

El pluralismo jurídico

Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico

1. Introducción

El monismo jurídico domina nuestra imaginación jurídica y política. La idea de que debe existir, y de hecho existe, un y solo un sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación determina la manera como llenamos de contenido categorías clave para entender nuestra comunidad política, tales como soberanía, ordenamiento jurídico, unidad política y norma jurídica. Debido a nuestro compromiso implícito o explícito con el monismo, estamos firmemente alineados con la idea de que dentro de un Estado debe existir un soberano indivisible, esto es, un solo individuo o grupo de individuos con poder creador de derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y el carácter unitario de la nación. Creemos, además, que las normas jurídicas expedidas por este soberano deberán tener un carácter general y abstracto y deberán constituir un sistema claramente estratificado y coherente.

El monismo hace parte central de los ejes conceptuales a través de los cuales pensamos nuestro mundo jurídico y político por razones conceptuales y prácticas que se entrecruzan. En primera instancia, el monismo defiende valores y principios que han sido centrales para el proyecto moderno e ilustrado. Conceptualmente, aunque no de manera necesaria, la versión dominante y más rica del monismo se entrelaza con el liberalismo. El monismo está comprometido con los principios de igualdad, unidad política y seguridad jurídica, y considera fundamentales los valores de la libertad individual y el orden dentro de la comunidad política. Para el monismo jurídico liberal, seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, esto es, con los mismos derechos y obligaciones básicos. Por esta razón, el monismo jurídico liberal, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo. De esta forma, los ciudadanos podrán precisar fácilmente las normas

que controlan sus conductas y generar expectativas razonables sobre cuales serán las consecuencias jurídicas de sus actos. Del mismo modo, los ciudadanos podrán determinar cuales cursos de acción están prohibidos jurídicamente y, por tanto, cuál es el margen que les deja el derecho para el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Finalmente, para el monismo jurídico liberal, el orden y la unidad política de una nación solo pueden garantizarse si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un soberano único. La pluralidad de soberanos y de sistemas jurídicos, para esta perspectiva teórica, genera solamente confusión, desorden y conflicto.

En segunda instancia, desde el punto de vista práctico, el monismo liberal se enraizó en nuestra imaginación jurídico política en tanto que presentó un horizonte político y jurídico mucho más fértil para resolver problemas políticos y jurídicos que el generado por el feudalismo y el antiguo régimen. Frente a la multiplicidad de soberanos propio del sistema feudal y a las dificultades relacionadas con la obediencia por parte de los súbditos que ésta genera, el monismo ofrece un soberano único e indivisible; frente a la multiplicidad de sistemas jurídicos y a los problemas cognitivos y prácticos que causa el sistema feudal – ¿cómo conozco las normas jurídicas que debo obedecer? ¿cuáles normas jurídicas se aplican en este caso?, ofrece la claridad y sencillez de un único ordenamiento jurídico. En contraste con el fraccionamiento y desintegración políticas del antiguo régimen, presenta la unidad política del Estado-nación que se reúne en torno a un único sistema jurídico; frente a la existencia de comunidades culturales y políticas pequeñas y débiles, comunes en el antiguo régimen, ofrece como alternativa la creación y consolidación de una sólo comunidad política fuerte que gire en torno a la cultura de la nación; frente a normas jurídicas destinadas a distintos estamentos o grupos sociales que varían según los caprichos de los señores feudales, ofrece normas jurídicas con pretensiones de universalidad y atemporalidad. En suma, el monismo jurídico liberal ofrece un horizonte que justifica y promueve los valores que fundamentan el pacto de Westphalia, y que se expande materialmente de la mano de la revolución francesa y el imperio napoleónico (Twining 2003 a). Para el monismo, mientras que el derecho estatal es el único sistema jurídico que existe y debe existir dentro de un Estado, el derecho

internacional público, aquel que rige las relaciones interestatales, es el único que existe y debe existir en el plano internacional.

El monismo jurídico liberal fue articulado de manera paradigmática por tres autores centrales en la teoría política y jurídica moderna. Por un lado, y como parte de la tradición contractualista, encontramos a Hobbes¹ y a Locke; por el otro, y como parte de la tradición positivista, encontramos a Kelsen. Para las teorías del contrato social, el tránsito del estado de naturaleza al estado civil se justifica fundamentalmente porque en el primero no existe un tercero imparcial que sea capaz de neutralizar el caos que genera la multiplicidad de legisladores y ejecutores de las normas que regulan la conducta humana y resuelva los conflictos que surgen entre las personas. Para Hobbes, seres humanos iguales física y mentalmente, y en una situación de recursos escasos, como es el estado de naturaleza, tenderán hacia el conflicto motivados por el deseo común de alcanzar los propios fines, y por el deseo de obtener ganancia, reputación y seguridad. (Hobbes 2003:132-133). En este contexto de profunda inseguridad, el bien máspreciado para todos los seres humanos, la vida, corre serio peligro. Es por ello que, para proteger su existencia, todos los individuos pueden crear sus propias normas, aplicarlas y decidir los conflictos que surgen con otros individuos de la manera que consideren adecuada. En el estado de naturaleza, las personas tienen “derecho a todo” para proteger su vida (Ibíd.: 133).

Para salir de esta situación de desorden generalizado, garantizar la vida y conseguir una “vida dichosa”, Hobbes señala que la única opción es la creación de un pacto de unión civil.² En este pacto, a través de un acuerdo de voluntades, los individuos entregan su derecho a todo a un tercero, el Leviatán, que aunque no está obligado para con sus creadores tendrá como fin principal la preservación del orden en la comunidad y proteger la

¹ El carácter proto-liberal de Hobbes, esto es, los elementos que comparte con y contribuyen al surgimiento del liberalismo aparecen fundamentalmente en dos áreas. Por un lado, en la idea de que solo la voluntad de los individuos puede legitimar el poder político. Por el otro, en la idea de que debe haber una separación radical entre iglesia y Estado. Este último punto resulta central para el surgimiento del monismo jurídico. Este argumento permite afirmar que mientras en materia religiosa dios es soberano, en materia civil, el Leviatán lo es. Mientras que la ley divina es creación de dios y su aplicación en la tierra es un problema de éste, de la iglesia y de los feligreses, la ley civil es creación del soberano y su aplicación es un problema que le compete únicamente al Estado y a los súbditos.

² “El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros...es conferir todo su poder y su fuerza a un hombre, o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por la pluralidad de voces, a una voluntad” (Hobbes 2003: 166)

vida de sus súbditos.³ El soberano concentra entonces el poder coercitivo del Estado, así como la capacidad creadora de derecho⁴ y la potestad de solucionar los conflictos que surgen entre los súbditos. De esta forma, derecho y Estado se relacionan de manera necesaria. Para Hobbes, el único derecho es el creado por el Estado, el Estado es el único que tiene poder creador de derecho y el único que puede juzgar y ejecutar los mandatos legales haciendo uso del monopolio del poder coercitivo del que dispone (Hobbes 2003: 167-175).

Para Locke, el estado de naturaleza es un estado de libertad perfecta, esto es, un espacio en donde el individuo guía su conducta de acuerdo con lo ordenado por la ley natural. En el estado de naturaleza los seres humanos no tienen libertad absoluta. La libertad se ejerce, y se debe ejercer, dentro de los límites impuestos por la ley natural. Sin embargo, en este estado de naturaleza existen tres problemas que hacen necesario el paso al estado civil a través de un contrato social. En primera instancia, los seres humanos violan ocasionalmente la ley natural por ignorancia o por proteger el interés propio. Por esta razón, para Locke, “[en el estado de naturaleza] falta una *ley establecida*, firme y conocida, recibida y aceptada por un consenso común, que sea el modelo de lo justo y lo injusto, y la medida común que decida en todas las controversias que puedan surgir entre ellos” (Locke, 1991: 294. *Itálica en el original*). En segunda instancia, no existe un tercero imparcial que decida los conflictos entre los individuos. Cada persona será juez de las propias acciones y de las acciones de los otros, y por tanto, la posibilidad de que las pasiones y el deseo de venganza de los individuos vicien sus evaluaciones estará siempre presente (Ibíd.: 294).

En tercera instancia, todos los seres humanos están legitimados para ejecutar los mandatos del derecho natural. Todas las personas son creación divina, y dios no ordenó la subordinación de unos individuos frente a otros. Así, en tanto que las personas son iguales

³ “La república...es una persona cuyos actos ha asumido como autora una gran multitud, por pactos mutuos de unos con otros, a los fines de que pueda usar la fuerza y los medios de todos ellos, según *considerare oportuno, para su paz y defensa común*” (Hobbes 2003: 167. *Itálicas en el original*)

⁴ “Corresponde a la soberanía todo el poder de prescribir las leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos” (Hobbes, 2003: 171). “El legislador en todas las repúblicas es sólo el soberano...En consecuencia, la república es el legislador. Pero la república no es ninguna persona, ni tiene capacidad para hacer nada si no es mediante el representante (esto es, el soberano), y por eso mismo el soberano es el único legislador” (Ibíd.: 234).

por naturaleza, todas tienen un poder y jurisdicción recíprocos. Además, en virtud de la ley natural de la autoconservación, todas ellas tienen derecho a preservar sus propiedades, esto es, sus vidas y sus bienes. El problema surge cuando la aplicación de la ley natural está motivada por el “amor propio...la ofuscación y la sed de venganza” (Locke 1991: 205-211) y cuando se usa la violencia para imponer la particular interpretación de la ley que fundamenta estas acciones arbitrarias. En estos casos, el interés individual egoísta se impone frente a los mandatos de las prescripciones divinas, generando “confusión y desorden” (Ibíd.: 211).

La sociedad política surge entonces para eliminar la falta de claridad y precisión de la ley (que permite que ésta tenga muy variadas interpretaciones y por tanto diversos legisladores), así como para eliminar la multiplicidad de personas legitimadas para ejecutar el derecho y a usarlo para resolver los conflictos sociales. Para Locke,

“La *sociedad política* se dará allí y sólo allí donde cada uno de sus miembros se haya despojado de este poder natural, renunciando a él y poniéndolo en manos de la comunidad en todos aquellos casos en que se le permite apelar a la protección de la ley que ella establece. De modo que al quedar excluido todo juicio privado de cualquier particular se convierte en el árbitro que, mediante leyes promulgadas y vigentes, imparciales e iguales para todas las partes, y con el auxilio de hombres que tienen la autoridad que les otorga la comunidad para la ejecución de tales leyes, dictamina sobre todas las diferencias que puedan tener lugar entre los miembros de esa sociedad y que sean relativas a una cuestión de derecho.” (Locke 1991: 265)

Así, el estado civil surge en Locke cuando a través de un consenso, los individuos renuncian al poder de hacer todo aquello que esté dentro de ley natural para su conservación, de juzgar al otro por violaciones a la ley natural, y comprometen parte de su fuerza natural para servir al ente político cuando éste lo necesite para ejecutar la ley. El Estado, para Locke, concentrará por tanto el poder creador de derecho⁵ (que deberá estar constituido por normas generales y públicas), será quien detente el monopolio de la fuerza

⁵ Una vez creado el Estado “(...) ningún edicto de nadie, cualquiera que sea la forma en que se lo conciba, o el poder que lo respalde, tiene la fuerza y la obligación de una *ley* si no viene acompañado de la sanción del legislativo elegido y nombrado por el pueblo” (Locke 1991: 300. Itálicas en el original) “(...) no puede haber más que *un solo poder supremo*, que es el *legislativo*, al que todos los demás se han de subordinar (...)” (Ibid: 313 Itálicas en el original).

y el único con derecho a evaluar las violaciones de la ley civil. Así como para Hobbes, para Locke, la diversidad de fuentes creadoras de derecho y la diversidad de entes que aplican y ejecutan la ley resulta un hecho negativo. Para estos dos autores, el único derecho deberá ser aquel creado por el soberano; el único derecho deberá ser el derecho estatal.

Kelsen, por otro lado, defiende con vehemencia dos ideas que resultan fundamentales para entender el monismo jurídico: la identificación entre el derecho y el Estado, y el carácter jerárquico y fundamentalmente centralizado e institucionalizado del ordenamiento jurídico. Para Kelsen el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas expedidas por aquél que tiene poder creador de derecho. En el Estado, que es el derecho, radica la soberanía. Por tanto, en tanto que supremo, el sistema jurídico excluye cualquier otro sistema normativo; no sería supremo si existiera otro ordenamiento normativo superior o del mismo nivel que le hiciera competencia. El pluralismo jurídico queda pues descartado de plano.⁶ De igual forma, para Kelsen, el ordenamiento jurídico no es un sistema de normas “yuxtapuestas y coordinadas” (Kelsen 1979: 147). El ordenamiento jurídico, como es bien conocido, tiene una forma piramidal. La pertenencia de una norma a un sistema jurídico depende no de su contenido sino de que ésta haya sido creada por el ente competente, siguiendo un procedimiento indicado en una norma superior.⁷ La norma de cierre del sistema, aquella que es fuente de la diversidad de las normas jurídicas inferiores, sería la norma fundamental, esto es, aquella norma que es necesario suponer para cualquier estudio positivista del derecho (Ibíd.: 139). El ordenamiento jurídico es entonces para Kelsen, un sistema de normas jerarquizado, creado por un conjunto de instituciones centralizadas a través de procedimientos previamente

⁶ “Si hay, en general, un conocimiento del Derecho y del Estado; si hay una ciencia de estos objetos o de este objeto, su fundamento incommovible tiene que ser la unidad del sistema normativo que constituye el Estado o Derecho. La expresión de esta unidad es la soberanía del Estado. La inevitable consecuencia es la exclusiva validez de ese orden. Así como sólo puede haber una naturaleza... solo puede haber un orden jurídico... Si se concibe al orden jurídico como soberano... se afirma, al mismo tiempo, la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema – ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo – ” (Kelsen; 1970:137).

