismo modelo que las implementó, el caso de los derechos sociales fundamentales que debían garantizarse y cumplirse por las instituciones del Estado social son ampliamente exigidos judicialmente por parte de las personas y colectivos afectados, lo cual convierte la figura de la acción de tutela en un recurso cotidiano para la protección de estos derechos. Estos aportes de los distintos modelos estatales, y que se desprenden del documento constitucional, configuran una especie de pluralismo estatal donde ninguno prevalece, sino que conviven en tensiones constitucionales aceptables por parte del neoconstitucionalismo reciente. La otra posibilidad es que a partir de esta pluralidad de modelos estatales a que se asiste en lo contemporáneo se puedan postular innovadoras propuestas de modelos estatales de forma incluyente y particularmente sean adecuados para la compleja realidad colombiana.

Desde estas distintas crisis de Estado, y teniendo en cuenta las propuestas aceptables y que lograron perseverar desde estos diferentes modelos, adquieren importancia el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la transculturalidad para convertirse en soporte de un Estado con características cosmopolitas:

[...] los estados no pueden ser pensados en el futuro como “soberanos” (de manera absoluta) dentro del marco del derecho internacional, sino más bien como comprometidos dentro de una dialéctica en la que participan todos los ciudadanos del mundo [...]. De hecho, el rol del Estado no es

desvalorizado en Habermas. Está también inscrito. Así como el derecho cosmopolítico, en el horizonte, y en consecuencia, aún en el Estado contrafactual de una nueva forma de consideración del otro que desea planetaria. Se debe subrayar que “la asociación de cosmopolitas libres e iguales” se dirige hacia el horizonte de una democracia planetaria. Porque libres e iguales, los cosmopolitas son como eslabones de una larga cadena que asiente su derecho, convertido en planetario, de ser los autores y destinatarios. Aquello que, bien evidente, aún se encuentra en el estadio de la utopía en muchos países y que debe ser aún consolidado en otros. (Melkevik, 2006: 157, 158-159)

El Estado cosmopolita se convierte en el modelo que posibilita resolver el conflicto armado y los agudos conflictos sociales que se han tejido por décadas en el contexto regional y nacional. Este modelo reconoce la diversidad cultural con las pretensiones de igualdad material de los millones de pobladores colombianos (inclusión socioeconómica y cultural). Las transformaciones que impulsarán las relaciones en el contexto internacional, primero en el hemisferio y posteriormente en el espacio global con objetivos dispares, en lo concerniente a lo regional el imperativo del bloque sudamericano en los aspectos culturales, sociales, económicos y jurídicos de integración se convierten en la posibilidad de proyección del futuro inmediato para beneficio del sur.

Por su parte, en lo global, las alianzas regionales de interculturalidad y transculturalidad incorporando la estructura económica deben posicionar a la región como protagonista, y desde una perspectiva crítica configurar una innovadora propuesta de globalización incluyente o contrahegemónica que no amplíe las brechas socioeconómicas sino, por el contrario, que las disminuya para consolidar la convivencia planetaria. La voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el subcontinente se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia

intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades) (Santos, 2010: 85).

7. Conclusiones

El protagonismo de la costumbre en lo constitucional tiene su más interesante y complejo avance en dos temáticas que convocan a los especialistas de las ciencias jurídicas y sociales. La primera, la diversidad cultural, donde las tradiciones y los parámetros culturales son esenciales para la regulación y la convivencia de las colectividades y la consolidación de las identidades que caracteriza la amplia variedad de grupos étnicos que se encuentran tanto en lo local como en el espacio internacional. La segunda, la globalización, de donde se desprenden las pautas y conductas que se constituyen a partir de lo consuetudinario, plasmándose y difundándose en el interior y en lo externo de las dinámicas organizaciones supranacionales, transnacionales y multinacionales, lo cual afecta los distintos aspectos del campo sociocultural como la economía, la política, las creencias religiosas, lo jurídico, lo educativo, entre otros. Aunque estas dos temáticas o problemáticas se encuentran plasmadas en los textos constitucionales, su comprensión y la intención de intervenir en su respectivo control o supervisión no se pueden realizar desde los procedimientos contemporáneos del constitucionalismo, sino desde otras apreciaciones que parten de la relación directa entre la realidad y lo jurídico, situación en la que lo central es la costumbre.