⁷ “[El ordenamiento jurídico tiene] una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación – y por consecuencia la validez – de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto” (Kelsen 1979: 147).

establecidos en una Constitución que deriva su validez de una hipótesis: la norma fundamental.

A pesar de las contribuciones teóricas y prácticas del monismo jurídico liberal al pensamiento político occidental, sus postulados han sido duramente criticados desde diversos horizontes teóricos. Los críticos del monismo jurídico cuestionan la supuesta preeminencia del derecho estatal u oficial, así como su supuesta uniformidad, fundamentación y legitimación en el principio de soberanía.

En primer lugar, se ha atacado la relación constitutiva que en el monismo jurídico liberal vincula al derecho con la soberanía. Desde el deconstructivismo se afirma que el momento fundador del derecho “implica una fuerza realizativa” (Derrida 2002: 32), mientras que desde la teoría de los sistemas se asegura que “el derecho está apoyado únicamente en sí mismo, basado en una violencia arbitraria que carece de fundamento” (Teubner 1997 a: 764). Del mismo modo, Foucault, en una de sus más conocidas frases señala la necesidad de separarse del modelo jurídico de la soberanía, el monismo jurídico liberal, para poder analizar las relaciones de poder. Dentro del pensamiento monista clásico, el poder es considerado como un derecho del soberano que puede ser ejercido legítima o ilegítimamente. El derecho, en este caso, no sólo funcionaría como el mecanismo que permite trasladar el poder desde el soberano a los demás miembros del cuerpo social por medio de una cesión contractual sino que, al mismo tiempo, cumpliría un papel legitimador o de control de su ejercicio. Esta “análisis del poder jurídico-discursiva” (Foucault 1991: 100-101) hace énfasis en la relación indisoluble entre soberanía y derecho estatal. Por ello, “en el fondo, a pesar de la diferencia de épocas y de objetivos, la representación del poder ha permanecido acechada por la monarquía. En el pensamiento y en el análisis político, aún no se ha guillotinado al rey” (Ibíd.: 108).

En segundo lugar, desde la perspectiva de los estudios coloniales y post-coloniales, se resaltan las relaciones constitutivas e interdependientes entre violencia, modernidad y derecho. Desde esta perspectiva, el derecho occidental, y el monismo jurídico liberal que lo justifica, no es necesariamente un instrumento al servicio de la civilización, la paz y la

racionalidad sino que representa la violencia, barbarie y destrucción que han sido definitivas para la consolidación del proyecto capitalista moderno (Fitzpatrick 1993). En tercer lugar, se encuentra la crítica realizada por la corriente de los estudios críticos del derecho al monismo jurídico liberal cuando éste se ha entrecruzado con las ideas de coherencia, neutralidad y racionalidad del derecho, resaltando su carácter ideológico y el carácter perspectivo de sus fundamentos (Kennedy 1997).

En cuarto lugar, en una crítica que ha sido paradigmáticamente articulada en la antropología, se ha cuestionado el monismo jurídico liberal cuando éste ha venido de la mano del postulado que defiende la universalidad del derecho occidental y sus valores, mostrando su marcado carácter cultural y su arraigo en una tradición histórica precisa, su carácter contextual en la medida en que supone “una manera determinada de imaginar lo real” (Geertz 1994: 202). Así, no sólo a escala global sino local, el derecho occidental es “uno de los principios, pero sólo uno de ellos” de organización social (Sinha 1995: 32). Este mismo tipo de crítica ha sido realizada para mostrar el carácter particular de los derechos humanos (Panikkar 1992), los cuales son definidos como un “localismo globalizado” (Santos 2002), y para justificar la necesidad de establecer diálogos transculturales para determinar las normas que han de regular las relaciones interculturales (Santos 2002 y An-Na'im 1992).

Finalmente, el monismo jurídico liberal ha sido cuestionado por aquella corriente de pensamiento que hoy conocemos como pluralismo jurídico. Para el pluralismo jurídico, el monismo es una teoría descriptivamente errada y normativamente poco fértil. El monismo, para los pluralistas jurídicos, oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturales radicalmente distintas. Así, el pluralismo jurídico es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del derecho estatal como expresión de la soberanía.⁸ Aunque no siempre ha logrado “guillotinar” la

⁸ Para un análisis detenido de la “paradoja de la soberanía” ver Agamben (2003).

superioridad del derecho estatal, ni liberarse del saber específico en el que éste se basa, el pluralismo jurídico es uno de los principales frentes en la lucha por construir un modelo analítico del “derecho” separado del sistema del derecho oficial y de la soberanía (Fitzpatrick 1983: 46).

En este estudio preliminar intentaremos precisar las contribuciones, debilidades y retos que ha tenido y tendrá que afrontar el pluralismo jurídico. Intentaremos precisar las objeciones que presenta frente al monismo jurídico liberal y los horizontes normativos que ofrece para comprender la teoría y la práctica del derecho que se adelantan en los Estados contemporáneos. Para cumplir con estos objetivos, en la primera sección de este escrito, presentaremos la manera como los principales autores del pluralismo jurídico definen al monismo jurídico liberal, precisaremos las principales objeciones que presentan frente a esta perspectiva y expondremos las diferencias entre el pluralismo jurídico débil y el pluralismo jurídico fuerte. En la segunda sección, analizaremos los contextos en los que nace el pluralismo jurídico y sus objetos de estudio. En particular, analizaremos las diferencias y similitudes entre el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico. Mientras que el primero se concentra en analizar las relaciones entre el derecho europeo y el derecho autóctono en contextos coloniales, el segundo hace énfasis en la pluralidad de ordenamientos jurídicos que existen dentro de los Estados industriales y post-industriales.

Posteriormente, en la tercera sección, señalaremos las principales críticas a los postulados analíticos del pluralismo jurídico. En particular, nos concentraremos en las que consideramos las dos críticas más fuertes en contra de esta corriente de pensamiento: por un lado, la vaguedad de las definiciones del derecho defendidas por los pluralistas y la consecuente falta de límites entre el derecho y la sociedad que ésta genera. Por el otro, el contraste entre el poder que adquieren los académicos del derecho cuando expanden su dominio sobre espacios sociales al calificarlos como “jurídicos” y los mínimos beneficios que éstos reciben cuando tal cosa sucede. En la cuarta y última sección del texto, concluiremos con una reflexión en torno al futuro de la teoría. En particular, presentaremos lo que ha sido llamado el giro lingüístico en el pluralismo jurídico. A través del trabajo de Teubner y Tamanaha, estudiaremos el cambio que se ha dado en el objeto de estudio de, tal

vez, los mas prometedores autores pluralistas del momento. En Teuber, se da el giro de las reglas jurídicas hacia los procesos comunicativos, mas precisamente, hacia los actos discursivos que nombran la realidad a través del código binario legal/ilegal. En Tamanaha, se da el paso de las definiciones del derecho esencialistas y funcionalistas, propias del monismo jurídico, y en las que quedan atrapados la mayor parte de los autores pluralistas, hacia los diversos fenómenos que son nombrados como “derecho” por los distintos grupos sociales. Finalizaremos el escrito presentando, en la cuarta y última sección, además de las críticas mas fuertes a los propuestas analíticas mencionadas, el proyecto investigativo defendido por William Twining. Twining propone que pensemos en el pluralismo jurídico como una forma de pluralismo normativo. Afirma igualmente, que el pluralismo jurídico no es un hecho obvio de la realidad social, como usualmente se ha asumido en la literatura pluralista, y señala que el hecho social incontrovertible es mas bien el pluralismo normativo. Por esta razón, sugiere que los esfuerzos investigativos del futuro se concentren en estudiar éste fenómeno y no en tratar de precisar una y otra vez un concepto de derecho que permita hacer inteligibles los análisis que nos ofrecen los pluralistas jurídicos.

2. La formación de la teoría

2.1. Del monismo al pluralismo jurídico: categorías fundamentales y definiciones básicas

En la literatura sobre el pluralismo jurídico existe un acuerdo sobre los elementos que estructuran a su adversario teórico: el monismo jurídico liberal. Para los pluralistas jurídicos en el centralismo-monismo jurídico o lo que Santos denomina como el “paradigma convencional” (Santos 1987: 280), el derecho es asimilado al derecho que es producido por el Estado y que posee una serie de propiedades definitorias como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad y la previsibilidad de los comportamientos y decisiones, la existencia de una cuerpo burocrático que se encarga de su administración y, finalmente, la garantía coactiva de su cumplimiento. Igualmente, desde el punto de vista analítico, supone que el derecho y la sociedad son dos entidades separadas

e independientes que sólo se tocan en el terreno de la eficacia jurídica, en el espacio del cumplimiento social del derecho.

Cotterrell y Griffiths, dos autores centrales en el pluralismo jurídico, precisan y desarrollan de manera sugestiva estas ideas. Cotterrell (1983: 244-246), por un lado, afirma que el monismo jurídico sostiene que el derecho *es* y sólo *es* el derecho producido por un órgano competente, aquel que estudian y aplican los abogados, en el que se basan los jueces para dictar sus sentencias y que está respaldado por el uso de la fuerza legítima del Estado. El carácter “jurídico” de una norma estaría determinado por su posición y creación dentro de una escala jerárquica: la existencia es al mismo tiempo la manifestación de su validez. Para Griffiths, por otro lado, “de acuerdo con lo que denominaré la ideología del *centralismo jurídico*, el derecho es y debería ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, excluyente de cualquier otra forma de derecho y administrado por un conjunto único de instituciones estatales” (2006: 3). El derecho, desde este punto de vista, es concebido como un sistema jerárquico, sistematizado y codificado de normas que deben su validez bien al designio soberano o a una norma fundamental. Todo lo que se encuentre por fuera de este esquema o no pueda ser reducido a él es un hecho, pertenece al dominio de las cosas, de los objetos, y no puede alcanzar nunca un estatus de juridicidad, “no es derecho, sólo hechos” (Teubner 1997 a: 768).

La mayoría de los autores que se inscriben dentro de la corriente del pluralismo jurídico coinciden en señalar que el trabajo de Eugen Ehrlich, en donde se señala que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la sociedad, es el primer y más importante referente de esta escuela. Con el trabajo de Ehrlich, se afirma, se inicia el ataque sistemático al monismo jurídico liberal (von Benda-Beckmann 2002: 53; Melissaris 2004; Griffiths 2006; Teubner 1997b). Los principios defendidos por Ehrlich, con importantes cambios y desarrollos, son los pilares sobre los que se han basado, en esencia, aquellos que se han inscrito en la escuela del pluralismo jurídico. Ehrlich articuló la idea del “derecho vivo” para denominar aquellos órdenes normativos paralelos al Estado que surgen espontáneamente en la vida cotidiana como forma de auto-regulación y que llegan a

ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado oficialmente.

Para Ehrlich, “en nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma” (Ehrlich 1976: 3, citado en Treves 1988: 86). En su ensayo *Sociología y Jurisprudencia*, Ehrlich dejaba claro lo que en su opinión era la principal falencia de los teóricos jurídicos positivistas de ese momento:

“El error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho sólo lo que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes” (2005: 93).

En las anteriores afirmaciones se encuentran plasmados dos de los principios básicos de la corriente del pluralismo jurídico. En primer lugar, el traslado del estudio del “derecho” desde el Estado a la sociedad. Desde este punto de vista, no se trata solamente de realizar una crítica a las “teorías jurídicas normativas” que intentan explicar el derecho desde el punto de vista de su propia estructura y racionalidad interna (Cotterrell 1991: 20-21 y 1983: 241-242), sino de ampliar el concepto mismo del “derecho” en tanto objeto de estudio. Como postulado teórico, para estudiar el derecho los ojos del investigador deben posarse por igual en el Estado y en la sociedad, pues éste puede encontrarse en ambos por igual. En segundo lugar, supone una crítica a los postulados de exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del derecho sobre el que se funda el Estado-nación. El derecho estatal sería sólo uno entre los muchos derechos que existen en la sociedad, y ni siquiera el más importante.

Los autores que hacen parte del pluralismo jurídico, siguiendo los argumentos presentados por Ehrlich, coinciden en poner en tela de juicio el postulado monista que señala que el derecho *es* aquel producido por el Estado, que existe un único derecho, señalando que junto a éste existen otros centros de producción jurídica que no dependen necesariamente del derecho sancionado oficialmente. Para los autores que se inscriben en el

pluralismo jurídico, la afirmación de que el derecho *es* el derecho estatal no sólo es un postulado analítico erróneo sino, ante todo, una forma de distorsionar la realidad para producir efectos políticos y sociales determinados. Harto conocida es la afirmación de Griffiths “el pluralismo jurídico es un hecho. El centralismo jurídico es un mito, una idea, un reclamo, una ilusión” (2006:4). La afirmación de que el pluralismo jurídico es un hecho objetivo e incontestable no sólo se puede apreciar en la anterior afirmación de Griffiths; la mayoría de los autores coinciden en señalar que la presencia de más de un orden jurídico es algo que “existe” en la realidad social y que, por el contrario, el monismo jurídico es una ideología que es necesario dismantelar. Frases como “el pluralismo jurídico es un fenómeno social objetivo” (Chiba 1995: 74), la afirmación de von Benda-Beckmann de que la multiplicidad de órdenes normativos es algo evidente y que no es necesario probar que “está allí” (2002:39), o la reciente propuesta en torno al protagonismo analítico dentro del campo jurídico latinoamericano de la “pluralidad” jurídica en virtud de su “presencia histórica notoria” (García y Rodríguez 2003: 24), demuestran la enorme confianza y certeza acerca de la realidad empíricamente verificable del pluralismo jurídico.

No obstante, la distinción entre el monismo y el pluralismo jurídico no es un tema pacífico dentro de la literatura. Aunque la anterior distinción parece clara, la nitidez se desvanece cuando se trata de aplicarla a la explicación de casos concretos. Algunos sistemas serán monistas o pluralistas según, precisamente, la definición que se asuma de lo que es “plural” o “monista”. Lo anterior se puede apreciar con nitidez en el debate en torno a sí es posible hablar de la existencia de pluralismo jurídico dentro de un mismo sistema, lo que ha dado lugar a dos perspectivas: aquellos que niegan la posibilidad de un pluralismo jurídico intra-sistémico y aquellos que la afirman. El principal representante de la primera vertiente – el pluralismo jurídico no se puede producir en un mismo sistema – es Griffiths (2006), quien afirma tajantemente que el pluralismo jurídico es una propiedad de un campo social y no de un sistema jurídico concreto. Con base en el trabajo de Moore (1978), considera que los “campos sociales semi-autónomos” son los lugares donde se verifica la producción jurídica y que, por lo tanto, un mismo sistema jurídico no puede ser plural. Así, el pluralismo jurídico en sentido fuerte, es decir, el auténtico pluralismo jurídico, se genera cuando se puede verificar “la presencia dentro de un grupo social de múltiples órdenes

legales, en donde la existencia de un orden legal separado conlleva la existencia de una regla de reconocimiento distinta: esto es, los ordenes legales “separados” no son reducibles uno al otro” (Griffiths 2006: ____). Cuando se incluyen dentro de un mismo sistema normas pertenecientes a otro – como en el caso del reconocimiento en contextos coloniales o post-coloniales de los usos y costumbres – se está en presencia de un “pluralismo jurídico en sentido débil”, el cual no es otra cosa que un ajuste de un sistema cuya ideología básica es el monismo jurídico.

Vanderlinden concuerda con Griffiths. Hablar de sistemas jurídicamente plurales no aporta mucho al debate. En su opinión, no existe ningún sistema que logre una regulación total y exclusiva del comportamiento de los individuos y que esté aislado por completo de las demás redes que conforman la sociedad. La mayoría son influidos y semi-autónomos, por lo que necesariamente son plurales: “Por lo tanto, hablar de un sistema jurídicamente plural como un sistema en el que existen muchos órdenes jurídicos competitivos es redundante” (1989: 152). En aquellos casos en que el derecho estatal decide reconocer la existencia de otros ordenamientos jurídicos para lograr “su afán totalitario”, subordinándolos y condicionando su validez, se debe hablar de un “pluralismo jurídico aparente”, el cual sólo puede ser entendido haciendo referencia a un orden social o jurídico determinado. En este caso, sería más apropiado hablar de un sistema unitario que reconoce normas especiales para ciertas personas o situaciones. Si un ordenamiento jurídico regula la misma situación de manera distinta, en su opinión, existe “pluralidad de mecanismos jurídicos” pero no un pluralismo jurídico estrictamente hablando. El pluralismo jurídico, desde esta perspectiva, es ante todo una condición subjetiva, un estado cognitivo, en el que un sujeto ve como su vida cotidiana es regulada por más de un ordenamiento jurídico:

“La existencia, dentro de un único ordenamiento jurídico, de diferentes mecanismos que se aplican a situaciones similares señala una pluralidad de mecanismos jurídicos, no pluralismo jurídico. Hoy me doy cuenta que para tener pluralismo, necesariamente se debe estar frente a varios ordenamientos jurídicos que coinciden en la misma situación y que hacen que el individuo no sea un “sujeto de derecho” sino un “sujeto de derechos” (1989: 156).

Sin embargo, hay algunas voces que disienten de esta perspectiva. Para algunos autores, tanto el pluralismo jurídico intra-sistémico como el inter-sistémico son formas plausibles de pluralismo. El problema yace en establecer cuándo una situación es la “misma” o qué se entiende por normas “diferentes” que coexisten en el mismo espacio o sistema. Se dice que existe pluralismo jurídico cuando dos o más sistemas coexisten en el mismo espacio o se aplican a la misma situación. La cuestión aquí radica en establecer cuándo se está en presencia de un mismo campo o de una misma situación. Trazar el límite que separa lo “mismo” de lo “diferente” no es una tarea sencilla. Como lo señala von Benda-Beckmann, “para concebir el pluralismo jurídico como una duplicación en relación con “lo mismo”, *en definitiva* debemos relacionar la similitud o la diferencia legalmente construida con nuestra propia construcción de la “similitud analítica” (2002: 62, *Itálica original*).

Desde este punto de vista, la definición de qué es lo “mismo” o “diferente” es el resultado de un examen analítico sobre la forma como se construyen dichas nociones en un espacio o sistema jurídico determinado. El investigador debe examinar, con base en su propio modelo heurístico, la forma cómo las prácticas mismas construyen la noción de similitud o diferencia. Por ello, von Benda-Beckmann sostiene que es posible denominar como pluralismo jurídico a una situación en la que existen reglas jurídicas distintas que son aplicables a una misma situación, y que pertenecen a un mismo sistema. Por lo tanto, von Benda-Beckmann sostiene que sería útil distinguir conceptualmente entre el “pluralismo de sistemas” y el generado por “sistemas internamente plurales” (2002: 63). La principal diferencia con la perspectiva defendida por Griffiths y Vanderlinden es que para éstos no es posible hablar de un auténtico pluralismo jurídico dentro de un mismo sistema. Para el primero es un caso débil, un ajuste de la ideología del centralismo jurídico. Para el segundo es un “imposible” o algo apenas aparente. Autores como von Benda-Beckmann (2002) y Woodman (1998), consideran que los dos son casos igualmente válidos de pluralismo jurídico sin establecer criterios de diferenciación en cuanto a la naturaleza del fenómeno.

La aceptación de que el pluralismo jurídico también se puede presentar dentro de un mismo sistema se puede apreciar en el trabajo de Arnaud (1995) y de Hoekema (2002).

Arnaud, por un lado, distingue dos tipos de pluralismo jurídico. El primero de ellos puede ser denominado como pluralismo jurídico interno, el cual se presenta cuando dentro de un único sistema jurídico existen diferentes reglas que se pueden aplicar a una misma situación. El segundo podría ser considerado como un pluralismo jurídico de tipo externo, en el que “coexisten una pluralidad de diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos” (1995: 149-50).

Hoekema, por otro lado, distingue dos formas de pluralismo jurídico interno. El pluralismo jurídico social, es decir, aquel que se presenta cuando el derecho oficial no ha reconocido a los distintos ordenamientos socialmente presentes y el pluralismo jurídico formal que se presenta en aquellos casos en que el Estado reconoce la existencia de distintos sistemas jurídicos. Este último tipo de pluralismo jurídico puede ser unitario, el cual se produce en aquellos casos en que a pesar de existir un reconocimiento estatal de la pluralidad de derechos, “el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos” (2002: 70). El segundo tipo de pluralismo jurídico, este de tipo igualitario, se presenta cuando el derecho estatal “no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derechos reconocidos” (Ibíd.: 71) sino que, por el contrario, acepta que los ordenamientos jurídicos son la manifestación de una comunidad que forma parte esencial de la sociedad y que por ello están en pie de igualdad con el derecho oficial. En estos casos, agrega Hoekema, el carácter pluralista e igualitario no se pierde cuando existen principios o reglas de coordinación dirigidas a establecer las competencias de cada uno de los sistemas presentes. Es este tipo de pluralismo el que debe ser defendido e impulsado en un sistema jurídico que se precie de ser tolerante con los órdenes jurídicos alternativos presentes en la sociedad.

En suma, siguiendo el trabajo seminal de Ehrlich, las objeción base de los pluralistas jurídicos en contra del monismo jurídico, aquella de la cual parte la literatura sobre la materia, afirma que ésta es una perspectiva inútil desde el punto de vista descriptivo – no reconoce el hecho de que en los Estados han coexistido y coexisten diversos sistemas jurídicos – y poco prometedora desde el punto de vista normativo – es

una ideología que busca legitimar al derecho estatal y minar los ordenamientos jurídicos producidos por fuentes no oficiales que le compiten. Sin embargo, dentro del pluralismo jurídico hay también discusiones sobre cuál es su objeto de estudio. Dentro de esta corriente de pensamiento existen dos perspectivas sobre cuando podemos hablar verdaderamente de pluralismo jurídico. Por una parte, se encuentran las teorías que aseguran que la pluralidad es una característica de un campo o situación social y no de un sistema preciso. Cuando un mismo sistema reconoce la existencia de otro o incorpora algunas de sus normas, no se podría hablar de pluralismo jurídico en sentido estricto sino de un pluralismo débil o relativo. Por otra parte, se sostiene que la pluralidad no depende del lugar, sistema o situación en la que se manifiesta sino de la distinción que se construya entre lo que es “lo mismo” y “diferente”. Desde este punto de vista, podría existir pluralismo jurídico tanto al interior de un sistema jurídico como en un campo social en el que estén presentes varios ordenamientos jurídicos siempre que se pueda establecer razonablemente dicha distinción.

2.2 Los contextos y los objetos de estudio de la doctrina

El pluralismo jurídico clásico: colonialismo y modernización

Uno de los primeros lugares en los que se empezó a hablar y aplicar la teoría del pluralismo jurídico de manera sistemática fue el espacio colonial⁹. Como resultado de la expansión europea, distintos pueblos y culturas fueron incluidos forzosamente en el proyecto de consolidación y universalización de la cultura occidental. A partir del “descubrimiento” de América por parte de la Corona española, las naciones europeas asumen como justificación de su expansión la “noble misión (...) de eliminar el salvajismo de la faz de la tierra” (Todorov 1991: 292), dando inicio a un incansable proceso de expansión que considera que la cultura y las instituciones europeas son el modelo a partir

⁹ En este sentido, el espacio colonial es un espacio de saber, ha funcionado como un lugar de observación y experimentación epistemológico dentro del cual han brotado y se han fortalecido algunas de las ciencias sociales contemporáneas más sólidas. En el contexto colonial, por ejemplo, han nacido algunas de las técnicas punitivas y gubernamentales hoy comunes en Occidente (Brown 2002). Para un análisis de la utilización de las técnicas coloniales en el espacio europeo ver Foucault (1992: 113). Igualmente, sobre la relación entre ciencias sociales y colonialismo ver, entre otros, Baber (2001: 40); Lander (2003); Castro-Gómez (2003); Mudimbe (1988) y Escobar (1999).

del cual deben ser forjadas las demás naciones del mundo (Anghie 1999; Young 2001). Naturalmente, el derecho no es ajeno ni es un instrumento extraño a la anterior empresa. El transplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales no sólo es visto como una necesidad gubernamental sino que, también, es considerado como un medio para lograr el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización. En el espacio colonial se verifica la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propia cultura y, por lo tanto, su propio “derecho”. Lo anterior, genera para las naciones colonizadoras la “necesidad de acomodo y adaptación entre ideas distintas y estipulaciones de derecho, igualdad y moral” (Borah 1996:13).

Como principio general, en los contextos coloniales la metrópoli acepta la vigencia de los “usos y costumbres” de los pueblos autóctonos, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial. Las prácticas jurídicas autóctonas son conservadas en la medida en que no contradigan los valores y principios fundamentales del derecho oficial. La llamada cláusula de repugnancia es una de las principales instituciones de este modelo. De hecho, en la Recopilación de Las Leyes de Indias se ordenaba a las autoridades españolas: “Que guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que hizieren de nuevo (...) y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro”.¹⁰ De esta forma, el pluralismo jurídico es un resultado del colonialismo, en cuyo contexto las naciones colonizadas “cuando no fueron totalmente exterminadas, fueron sometidas al derecho del conquistador con el permiso, expreso o implícito, de seguir conservando en ciertos dominios su derecho tradicional” (Santos 1991: 70-71).