Es paradójico cómo el postulado explicativo de intervención —incluso de incorporación al espacio constitucional— tanto de la diversidad cultural como de la globalización, el pluralismo jurídico, se caracterizase para el contexto académico jurídico colombiano por la dificultad de aceptación por parte de las escuelas de derecho, los abogados y ciertos juristas debido a la influencia que se mantiene, específicamente en los contextos periféricos del monismo jurídico y el derecho estatal como el espacio por excelencia regulativo de la variedad de conflictos que aparecen en la realidad social. Esta percepción se viene transformando paulatinamente en las facultades de derecho que se distinguen por la amplia producción jurídica que se realiza en los sitios

centrales de orden internacional y nacional. Es así como las investigaciones sobre el pluralismo jurídico cada vez adquieren más importancia debido a los desafíos a que asiste la humanidad en tiempos donde lo global y lo local asumen el mismo protagonismo, sin que el derecho estatal pueda explicar, comprender y mucho menos regular la multiplicidad de situaciones que surgen de las interacciones cotidianas entre los individuos, o al interior de las colectividades en los diversos espacios socioculturales.

Este reconocimiento del pluralismo jurídico trascendió la teoría, la filosofía, la sociología y la antropología del derecho a otras disciplinas de las ciencias sociales, y de allí a la estructura del Estado, al transformarse en pluralista; inicialmente, el pluralismo estatal se consolidó internamente al reconocer la existencia de procedimientos jurídicos supranacionales con la creación e implementación de cortes especializadas de derechos humanos de carácter continental, que se encuentran en estrecha relación con los postulados constitucionales que soportan el Estado moderno. Esta relación entre los derechos fundamentales nacionales y supranacionales se ha venido ampliando al aspecto del comercio global, que se puede considerar el pionero en internacionalizar regulaciones consuetudinarias por fuera de la conformación y las reformas de los Estados desde hace varios siglos.

Una de las conquistas recientes de este tipo de prácticas jurídicas es, precisamente, su incorporación a los textos constitucionales y la organización de espacios regulativos internacionales, como la OMC, las cámaras de comercio, las firmas de abogados transnacionales, las ONG y la variedad de entidades supervisoras de lo financiero, lo comercial y lo industrial en el espacio global. Estos avances de lo jurídico en el espacio global determinan de forma parcial ajustes y reformas de los Estados que se encuentran vinculados por medio de las organizaciones regionales, continentales y supranacionales, de manera que se convierten en parte en los promotores de un pluralismo jurídico que se inicia en lo interno y logra un amplio desarrollo en lo global.

Bibliografía

- Arango, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2004).
- Arnaud, André-Jean y María José Fariñas Dulce. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid (2006).
- Bergalli, Roberto y Héctor Claudio Silveira Gorski. “Pietro Barcelona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida”. En *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Dykinson (2001).
- Carcova, Carlos María. “Teorías jurídicas alternativas”. En *Sociología jurídica en América Latina*. Ed. Óscar Correas. Oñati: IISJ (1991).
- Cebeira Moro, Ana. “Pluralismo jurídico y derecho vivo: la concepción sociológica de Ehrlich”. *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson (2008).
- Correas, Óscar. “Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico”. En *Sociología del Derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*. México: UNAM (2010).
- De Lucas, Javier. “Pluralismo jurídico, multiculturalismo y conflictos de derechos”. *Revista Oñati Proceedings* 19 (1995).
- García Villegas, Mauricio. “Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina”. *Revista El Otro Derecho* 26-27 (2002).
- Griffiths, John. “¿Qué es el pluralismo jurídico?”. En *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre (2007).
- Habermas, Jürgen. *Entre naturalismo y religión*. Trad. Pere Fabra et al. Barcelona: Paidós (2006).
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1999).
- López Medina, Diego Eduardo. “¿Por qué hablar de una ‘teoría impura del derecho’ para América Latina?”. En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre (2009).
- Melkevik, Bjarne. *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).

- Merry, Engle Sally. “Pluralismo jurídico”. En *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre (2007).
- Sánchez Díaz, Félix Francisco. *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Lewellyn*. Granada: Comares (2002).
- Sánchez Rubio, David. “Pluralismo jurídico y emancipación social. (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)”. En *¿Hacia un paradigma cosmopolita? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson (2008).
- Santos, Boaventura de Sousa. “A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna”. *Revista crítica de ciências sociais* 72 (2005).
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Bogotá: Siglo del Hombre (2010).
- Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA (2009).
- Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre (2003).
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA (2003).
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla: Editorial MAD (2006).