Las relaciones entre el derecho del colonizador y el derecho de los pueblos colonizados es el principal objeto de estudio de lo que Engle Merry denomina como el pluralismo jurídico clásico.¹¹ Dentro de esta perspectiva se enmarcan aquellos trabajos que se ocupan de analizar la coexistencia dentro de un mismo espacio –el colonial– de dos

¹⁰ Recopilación General de las Leyes de Indias, Libro Segundo, Título Primero, Ley iiij.

¹¹ “La investigación en sociedades coloniales y post-coloniales produjo una versión del pluralismo jurídico que denomino “pluralismo jurídico clásico”. Este se ocupa del análisis de la intersección del derecho autóctono con el derecho europeo” (2006: ____).

tipos de derechos – el derecho europeo y el derecho autóctono. Por una parte, se encuentran aquellos trabajos que, sin asumir explícitamente los postulados analíticos del pluralismo jurídico, suponen su existencia cuando estudian las relaciones, en términos de dominación y sometimiento, entre dos tipos de derechos que estiman diferenciados e independientes entre sí: el derecho del colonizador y el derecho del colonizado (Clavero 1994). Aquí el derecho del colonizador es visto como un ente separado e independiente que somete y domina al derecho indígena; el respeto de los usos y costumbres de los pueblos indígenas es uno de los principales ejemplos de falso reconocimiento de lo que se considera el derecho indígena originario. El derecho consuetudinario o, mejor, la calificación que el derecho estatal hace del derecho indígena como “costumbre” es considerada una forma de degradación y subordinación de las minorías nacionales (Botero y Jaramillo 2000; Correas 1994; Stavenhagen 2002; Irigoyen 2001). Desde esta perspectiva, se da por hecho que el derecho indígena es un auténtico “derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, éste lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario.

Por otra parte, se encuentran los estudios de la antropología jurídica clásica que buscan establecer las características del derecho de las sociedades consideradas “primitivas”. Entre ellos se pueden mencionar el trabajo de Malinowski en que pretende examinar “la cuestión de la ley primitiva, el estudio de las diversas fuerzas que crean el orden, la coherencia y la uniformidad en una tribu salvaje” (1969: 14), así como el análisis de Pospisil sobre el derecho de los Kapauku de Nueva Guinea en el que pretende demostrar que es posible construir “una teoría del derecho que pueda ser aplicada transculturalmente” (1971: 249 y 1979). Esta misma perspectiva, aunque aplicada a pueblos indígenas, es la que se encuentra en la base del trabajo de Perafán, Azcárate y Zea (2000) sobre los sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y Sikuani. Trabajos como el de Woodman (1985) sobre la institucionalización de normas en Ghana y Nigeria en un contexto colonial, muestran los problemas y tensiones que se presentan cuando se intenta que coexistan y funcionen dos sistemas jurídicos que responden a lógicas diferentes, especialmente por medio de la institucionalización de la costumbre de los grupos autóctonos. Igualmente, trabajos como el de Salamone (1987) tienen como objeto el estudio del fortalecimiento –y construcción– de las autoridades tradicionales como

resultado de las modificaciones en la estructura jurídica y política de las comunidades autóctonas producidas por la irrupción del derecho dominante. Otro ejemplo revelador de este tipo de aproximación es el trabajo de Griffiths (1985) en donde se pretende construir un modelo de análisis para abordar las formas de interacción entre distintos sistemas legales definiendo tipos ideales de relación. Estos tipos ideales intentan mostrar cómo dos sistemas jurídicos compiten para “captar” bajo su influencia a un mayor número de individuos. Impedir que la resolución de los conflictos sea efectuada por una institución externa, mejorar la calidad de los servicios maximizando la ganancia derivada del litigio o adaptar las normas propias a los postulados del contrincante, son las principales estrategias emprendidas por sistemas jurídicos independientes que buscan permanecer vigentes socialmente. En común, estos dos tipos de trabajos aceptan que en los contextos coloniales existen dos tipos separados, diferenciados y relativamente independientes de “derecho”, cuyas relaciones y choques, en cuanto entidades separadas, pueden ser identificadas y estudiadas.

El pluralismo jurídico clásico aporta una serie de visiones novedosas para el análisis del derecho y la sociedad. En primer lugar, analiza la interacción entre diferentes órdenes normativos cuyas bases, principios y forma de actuación son fundamentalmente diferentes. En segundo lugar, re-interpreta el denominado derecho consuetudinario como el resultado de un proceso de ajuste histórico entre un orden jurídico dominante y otro sometido. El derecho consuetudinario sería, por una parte, una forma de describir y conceptualizar los sistemas jurídicos de sociedades consideradas “primitivas” y, al mismo tiempo, el mecanismo a través del cual los “usos y costumbres” de dichas sociedades pueden ser integrados al derecho dominante dentro de una estrategia de gobierno. Por último, esboza las relaciones dialécticas entre órdenes normativos en aquellas situaciones en donde se pueden observar dinámicas de resistencia, ajuste y reestructuración de los distintos órdenes normativos (Engle Merry)¹².

¹² Existen, naturalmente, más contextos en los que se produce una situación de pluralismo jurídico. Siguiendo a Santos, existen otros dos contextos en los que se ha documentado la coexistencia en un mismo espacio de dos o más ordenes jurídicos. El primero de ellos se genera como resultado de los procesos de modernización de sociedades tradicionales que importan el derecho europeo como instrumento de desarrollo. El segundo se presenta en contextos de revolución social en los que el derecho antes vigente es reemplazado por un nuevo cuerpo normativo. En estos dos casos, la irrupción de un nuevo modelo normativo no elimina la validez

En síntesis, el pluralismo jurídico en su versión clásica se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos “derechos” en un mismo espacio, fundamentalmente en el espacio colonial y post-colonial. Dicha coexistencia es entendida en función de competencia, separación y autonomía. Los distintos “derechos” presentes en la sociedad son vistos como la expresión de grupos sociales y culturales diferenciados y que, por lo mismo, son relativamente independientes en su constitución interna. El análisis, por lo tanto, se enfoca en el estudio de cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio, así como los efectos que surte dicho proceso sobre sus respectivos sistemas jurídicos (Santos 1987). Separación, competencia e influencia son entonces los términos analíticos preferidos por los pluralistas jurídicos clásicos. De esta forma, esta perspectiva supone la existencia previa de un “derecho” institucionalmente completo y plenamente establecido antes de la irrupción, vía colonización o modernización, de otro “derecho” extraño y fundamentalmente diferente.¹³ Cada uno de los dos tipos de derecho es ubicado dentro de una relación binaria y jerárquica en la que uno pretende suplantar al otro siendo, por naturaleza, entes inconmensurables en tanto reflejan mundos distintos. Cada uno de los

sociológica del derecho tradicional que continua vigente para amplios sectores de la población” (Santos 1991: 70-1). Trabajos como el de Masaji Chiba, por ejemplo, han mostrado como el derecho transplantado no suplanta ni reemplaza al derecho local que sigue vigente, en términos sociales, para una porción significativa de la población. En este contexto, se ha ocupado de analizar los canales a través de los cuales el derecho oficial japonés interactúa con el derecho no oficial, mostrando cómo éste último puede ser reconocido o transformado por el derecho estatal como “costumbre o derecho consuetudinario sancionado abiertamente a través de la promulgación de leyes, por medio de la discrecionalidad autorizada de los agentes legales” o indirectamente a través del derecho constitucional (Chiba 1985: 209 y 1989). Dentro de esta última línea Sack (1998), por ejemplo, en circunstancias de modernización se ha ocupado de mostrar la imposibilidad de encontrar o concebir un lenguaje sobre el derecho culturalmente neutro o, en el caso de los trasplantes jurídicos, pensar que como tecnología las instituciones jurídicas pueden ser exportadas a contextos culturales diferentes a aquel en donde fueron concebidas (1998: 23). El carácter cultural y local de la definición de ciertas instituciones jurídicas como “contrato” o “propiedad privada” no sólo es considerado como un ejemplo de la utilización del derecho como instrumento de dominación colonial sino como una fuente de conflictos entre las concepciones “jurídicas” occidentales y no occidentales (Chiba 1998: 132).

¹³ Según von Benda Beckmann (2002) es posible distinguir tres momentos dentro de la antropología jurídica evolucionista: 1) en la antropología jurídica evolucionista del siglo XIX la distinción derecho no-derecho no era un tema de debate. Las diferencias se referían a la forma cómo se catalogaba a estas otras formas de derecho, derecho primitivo, tradicional o tribal. Todas eran formas de derecho a pesar de las distintas manifestaciones empíricas que se pudieran observar en momentos y espacios precisos. Posteriormente (2) los autores evolucionistas consideraron que éstas sociedades no habían alcanzado un grado de perfeccionamiento y desarrollo que les permitiera contar con un auténtico derecho. La institucionalización de normas y la garantía coactiva de su cumplimiento eran criterios que señalaban una etapa superior de perfeccionamiento jurídico. Por último, (3) se estableció que el derecho es una propiedad vinculada a una forma de organización política aunque ésta no asumiera una forma estatal.

dos tipos de derecho plantea un “postulado de identidad de una cultura jurídica” (Chiba 1989) en virtud del cual se diferencia de su entorno y con base en el que puede integrar aquellos elementos e instituciones que sean compatibles con su identidad. La principal –y casi única– intersección entre estos dos tipos de derecho es, por lo tanto, la transformación del derecho sometido en derecho consuetudinario. La noción de costumbre, como lo señala Teubner (1992: 1457), es uno de los principales paradigmas del pluralismo jurídico en su versión clásica.

El nuevo pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico se desligó con relativa rapidez de los espacios coloniales y poscoloniales. El ataque a la pretendida exclusividad del derecho estatal, cuya falsedad era evidente en contextos de colonialismo o modernización, se extendió al estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad en sociedades industrializadas y post-industriales. Como resultado, hoy en día el pluralismo jurídico, más precisamente, el nuevo pluralismo jurídico, va mucho más allá del análisis de la coexistencia del derecho europeo con los sistemas jurídicos tradicionales para ocuparse de la presencia de órdenes normativos dentro de los confines de un mismo Estado (Engle Merry, 2006: ____). Desde este punto de vista se considera que dentro del espacio territorial del Estado se encuentran otras fuentes de producción jurídica que son relativamente distintas e independientes del derecho estatal. Desde los “campos sociales semi-autónomos” (Moore 1978), pasando por las comunidades (Gómez 2001; Nina y Schärf 2001), hasta llegar a las comunidades marginales de los grandes centros urbanos (Santos 1995) o los grupos guerrilleros (Aguilera 2001 y Molano 2001), se encuentran formas “jurídicas” o ejercicios de “justicia” que socialmente funcionan con relativa independencia respecto del derecho oficial.

De este modo, el pluralismo jurídico se encuentra virtualmente en todas las sociedades, sin importar si tienen o no un pasado colonial. Tan sólo hace falta examinar detenidamente algunos lugares específicos para observar cómo ciertos grupos producen y generan su propio derecho. Grupos tan disímiles como una organización criminal o una

ronda campesina peruana son lugares de producción jurídica (Irigoyen 1999 y Van Cott 2000). Por lo tanto, el nuevo pluralismo jurídico se centra, básicamente, en atacar y rechazar la suposición de que el derecho *es* el derecho que tiene su origen en el Estado, que es sistematizado y aplicado por operadores jurídicos especializados y que, finalmente, cuenta con un tipo de racionalidad formal-instrumental que le es característica. De este modo, se rechaza lo que se denomina como el “derecho de los abogados”, una visión legalista del ordenamiento jurídico que sostiene que el *verdadero derecho* es aquel que tiene un origen claro – el legislador – y que es aplicado por personas y en espacios delimitados – la administración de justicia. Por el contrario, estos análisis se basan en el examen de otras formas o centros de producción jurídica que no se identifican con el derecho estatal aunque puedan replicar algunas de sus instituciones y símbolos. El ejemplo más conocido del anterior tipo de aproximación es el trabajo de Santos sobre el “derecho de los oprimidos” de Pasargada, en donde se analiza las formas jurídicas creadas por una comunidad urbana marginal para dotarse de mecanismos autónomos de regulación ante la ausencia relativa y la precariedad del derecho oficial.¹⁴

El derecho de Pasargada es un ejemplo del nacimiento dentro de una misma sociedad de sistemas jurídicos diferentes. El Estado tan sólo sería uno de los varios modos de producción del derecho. Santos (1991), por ejemplo, identifica cuatro espacios distintos de producción jurídica: el espacio doméstico (cuya principal forma institucional es el matrimonio), el espacio laboral (cuya principal forma institucional es la fábrica), el espacio ciudadano (institucionalizado por el Estado) y, finalmente, el espacio mundial que se caracteriza por la presencia de instituciones como las agencias internacionales, las empresas transnacionales y sus formas de regulación características. Cada uno de estos espacios produce un tipo de relaciones sociales, políticas y jurídicas, dando lugar, por lo tanto, a distintos “derechos”. La preeminencia de uno de estos cuatro modos de producción, por lo tanto, no se debe a sus características constitutivas sino a recursos ideológicos. Para Santos,

¹⁴ Para un análisis de la influencia de este trabajo en la teoría jurídica latinoamericana ver Oliveira (2003).

“Es ya claro que...la naturaleza ideológica del derecho en las sociedades capitalistas no reside en la discrepancia entre las leyes en los libros y las leyes en acción, como se supone usualmente, sino más bien en una construcción social bien tejida que convierte el derecho territorial en la única forma de derecho, de esa manera suprimiendo el derecho doméstico, el derecho de producción y el derecho sistemático, sin los cuales el derecho territorial no podría operar como lo hace en nuestra sociedad” (1991: 191).

Igualmente, el pluralismo jurídico es considerado por los nuevos pluralistas jurídicos como un proceso que acompaña a fenómenos precisos; sería su correlato. Si el correlato del pluralismo jurídico clásico es el colonialismo, en el caso de este nuevo pluralismo jurídico su lugar lo ocupa la globalización y las transformaciones en el sistema productivo posfordista¹⁵. En opinión de Santos, es posible apreciar tres espacios diferentes con sus formas de derecho correspondientes que al chocar, relacionarse y complementarse dan lugar a una situación de pluralismo jurídico. Estos espacios son el local, el nacional y el global (Santos, 1987: 287). Gunther Teubner (1997 a y b), por ejemplo, muestra cómo en el espacio global surgen ordenamientos jurídicos con relativa independencia y aislamiento respecto del Estado, de la política internacional y del derecho internacional público. Estos ordenamientos, cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*, surgen de y son prácticas sociales que no deben su validez al hecho de estar vinculadas con el derecho o con el sistema político de un Estado nación determinado. Muestran, por el contrario, la emergencia de distintos derechos globales sin referencia ni origen en un Estado.

El nuevo pluralismo jurídico no sólo supone una modificación del espacio en dónde se pueden presentar los distintos derechos. Es decir, no solamente cambia la respuesta a la pregunta ¿dónde existe pluralismo jurídico?, sino el modelo analítico que pretende dar cuenta de dicha situación: ¿Qué es lo que estamos observando? A diferencia del pluralismo jurídico clásico, no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas

¹⁵ Por ejemplo, la relación que realiza Palacio entre posfordismo y pluralismo jurídico: “Si flexibilidad es el signo del nuevo periodo de la acumulación, es también el signo del Derecho de los nuevos tiempos. El pluralismo jurídico es el derecho de la época de la flexibilidad” (Palacio 1993: 28). En su opinión, dentro del modelo fordista la primacía del derecho estatal era incontestable; con la emergencia de un sistema de producción que tiende a lo flexible, con la desregularización del mercado laboral y la deslocalización de la producción, emergen formas alternativas de regulación –como los estándares o el llamado derecho blando– que ponen en jaque el dominio del derecho estatal.

que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existe relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado. No se ocupa de analizar exclusivamente el efecto del derecho en la sociedad, buscado conceptualizar la forma en que las distintas formas de regulación jurídica se relacionan y compiten entre sí: “en lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva considera que las formas de ordenamiento plurales participan en el mismo campo social” (Merry 2006: ____).

Las relaciones, por lo tanto, entre los distintos “derechos” presentes en un mismo espacio no están dadas por la identidad, la unidad y la independencia. Por el contrario, estos derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales. En lugar de unidad habría dispersión, en lugar de identidad existirían mezclas, amalgamas indistinguibles y combinaciones, junto con la lucha y la oposición se daría la libre circulación de elementos discursivos y simbólicos. La comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos serían los principales elementos de este nuevo contexto (Teubner 1992 y 1997 a y b). Los “derechos” presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas sino que sus límites serían “porosos” (Santos 1987: 297-298), nunca plenamente abiertos pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar (Teubner 1992: 1457).

Las dos vertientes del pluralismo jurídico que acabamos de reseñar, el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico, comparten una crítica clara al principio de jerarquía del derecho estatal. También comparten la virtud de articularse, en ocasiones, con las luchas de los grupos sociales oprimidos. Sus presupuestos epistemológicos y sus implicaciones políticas la han convertido en un saber relativamente exitoso y popular en ciertos sectores académicos y políticos. A pesar de ello, la formación de la teoría ha pasado por un intenso debate en torno, precisamente, a sus presupuestos epistemológicos y a sus implicaciones políticas. Las virtudes del pluralismo jurídico se convierten así en sus más pesadas cargas.

3. El pluralismo jurídico y sus críticos

El pluralismo jurídico ha sido sin duda un concepto polémico. Dos son las críticas centrales a los postulados que defiende esta corriente de pensamiento. La primera, hace referencia a la definición del derecho que implícita o explícitamente subyace a la teoría. Esta crítica tiene cuatro aristas que se complementan. La primera arista, critica la vaguedad del concepto de derecho que defienden los pluralistas jurídicos. La segunda, afirma que la vaguedad de la definición pluralista del derecho termina destruyendo los límites entre lo jurídico y lo social. Todo ordenamiento normativo podría legitimamente calificarse como un ordenamiento jurídico y por tanto, la categoría “derecho” perdería toda utilidad analítica. La tercera arista señala que además de vagas, las definiciones del derecho que defienden los pluralistas terminan dependiendo conceptualmente del derecho estatal, esto es, se asume una perspectiva esencialista o funcionalista que recoge las características típicas del derecho oficial o las funciones que usualmente se le atribuyen a éste. Los pluralistas, pues, terminan en donde empezaron y de donde querían rápidamente partir: el monismo jurídico liberal. Finalmente, la cuarta arista, indica que el uso de un concepto de derecho vago y dependiente del monismo jurídico como el que defienden los pluralistas, antes que promover uno de los objetivos centrales de la corriente de pensamiento, esto es, la reivindicación de ordenes no estatales que por lo menos intuitivamente podrían ser llamados derecho, lo obstaculiza. Estos ordenes no estatales terminarán asimilados al orden estatal y los elementos que los caracterizan terminaran siendo obviados o calificados como marginales.

La segunda crítica, cuestiona el carácter expansivo del pluralismo jurídico. Esta perspectiva, afirma que la ampliación del dominio de lo jurídico sirve notablemente a los académicos del derecho pero muy poco a los espacios sociales que el derecho coloniza. Mientras que los primeros expanden su poder al ensanchar su objeto de estudio y al ejercer un control epistemológico sobre éste, los segundos no reciben claros beneficios cuando son calificados como “jurídicos”.

3.1 El eterno problema de la definición del derecho

En un ensayo relativamente reciente Melissaris señala el carácter intrigante y dual del pluralismo jurídico. En la medida en que supone un discurso sobre el derecho puede ser una *teoría jurídica*. Pero, al mismo tiempo, no es sólo un discurso que intenta responder o supone la pregunta ¿qué es el derecho?, sino que, además, pretende estudiar otros sistemas o teorías jurídicas por lo que se “convierte en una *meta-teoría*, es decir, en un discurso sobre otros discursos acerca del derecho” (2004 58). Las dos primeras aristas de la crítica dirigida a la definición del derecho que defienden los pluralistas se refieren a la dualidad del pluralismo anotada por Melissaris. Por una parte, se dice que el pluralismo jurídico carece de un concepto claro del derecho – y, por tanto, que su teoría jurídica es débil; por otra parte, que supone indebidamente que el derecho es un fenómeno que se puede encontrar no sólo en otras sociedades sino también en distintos grupos sociales dentro de un mismo Estado – y, por tanto, que en cuanto metateoría resulta poco persuasiva.

La cuestión es que, como lo señala Engle Merry, “una vez se ha eliminado el centralismo jurídico, el hecho de denominar derecho a todas las formas de ordenamiento que no se corresponden con el derecho estatal confunde el análisis” (2006:)¹⁶. Aún si se acepta que el *derecho* es un fenómeno que empíricamente puede encontrarse en múltiples espacios y lugares, el pluralismo jurídico no cuenta con ni ha establecido criterios adecuados que permitan distinguir lo jurídico de las demás formas normativas presentes en la sociedad¹⁷. Así, dependiendo de qué tan amplia y flexible sea la definición del término

¹⁶ Santos coincide con Engle Merry. Para Santos, este problema es el resultado de la desvinculación del concepto de “derecho” con la noción de “Estado” sin que se articule, al mismo tiempo, una definición de aquello que puede o no ser considerado como sistema jurídico. En sus palabras: “una vez que el concepto de derecho fuera desprendido del concepto de Estado, la identificación de la pluralidad de los derechos no tendría límite con el resultado de que, si el derecho está en todas partes no está en ninguna” (Santos 1991: 172).

¹⁷ Santos considera que uno de los problemas del pluralismo jurídico comienza con la definición del concepto de derecho. Mientras que la sociología del derecho se ocupó del estudio de la administración de justicia en sociedades metropolitanas e industrializadas que contaban con una prolífica elaboración teórica sobre la definición del derecho y asumió como suyo este saber, la antropología jurídica se vio desprovista de este marco de referencia “no solamente porque se ocupaba del derecho de las sociedades sin ciencia jurídica, sino porque ese derecho presentábase de manera tan diferente a la que regía en la sociedad metropolitana de la

derecho, “virtualmente todas las sociedades son jurídicamente plurales, tengan o no un pasado colonial” (Engle Merry 2006:). El precio que se ha pagado por el avance que ha implicado el pluralismo jurídico en el análisis de las relaciones entre el derecho y la sociedad es claro: “Se han perdido dos cosas al progresar desde la separación espacial hasta el entrecruzamiento discursivo, (1) la noción de lo que es distintivamente “jurídico” en el nuevo pluralismo jurídico así como un (2) concepto claro de las interrelaciones entre lo social y lo jurídico” (Teubner 1992: 1449).¹⁸

Paradójicamente, además de vagas, las definiciones de derecho que ofrecen los pluralistas se han visto limitadas por el concepto de derecho monista que pretendían superar. La tercera arista de la crítica relacionada con los conceptos de derecho “pluralistas” señala que éstos terminan atrapadas por las características y propiedades del derecho estatal. Asumiendo una perspectiva funcionalista, terminan afirmando que el fin de un sistema jurídico, y, por tanto, el elemento que lo distingue de otros sistemas normativos, es el control social; asumiendo un punto de vista esencialista, terminan afirmando que lo que distingue al derecho de otros órdenes normativos es aquello que caracteriza al derecho estatal: la identificación y aplicación institucionalizada de normas y la existencia de patrones concretos de orden social.

Tamanaha (2006) es quien articula esta tercera arista de la crítica de la manera mas fuerte y persuasiva, solicitando incluso el desmonte del pluralismo jurídico. Esta crítica, implica un ataque extremadamente fuerte a los presupuestos teóricos e ideológicos en los que se apoyan los estudios inspirados en la existencia de órdenes jurídicos distintos al derecho estatal. Analíticamente, sostiene Tamanaha, no es posible fundamentar un

cual partía el antropólogo, que no tenía sentido transferir para su análisis los conceptos de la ciencia jurídica producida en esta sociedad” (Santos 1991: 64).

¹⁸ Santos responde a esta crítica de manera sugestiva. Al respecto afirma, “¿Por qué estas formas competitivas y complementarias de ordenación social deben ser llamadas derecho y no sistemas de reglas, gobiernos privados, etc.? Puesta en estos términos, la pregunta sólo puede ser respondida mediante otra pregunta: ¿por qué no?, ¿por qué el caso del derecho debe ser diferente del de la religión, el arte o la medicina? Para tomar este último caso como ejemplo, se acepta en general que, paralelamente a la medicina oficial, profesionalizada, farmacéutica, existen en la sociedad otras formas de medicina: tradicionales, herbales, comunitarias, mágicas, no occidentales. ¿Por qué se debe restringir el nombre de medicina al primer tipo de medicina, el único reconocido como tal por el sistema nacional de salud?” (Santos 1998: 26).

concepto transcultural del derecho que permita identificar en distintos contextos culturales la presencia de “derechos” (2006:). Además de ser un ejercicio de lo que Mudimbe denomina como “etnocentrismo epistemológico” (1988), esta suposición, en la que se apoya gran parte de los estudios en este tema, se deriva de la utilización de una definición de derecho que además de vaga, está fuertemente restringida a un aspecto del derecho estatal: la función del control social. El pluralismo jurídico asume implícitamente que “todas las formas de control social son derecho” (2006:) haciendo que el derecho, como tal, pierda sus características distintivas y que las demás formas sociales “como las normas políticas o morales sean absorbidas para convertirse en derecho” (Ibíd.:).

Los problemas que supone una aproximación funcionalista a la definición del derecho para efectos de pluralismo jurídico son de dos tipos. Por una parte, esta perspectiva pretende identificar la presencia de distintos “derechos” allí dónde se pueda verificar la presencia de una de sus principales funciones: el control social. Sin embargo, haría falta mostrar por qué es el control social el criterio que permite realizar tal operación y no otras funciones del derecho como la resolución de conflictos, la coordinación de los comportamientos, la seguridad de expectativas, etc. De este modo, el pluralismo jurídico incluye ciertos fenómenos sociales como específicamente “jurídicos”, mientras que excluye a otros sin proporcionar una justificación adecuada (Teubner 1992: 1450; von Benda-Beckmann 2002)¹⁹.

Por otro parte, la segunda dificultad que deben afrontar las aproximaciones funcionalistas, es la existencia de equivalentes o alternativas funcionales, es decir, un fenómeno específico no puede ser definido con base en la función que cumple si, al mismo tiempo, existen otros que desempeñan la misma función. Si la función, por lo tanto, es “mantener el orden social”, el derecho sería indistinguible de otros fenómenos como la religión, la moral o la costumbre que igualmente contribuyen al mismo fin. Sólo en un

¹⁹Representativa de esta identificación del derecho con la función de control social es la definición de PJ realizada por Woodman: “la conclusión debe ser que el derecho cubre una continuidad que va desde las formas más claras del derecho estatal pasando por las formas más vagas de control social informal” (1998: 45).

contexto totalitario se podría suponer o verificar que el derecho estatal regula por sí mismo y absolutamente a la sociedad como un todo (Vanderlinden 1989).

En síntesis, como lo señala Tamanaha: “Todas aquellas definiciones funcionalistas del derecho sufren de dos tipos de dificultades, relacionadas, respectivamente, con cada una de las categorías identificadas arriba. El primer tipo deriva del hecho que muchos fenómenos sociales contribuyen a mantener el orden social (...) y a la imposición institucionalizada de sanciones” (2000: 300-301). El segundo tipo, es que no se ganaría nada en contra de la ideología del monismo jurídico, la cual aceptaría con gusto que en efecto existen distintas formas de control social pero que éstas no son derecho (Von Benda-Beckmann 2002: 51)

Pasando de la crítica al carácter funcionalista de las definiciones del derecho pluralistas, a la crítica del carácter esencialista de las mismas se afirma que pluralismo jurídico, por lo general, asume como criterios para constatar la existencia de un sistema de “derecho” dos fenómenos usualmente relacionados con el derecho estatal. Por una parte, la identificación y aplicación institucionalizada de las normas y, por otra, la presencia de patrones concretos de orden social. A pesar de que existen diferencias relevantes entre cada una de ellas – las normas estatales son positivas y no derivan su validez necesariamente de la aceptación social – el pluralismo jurídico las cobija bajo el mismo manto analítico sin establecer mayores diferencias. Paradójicamente, esta visión tan general y amplia del derecho se funda, a su turno, en una definición restringida y específica del derecho estatal. En efecto, el pluralismo jurídico resalta los aspectos formales y positivistas del derecho oficial en perjuicio de otras aproximaciones que, aún estando dentro del mismo paradigma, se alejan de lo que Griffiths denominó la “ideología del centralismo jurídico”. Incluso aceptando que el monismo sea la forma como lo operadores jurídicos conciben el derecho, la anterior sigue siendo una aproximación a los aspectos internos del derecho estatal y no a sus relaciones posibles con otros cuerpos normativos. Por ello, contundentemente, Tamanaha no duda en aseverar que “parecería que los pluralistas jurídicos han creado un oponente temible y hegemónico – el monismo jurídico – para inflar la importancia de su concepción del pluralismo jurídico” (2006:).

Finalmente, la cuarta arista de la crítica respecto de la definición del derecho pluralista, ésta de orden instrumental, señala la poca utilidad de un concepto de derecho así empleado para los propios intereses de la corriente. Si bien intuitivamente se tendería a creer que en efecto existen otras formas de “derecho” diferentes a la estatal que vale la pena rescatar y estudiar, la ausencia de bases analíticas sólidas y la vaguedad de los conceptos utilizados dificultan más que facilitan la tarea de reivindicarlos. En el caso de los órdenes normativos sociales “el término derecho no debería ser empleado porque el orden normativo que describen – patrones concretos de orden social – se diferencian más que asemejan al derecho estatal. Aunque los pluralistas jurídicos pueden seguir denominando a este fenómeno “derecho”, los beneficios de hacerlo no son obvios” (Tamaña 2006).

3.2 La expansión del dominio jurídico: académicos del derecho, poder y pluralismo jurídico

La segunda objeción importante en contra de la corriente del pluralismo jurídico se refiere a las implicaciones que se desprenden del hecho de denominar como “derecho” a ciertos órdenes normativos, esto es, a las consecuencias que tiene la *apropiación simbólica* que se da cuando un sistema normativo se califica como jurídico (Engle Merry 2006). Roberts (1998), dentro de esta perspectiva, no sólo reitera la carencia de una definición adecuada de los principales términos utilizados por esta corriente – derecho, orden normativo, sistema jurídico – sino que plantea, además, la problemática extensión del discurso jurídico a otras esferas sociales. Mientras que la primera crítica tiene un cariz epistemológico, la objeción de Roberts se dirige concretamente al ejercicio de poder que dicha corriente supone a la hora de analizar la realidad.

Así, para Roberts el pluralismo jurídico es “claramente una criatura de las facultades de derecho; es algo que los abogados académicos hacen, una forma jurídica de ver el mundo social” (1998: 97) que se identifica con sus propios intereses. De este modo, el problema no es la reivindicación de discursos, prácticas y usos anteriormente negados y

subordinados sino su “recuperación dentro del discurso del derecho” (1998: 98). El pluralismo jurídico, en consecuencia, distorsiona el mundo de lo social al dividirlo en distintos segmentos que son clasificados según parámetros que se ajustan a los intereses de la academia jurídica haciendo, de este modo, que el campo de influencia del derecho y sus operadores se extienda a lo largo y ancho del tejido social. Las prácticas subalternas, marginadas y contra hegemónicas son traducidas a un lenguaje específico, el lenguaje del derecho: “Si el proyecto es recuperar los anteriormente “discursos suprimidos”, deberíamos empezar dicho proceso en sus propios términos y no diciéndoles qué es lo que son” (1998: 105).²⁰ Desde este punto de vista, el pluralismo jurídico sería más una estrategia para expandir el campo de influencia del “derecho” y sus operadores que una descripción de una realidad social determinada. Las prácticas sociales que son consideradas por esta corriente como específicamente “jurídicas” bien podrían no serlo desde el punto de vista de los sujetos que los despliegan y, además, no queda claro por qué son reivindicadas de este modo y no bajo otro tipo de discurso como, por ejemplo, la moral o la religión.

En el contexto latinoamericano, el caso del “derecho indígena” es especialmente significativo como muestra de esta expansión del dominio jurídico. Generalmente se da por sentado que las prácticas indígenas constituyen un “verdadero derecho”, antes invisible por la sombra de la dominación y el colonialismo (Sieder 2002: 9). Los esfuerzos de aquellos que adhieren a este postulado se dirigen expresamente a mostrar que las prácticas indígenas son tan derecho como el derecho estatal y por ello buscan desvincular “al campo del derecho indígena de conceptos reduccionistas como la del derecho consuetudinario, o la de acceso a la jurisdicción del Estado” (Gómez 2002: 237). La principal preocupación entonces es (a) definir cuál debe ser el estatus del “derecho indígena” – como derecho autónomo o subordinado – y (b) establecer su fuente de origen, es decir, si es un derecho que se deriva de una concesión estatal o si se trata de un derecho histórico e inherente (Ibíd.: 246-47). Es común encontrar en la mayoría de los trabajos que se inscriben en esta perspectiva, por lo tanto, un rechazo explícito del término “derecho consuetudinario”, el

²⁰ Este mismo tipo de crítica se encuentra en el trabajo de Sieder, para quien “ciertas políticas contemporáneas como el reconocimiento del pluralismo jurídico y la municipalización de hecho han extendido el alcance territorial del Estado. De esta forma, han incrementado su poder, o la habilidad de las élites locales, para intervenir en lo que en muchos aspectos eran esferas indígenas semi autónomas” (Sieder 2002: 8).

cual se asegura “no se emplea tanto para describir el carácter tradicional o repetitivo de un sistema jurídico, sino para calificar o connotar su carácter de subordinación política frente al derecho” (Botero y Jaramillo 2000:58).

Este esfuerzo por demostrar que el derecho indígena es tan derecho como el estatal, se ve más claramente articulado en el trabajo de Correas (1994). Este autor define al derecho indígena como “el conjunto de las normas eficaces en comunidades que contienen, en grado variable, elementos culturales indígenas” (1994:16). Correas utiliza una definición específica de derecho estatal –“conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados” (Ibíd.: 26)- para demostrar que estas mismas características se encuentran presentes en el llamado derecho indígena. Así, la mayoría de las normas indígenas cuentan con un respaldo coercitivo que así no sea el mismo del derecho estatal – la violencia organizada – es ejercido por una suerte de funcionarios indígenas que cumplen las tareas judiciales aunque no estén separados del resto de la comunidad. El análisis anterior le sirve para concluir que si el derecho indígena no es aceptado es “exclusivamente por razones políticas (...) Pero no hay ninguna razón “científica [para hacerlo]” (Ibíd.)²¹. Los problemas que plantea esta aproximación al “derecho indígena” llevan a afirmaciones francamente contradictorias entre los distintos autores que se ocupan de este tema. Así, mientras para Correas el derecho indígena comparte las propiedades esenciales de un verdadero sistema jurídico equiparable al del Estado, Sánchez enfáticamente rechaza tal posibilidad pues considera precisamente que el valor del derecho indígena yace en su total oposición frente al derecho estatal. La clara confusión entre las propiedades del “derecho indígena” queda evidenciada al comparar el argumento de Correas anteriormente expuesto con la siguiente afirmación de Sánchez:

“[Los sistemas jurídicos indígenas) Carecen de principios y reglas orientados a la manera del derecho positivo. No tienen, en consecuencia,

²¹ Igualmente, este es el caso del análisis de Gayosso quien al estudiar la cosmovisión de los Nahuas diseñó un particular método que consistía en “utilizar las instituciones romanas como un marco teórico de referencia para individualizar las figuras indígenas, paralelas o no, y reconstruir la estructura básica de cada una de ellas, lo que me permitió evaluarlas delimitándolas, buscando su justificación social, función, requisitos, formas y efectos” (1992: 74), para concluir que entre los Aztecas existía el parentesco, la familia, etc. Posiblemente, este sea uno de los ejemplos más claros de estudios que se basan en la concepción del derecho como una institución universal, culturalmente hablando

una estructura jerarquizada que los organice y que establezca un orden de prelación estable. Por otra parte, no cuentan con un cuerpo especializado para garantizar la obediencia de la comunidad, pues los dispositivos del poder de control se encuentran dispersos en la sociedad” (2001: 72).

De este modo, parece que la cuestión se convierte en un debate ideológico –y romántico- en el que entran en juego las creencias y mitologías personales de los propios autores sobre lo que creen que es el “derecho indígena” en particular, y los pueblos indígenas en general. Como lo señala Tamanaha, este tipo de aproximación,

“genera confusión al ejercer violencia sobre formas comunes de comprensión. También genera la sospecha de que, desde su base, el pluralismo jurídico implica un ejercicio teórico de re-nombramiento, que transforma la observación sociológica común de que en la vida social hay un pluralismo de ordenes normativos, en la supuestamente novedosa observación de en ella encontramos un pluralismo de ordenes jurídicos” (2000: 298).

4. El futuro de la teoría

Las anteriores críticas a la corriente del pluralismo jurídico pronto propiciaron un significativo debate en torno al futuro de la teoría. Desde la antropología jurídica, pasando por la teoría de los sistemas hasta llegar al pragmatismo jurídico, se han planteado una serie de propuestas que intentan sortear los aparentemente infranqueables obstáculos para el desarrollo de esta corriente. Estas propuestas, en general, buscan crear un modelo analítico que se libere de los problemas en torno a la definición del “derecho” y que, al mismo tiempo, sea adecuado para el análisis comparativo sin caer en el etnocentrismo. El problema que enfrentan los pluralistas jurídicos para superar esta objeción, en nuestra opinión, es que el argumento que llama la atención sobre el “etnocentrismo” imposibilita cualquier análisis comparativo. El caso del derecho es sólo un ejemplo de los muchos que se pueden encontrar en este aspecto. Si se considera que es etnocéntrico sostener que todas las sociedades pueden tener derecho porque la sociedad de la que proviene el observador la tiene, lo mismo ocurriría para otros campos de análisis como la religión, la cultura, la economía. El hecho es que ciertas prácticas o acciones sociales son catalogadas de este modo para efectos de explicación, análisis o comparación sin que tal cosa signifique necesariamente que el investigador proyecta los valores de su sociedad en aquella que es

objeto de estudio. A continuación, se expondrán las principales propuestas en torno a la construcción de un nuevo modelo de pluralismo jurídico que escapan de la trampa del etnocentrismo epistemológico.

Uno de los primeros postulados para construir un nuevo modelo de pluralismo jurídico se encuentra en el rechazo de un concepto de “derecho” esencialista. Como se mostró anteriormente, una de las principales objeciones a la teoría del pluralismo jurídico se refiere al hecho de que identifica al derecho con ciertas propiedades específicas como, por ejemplo, la institucionalización, su respaldo en el ejercicio de la fuerza o el desarrollo de una función precisa. Aquellas prácticas normativas en las que se encuentre presente una o más de estas propiedades serían consideradas como “jurídicas” mientras que aquellas que carezcan de tales atributos serían expulsadas del dominio del pluralismo jurídico. Melissaris denomina a este tipo de aproximaciones “empírico-positivas” en la medida en que “aplican criterios formales para identificar los ordenamientos jurídicos no estatales así como sus relaciones con los ordenamientos jurídicos estatales” (2004:59). Un problema adicional es que, como se mencionó anteriormente, estos criterios, por lo general, son tomados de las propiedades del derecho estatal. Además, los conceptos que se basan en el cumplimiento de una función pueden ser muy amplios y al mismo tiempo muy estrechos porque al definir el derecho desde el punto de vista de una función particular excluye lo que muchas personas podrían considerar como derecho (Tamanaha 2000: 312-313).

Un primer paso hacia la construcción de un pluralismo jurídico no esencialista (Tamanaha 2000; MacDonald 1998; MacDonald y Kleinhans 1997) es, pues, la separación del “derecho” de una propiedad, función o característica específica. De hecho, Tamanaha desconfía incluso de la posibilidad misma de construir un “concepto” del derecho en la medida en que todo concepto supone un contenido o una naturaleza precisa. Desde la antropología jurídica, sin embargo, autores como von Benda Beckmann confían en la posibilidad de construir un concepto del derecho “que no esté ligado por definición al Estado y que sea lo suficientemente amplio como para incluir al pluralismo jurídico de manera que éste sea una herramienta sensibilizadora y analíticamente útil” (2002: 40). La cuestión está en desarrollar un concepto de derecho como herramienta heurística o analítica

que permita estudiar la realidad sin que el anterior recurso esté ligado conceptualmente al Estado. Si se considera que analíticamente esto no es posible, se demuestra que se es incapaz de “tomar distancia analítica frente a la ideología dominante” (2002: 55). Von Benda Beckmann asegura que existen variaciones morfológicas que indican las dimensiones empíricas de un concepto del derecho elaborado en este sentido. La definición, por lo tanto, no pretende ajustarse unidimensionalmente a la realidad que pretende explicar sino que permite estudiar sus distintas variaciones empíricas. El modelo señala, de este modo, la “cualidad jurídica” de distintos fenómenos sociales. Las dimensiones morfológicas del derecho incluyen la presencia y alcance de la institucionalización; el grado de diferenciación entre el conocimiento jurídico y el conocimiento cotidiano o de receta; el grado de profesionalización y teorización; el tipo de legitimación; el carácter prescriptivo, facultativo y obligatorio de las normas; la tecnología de transmisión, oral o escrita; su ámbito de validez geográfico o social y por último su contenido.

La separación del “derecho” de su forma estatal, así como su independencia respecto de una función o característica institucional, ha llevado a que el análisis se concentre en el derecho como discurso o como práctica social. Aquí presentaremos dos de las principales versiones de este esfuerzo analítico para construir una teoría del pluralismo jurídico viable. El primer intento en esta dirección se puede encontrar en el trabajo de Gunther Teubner (1992 y 1997 a y b). En su opinión, “se ha comprobado que es inútil buscar un criterio que distinga las normas sociales de las normas jurídicas”. (1997b:13), por lo que en su opinión el análisis debe moverse desde el estudio de las reglas jurídicas a la apreciación de los actos comunicativos y discursivos reclamados como jurídicos. Lo que denomina como el “giro lingüístico” (1992: 1450-1451) supone una transformación en la forma como se entiende y aprecia lo “jurídico”, un cambio desde el análisis de estructura al estudio de los procesos, de la norma a la acción, de la unidad a la diferencia y, para la identificación de “lo propiamente jurídico”, de la función al código. Así, el derecho no se vincularía necesariamente con un centro de producción, con una estructura o una función determinadas ni mucho menos con una jerarquía. Lo importante son las prácticas y los discursos sociales que se desarrollan con base en el código legal/ilegal: “El pluralismo jurídico no es entonces definido ya más como un conjunto de normas sociales en conflicto

dentro de un campo social determinado sino como una multiplicidad de procesos comunicativos diversos que observan la acción social bajo el código binario de lo legal/ilegal” (1450-1451).

En aquellos lugares donde se pueda verificar la existencia de prácticas que se desenvuelven con base en el código binario legal/ilegal estaríamos en presencia de distintas formas de derecho. Algunas de ellas podrían estar vinculadas a un Estado mientras que otras serían formas de derecho sin Estado, sin legislador, sin adjudicación. En opinión de Teubner, “la autoreproducción de la jerarquía del derecho, cuestionada por décadas de crítica jurídica, se rompe efectivamente bajo la presión de la globalización” (1997 a: 772). Las prácticas jurídicas representadas principalmente por la *lex mercatoria* han mostrado que se puede hablar en términos jurídicos sin necesidad de tener como punto de referencia el derecho de un Estado. Serían, en este contexto, los agentes involucrados los que le darían el carácter jurídico a las prácticas y hechos al utilizar el código binario legal/ilegal dentro de un proceso de comunicación: “Las teorías del pluralismo jurídico tendrán que reformular sus conceptos centrales, cambiando su foco de atención de los grupos y comunidades hacia los discursos y las redes comunicativas” (1997b: 7).

El principal aporte de Teubner consiste, por lo tanto, en mostrar que el derecho es una práctica comunicativa y discursiva en la que los participantes codifican sus actos y comportamientos bajo la distinción binaria entre lo legal y lo ilegal. Sin embargo, los críticos de la propuesta de Teubner no tardan en aparecer. Tamanaha, por un lado, afirma que la Teubner no escapa a la perspectiva funcionalista típica de las definiciones pluralistas del derecho. Para Tamanaha, “el acercamiento de Teubner al derecho contiene una tensión basada en el hecho de que él se apoya en el convencionalismo para identificar el derecho – el derecho es lo que la gente codifique como tal – manteniendo al mismo tiempo una mirada a la relación entre el derecho y la sociedad basada en la función” (Tamanaha 2001: 188). Teubner, desde la perspectiva de Tamanaha, sigue aferrado a la idea de que el derecho cumple con funciones relacionadas con el control social, aunque considere que estas características no son suficientes para distinguir al derecho de otros ordenes normativos, y, por tanto, cree necesario acudir al código binario legal/ilegal para lograr este

fin. Tamanaha nos recuerda que el derecho no siempre sirve para ordenar la sociedad. El derecho, como lo muestra su experiencia como asistente del fiscal general en Micronesia, antes que ordenar la sociedad, puede ser una fuente de conflicto o puede ser simplemente un orden normativo que corre paralelo a la realidad de los individuos, un orden que no regula las conductas de los individuos.²²

Roberts, por otro lado, afirma que la propuesta de Teubner no escapa a la objeción etnocentrista. Aunque Teuber argumenta que el código binario legal/ilegal no es propio del derecho oficial o de una cultura en particular (Teubner 1992: 1451), en la práctica éste solo se podría aplicar en sociedades funcionalmente diferenciadas, particularmente en las sociedades industriales y posindustriales. Al respecto se pregunta y responde Roberts, “¿Puede este código tener aplicación fuera de los límites de las sociedades funcionalmente diferenciadas? La pura concepción de legalidad sobre la que descansa la oposición del código parece específica, si no de una cultura particular, al menos de las sociedades funcionalmente diferenciadas” (Roberts 1998:100).

El énfasis que hace Teubner en el derecho como el resultado de una práctica social que es catalogada como tal por sus participantes es desarrollado más extensamente por

²² Al respecto dice Tamanaha, “El derecho en Micronesia era notablemente distinto a lo que yo había aprendido en mi educación jurídica [en Estados Unidos] lo que era y debía ser el derecho...El derecho en Micronesia fue completamente transplantado de los Estados Unidos; aún más la mayoría de los operadores jurídicos, como yo, eramos estadounidenses expatriados. Sus costumbres y valores difícilmente podrían haber sido mas diferentes a los del sistema jurídico y sus normas. Para citar sólo algunos ejemplos, de Yap en particular: ellos tenían un sistema de castas vibrante, sin embargo, el derecho prohibía la discriminación; su cultura tenía una orientación consensual, mientras que el derecho estaba basado en un modelo adversarial; su comprensión de los delitos implicaba una respuesta de la comunidad misma (literalmente), mientras que el Estado insistía en que tenía el monopolio de la aplicación de la fuerza, y en que cualquier reacción directa de la comunidad sería un tipo ilegal de aplicación privada del derecho; la propiedad era una mezcla compleja de derechos de posesión, derechos de uso, consulta sobre el uso y la posesión, y propiedad colectiva que se da simultáneamente con la propiedad del jefe, mientras que las leyes relacionadas con la propiedad y las hipotecas se basaban en nociones del *common law*...; su sistema político era democrático, pero en la mayoría de las elecciones los candidatos no tenían opositores en tanto que la aprobación por parte de los líderes tradicionales era exigida de hecho para todo aquel que quisiera ganar; el derecho estaba escrito en inglés, mientras que muchas personas tenían un manejo rudimentario del mismo y otros ni siquiera lo hablaban; las decisiones de las cortes estaban llenas de argumentos basados en el derecho consuetudinario de los Estados Unidos y en un análisis constitucional que simplemente no tenía paralelo o fundamento en la sociedad de Micronesia; muchas personas no conocían el derecho, y le temían y evitaban; el derecho estatal era una fuerza marginal para mantener el orden social. El derecho en Micronesia era como una presencia extraña que yacía en su centro, mayormente irrelevante, ocupándose de tareas primariamente relacionadas con el funcionamiento del gobierno, entrometiéndose ocasionalmente en sus vidas en varias formas no bienvenidas” (Tamanaha 2001: xi – xii)

Tamanaha y su teoría convencional del derecho. Desde este punto de vista, que constituye el segundo esfuerzo analítico por encontrar una teoría del pluralismo jurídico viable, no se busca construir un “concepto” del derecho abstraído a partir de la experiencia del derecho estatal “sino especificar criterios para la identificación y delimitación del derecho” (Tamanaha 2000: 313).

En lugar de indagar por contenidos específicos, se parte de la noción de que el derecho es una construcción cultural que puede y de hecho se manifiesta de distintas formas. Lo importante es encontrar criterios que permitan identificarlas sin que se privilegie a una de ellas, como sucede con el caso del derecho estatal. Los criterios son juzgados en función de su pertinencia y utilidad. El criterio propuesto por Tamanaha es el siguiente: “El derecho es cualquier cosa que la gente identifique y trate a través de sus prácticas sociales como derecho (o recht, o droit y así sucesivamente)” (2000: 313)²³. En consecuencia, se asegura que existe pluralismo jurídico cuando uno o más tipos de derechos son reconocidos por medio de las prácticas sociales de un grupo en una arena social determinada. En este caso, existiría pluralismo jurídico no en virtud de la presencia de múltiples manifestaciones del mismo “derecho”, sino gracias a la presencia de distintos tipos de “derecho” que pueden contar con diversas propiedades o funciones (2000: 315). Son los grupos y sus prácticas los que le otorgan el carácter jurídico a una norma, hecho o situación. Lo jurídico brotaría de las convenciones sociales y no de una estructura exterior a ellas.

Esta propuesta cuenta con la gran ventaja de que permite analizar el pluralismo jurídico y el pluralismo normativo de manera separada, sin que el primero incluya o se

²³ La solución que parece proponer Benda-Beckmann (2002) es similar, pero desde la antropología jurídica. Asegura que la antropología jurídica no vincula al derecho con el Estado, ni con otro fenómeno social particular. En este sentido, es una posibilidad teórica, un intento dirigido a establecer criterios que permitan distinguir entre distintos fenómenos sociales, aunque también busca construir un concepto que le permita capturar estas “configuraciones jurídicas simples y complejas” sin referencia a una circunstancia empírica concreta. En este sentido, el pluralismo jurídico propugnado por Benda-Beckmann como herramienta analítica también es antiesencialista en la medida en que no vincula su concepto analítico del derecho al cumplimiento de una función precisa ni a una fuente determinada. El derecho, y el pluralismo jurídico, desde la antropología jurídica, serían conceptos analíticos semejantes a “religión”, “parentesco”, etc. Por ello, en principio, no toman como referencia o contenido a una manifestación concreta ni a sus características. Para estudiar por ejemplo la religión no se toma como base la religión católica ni se dice que la religión es la que se encarga del mantenimiento del orden social.

confunda con el segundo. Al separar el “derecho” de una propiedad o una función y estudiarlo desde el punto de vista de convenciones y prácticas sociales, por ejemplo, ciertos sistemas de reglas pueden, en un contexto, no ser catalogados socialmente como “derecho”, mientras que en otros sí. Si la teoría convencional es acertada, las personas envueltas en una práctica social que denominan derecho deberían tener cierta información o conocimiento previo que les permitiera calificar sus propias prácticas de tal forma. La denominan “derecho” y no “religión” por alguna razón. Sin transformar las opiniones subjetivas del participante en un concepto analítico, resulta claro que los individuos deberían contar con un conocimiento sobre las distintas prácticas sociales, lo que suponen, exigen y se puede esperar de ellas, de tal manera que puedan diferenciarlas y ajustar su comportamiento a las expectativas sociales en ellas contenidas.

En todo caso, esta aproximación convencional al derecho y al pluralismo jurídico supone una serie de dificultades. En primer lugar, como lo señala Melissaris, el problema con las aproximaciones convencionales es la relatividad ética y moral que conllevan: “¿Qué pasa cuando los ordenes periféricos, a los que se les ha concedido ó, mas correctamente han asumido un estatus jurídico parecen incorrectos? ¿Pueden ser evaluados a través de un exámen sustantivo de los que es correcto? Al final del día, la discusión vuelve a sí el discurso jurídico está abierto a información que está por fuera de su pedigree y, si este es el caso, hasta que punto lo está” (2004: 69). En segundo lugar, como lo admite Tamanaha, estas formas de aproximarse al problema suponen (1) un debilitamiento del objeto de estudio al no haber un único fenómeno denominado derecho sobre el cual reunir información y (2) al mismo tiempo se amplía el objeto en la medida en que abarca diferentes fenómenos que son catalogados como derecho. Por último, Melissaris plantea la cuestión de quién o quiénes deben considerar un fenómeno determinado como derecho a través de sus prácticas sociales para que éste sea considerado como tal. La respuesta es cualquier grupo, no existen distinciones ni jerarquías entre los centros de producción jurídica. Frente a la pregunta ¿Cuántas personas? Tamanaha responde, “Un umbral mínimo para que califique es si un número de personas suficiente, con suficiente convicción, considera que algo es “derecho” y pone en práctica esta creencia de forma tal que tiene influencia en la arena social” (2000: 319).

Twining también presenta tres serias críticas a la perspectiva defendida por Tamanaha. En primera instancia, señala que el umbral fijado por Tamanaha para determinar quiénes y cuantas personas deben considerar una práctica como jurídica para que sea reconocida como tal, a pesar de las apariencias, sería un umbral notablemente alto para algunas ocasiones de común ocurrencia. Este sería un umbral difícil de alcanzar si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones la naturaleza de la práctica presuntamente “jurídica” está en disputa dentro del grupo social o que ésta puede no ser conocida por la mayoría del grupo (Twining 2003 a: 32). En segunda instancia, afirma que el uso de conceptos que provienen de los miembros de la práctica para el propósito analítico de construir un concepto de derecho puede ser útil como un punto de partida para el ejercicio de realizar comparaciones y generalizaciones interculturales o intergrupales sobre fenómenos jurídicos como las que Tamanaha se propone hacer. Sin embargo, también señala que éstos no serían suficientes. El análisis comparativo y las generalizaciones sobre prácticas sociales necesitan recoger el punto de vista interno de quienes participan en éstas, pero también necesitan un marco conceptual que trascienda las culturas locales (Twining 2003 a : 68).

En tercera instancia, y en estrecha relación con la anterior crítica, se afirma que la propuesta enfrenta difíciles problemas de “traducción” intergrupal o intercultural que hacen aún más evidente la necesidad de un marco analítico externo. El investigador puede encontrar que en la cultura o grupo estudiado hay varios significados para la palabra derecho, que cada una de esos significados es interpretado de varias maneras o que no hay una palabra equivalente para la palabra derecho. El investigador también se enfrenta con el reto de precisar para cual de los múltiples significados de la palabra derecho que existe en su lenguaje – en castellano, por ejemplo, ordenamiento jurídico, derecho subjetivo, derecho objetivo y derecho internacional – está buscando un equivalente en el lenguaje del grupo o la cultura estudiada (Twining 2003 a: 34-5).

Twining, sin embargo, complementa sus críticas a la propuesta analítica de Tamanaha con una propuesta normativa. Desde su punto de vista, el pluralismo jurídico no

es, como usualmente se ha asumido en la literatura, un hecho social incontrovertible. Para Twining, el pluralismo normativo es realmente el hecho social que no admite duda. Nadie discute que los seres humanos son regulados por diversos órdenes normativos. De esta manera, el pluralismo jurídico sería una especie del pluralismo normativo. Consecuentemente, propone que aquellos interesados en la materia se alejen de las poco provechosas discusiones en torno al concepto de derecho y se concentren en el estudio de los distintos órdenes normativos que regulan a los individuos. Igualmente propone, que los criterios para diferenciar lo jurídico de otros órdenes normativos queden sin precisar de manera que estos puedan ser determinados en los distintos contextos de investigación (Twining 2003 a: 65).

Las ventajas de este tipo de aproximación son, para Twining, claras. Afirma que esta perspectiva permitiría neutralizar las miradas escepticas de la mayor parte de los abogados cuando oyen los vocablos “pluralismo jurídico” y neutralizar el escepticismo de partida que esta mirada genera frente al trabajo que se realiza sobre la materia. Ningún abogado se atrevería a cuestionar la existencia del pluralismo normativo. Señala también que el pluralismo normativo, como corriente de pensamiento, se podría nutrir de la rica tradición teórica que existe en torno a las normas y los sistemas normativos para comprender sus objetos de estudio y los retos que éstos generan. Ahora bien, Twining mismo reconoce que su propuesta tiene que enfrentar una serie de preguntas difíciles para lograr consolidarse como una alternativa interesante de investigación, por ejemplo, ¿Hasta qué punto aceptar el pluralismo normativo está relacionado con el punto de vista desde el cual se mira el problema? ¿Pueden las normas existir por fuera de un orden normativo? y ¿Si los ordenes normativos están en constante cambio, como podemos realizar análisis comparativos y hablar de las relaciones que existen entre ellos? (Twining 2003 a: 65).

En síntesis, el futuro de la teoría del pluralismo jurídico pasa por considerar que el derecho es una práctica discursiva y cognitiva que puede adoptar distintas formas y que puede estar presente en distintos espacios. Con el paso del análisis de los sistemas jurídicos al estudio de los discursos jurídicos (Melissaris 2004: 75) se abandona el énfasis en las propiedades estructurales o en las funciones de un sistema para concentrarse en el estudio

de los discursos y prácticas que se definen a sí mismos como jurídicos. En este contexto, no sería el observador externo el que definiría una práctica como jurídica sino las personas que participan y que orientan su comportamiento con base en ella. En este estado de cosas, el estudio de la noción de “sujetos jurídicos” resulta fundamental (Kleinhamms y Macdonald 1997). Para ponerlo en palabras de Foucault, existiría un número inmenso de discursos jurídicos dominados, sometidos y excluidos por el discurso dominante del derecho estatal (2005). Estos discursos serían considerados no-jurídicos no porque sus practicantes no los utilicen en este sentido, sino en virtud de una exclusión y jerarquización de los discursos. Un discurso específico se convierte en el único posible gracias al sometimiento y exclusión de los demás discursos. En consecuencia, si se toma en serio esta postura, el análisis del pluralismo jurídico como coexistencia de distintos discursos jurídicos obliga a “darle una voz a esos discursos de manera que puedan explicarse ellos mismo sin la intervención distorsionadora de un observador distante” (Melissaris 2004: 58-59). El pluralismo jurídico se convierte así en un análisis casi genealógico del discurso y nos obligaría a trazar la ruta que une el nacimiento del “derecho” con su preponderancia en el presente, tarea que Monateri (2006) ha emprendido fructíferamente en su análisis genealógico del derecho romano. Lo que esto implica, sin embargo, aún no está claro. Como no lo están tampoco las ventajas de dejar a un lado el discurso sobre el pluralismo jurídico y concentrarse en el hecho social incontrovertible del pluralismo normativo.

Bibliografía

An-Na'im, Abdullahi (1992). “Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, pp. 19-43, en: Abdullahi A. An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-cultural Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Anghie, Anthony (1999). "Francisco Vitoria and the Colonial origins of International Law", pp. 89-107, en: Eve Darian Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*. University of Michigan Press.

Agamben, Giorgio (2003). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Madrid: Pre-textos.

Aguilera, Mario (2001). "Justicia guerrillera y población civil: 1964-1999", pp. 389-422, en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (eds.), *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, ICANH, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.

Arnaud, André (1995). "Legal pluralism and the building of Europe", pp. 149- 169, en: Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.

Baber, Zaheer (2001). "Colonizing nature: scientific knowledge, colonial power and the incorporation of India into the modern world-system", *British Journal of Sociology Vol 52(1)*: 37-58.

Borah, Woodrow (1996). *El Juzgado General de Indias en la Nueva España*. México: F.C.E.

Brown, Mark (2002). "The politics of penal excess and the echoe of colonial penalty", *Punishment and Society Vol 4(4)*: 403-423.

Clavero, Bartolomé (1994). *Derecho Indígena y Cultura Constitucional*. México: Siglo XXI.

Castro-Gómez, Santiago (2003). "Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la "invención del otro", pp. 145-161, en: Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.

Chiba, Masaji (1985). "The Channel of Official Law to Unofficial Law in Japan", pp. 207-216, en: Anthony Allot y Gordon Woodman (eds.), *Peoples' Law and State Law: The Bellagio Papers*. Forist Publications, Dordrecht.

_____ (1995). "Legal pluralism in mind: A non western view", pp 71-83 en: Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.

_____ (1989). *Legal Pluralism: Toward a general theory through Japanese culture*. Japón: Tokay University Press.

_____ (1998). "The Intermediate Variable of Legal Concepts", en *Journal Of Legal Pluralism 41*: 131-143.

Correas, Oscar (1994). "La teoría general del derecho frente al derecho indígena", *Crítica Jurídica* 14: 15-31.

Cotterrell, Roger (1983). "The Sociological Concept of Law", *Journal of Law & Society*, 10(2): 241-255.

_____ (2001). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Derrida, Jacques (2002). *Fuerza de Ley. El "fundamento místico de la autoridad"*. Madrid: Tecnos.

Ehrlich, Eugen (2005). "Sociología y Jurisprudencia", pp. 89-107, en: Eugen Ehrlich, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.

Escobar, Arturo (1999). *El final del salvaje: Naturaleza, Cultura y Política en la Antropología contemporánea*. Bogotá: ICAN-CEREC.

Fitzpatrick, Peter (1983). "Marxism and Legal Pluralism", *Australian Journal of Law & Society*, 1(2): 45-59.

_____ (1993). "Law's Infamy", pp. 27-50, en Sammy Adelman y Abdul Paliwala (eds.), *Law and Crisis in the Third World*. Melbourne : Hans Zell Publishers.

Foucault, Michel (1991). *Historia de la Sexualidad. I La voluntad de saber*. Bogotá: Siglo XXI editores de Colombia.

_____ (1992). *Genealogía del Racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid: Las ediciones de la piqueta.

_____ (2006). *El orden del discurso*. Barcelona: Fábula Tusquets Editores.

García, Mauricio y Rodríguez, César (2003). "Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", pp. 15-66 en: Mauricio García y César Rodríguez (eds.), *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional.

Gómez, Gabriel (2001). "Justicia comunitaria en zonas urbanas", pp. 217-273, en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (eds.), *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, ICANH, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.

Gómez, Magdalena (2002). "Derechos Indígenas y Constitucionalidad", pp.235-277, en: *Antropología Jurídica: Perspectivas Socio-Culturales en el estudio del Derecho*. México, Anthropos-UNAM.

Griffiths, Jhon (1995). "Four Laws of Interaction in circumstances of Legal Pluralism: First steps toward a explanatory theory", pp. 217-227, en: Anthony Allot y Gordon Woodman (eds.), *Peoples' Law and State Law: The Bellangio Papers*. Forist Publications, Dordrecht.

Geertz, Clifford (1994). *Conocimiento local*. Barcelona: Paidós.

Hoekema, André (2002). "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El Otro Derecho* 26-27: 63-98.

Hobbes Thomas (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Editorial Lozada.

Kelsen Hans (1970). *Teoría general del Estado*. México: Editorial Nacional.

_____ (1979). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Lander, Edgardo (2003). "Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos", pp. 11-40, en: Edgardo Lander (comp.) *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.

Locke John (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Espasa Calpe.

Malinowski, Bronislaw (1969). *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Barcelona: Ariel.

Molano, Alfredo (2001). "Justicia guerrillera", pp. 331-388, en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (eds.), *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, ICANH, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.

Monateri, P.G. (2006). "Gayo el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", pp. 95-216, en: P.G. Monateri y Geoffrey Samuel, *La Invención del Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Moore Sally Falk (1978). *Law as a Process*. Boston: Routledge and Kegan Paul.

Nina, Daniel y Wilfred Schärf (2001). "Introduction: The Other Law?", pp. 1-13 en: Daniel Nina y Wilfred Schärf (eds.), *The Other Law: Non-State Ordering in South Africa*. Cape Town : Juta Press.

Kennedy, Duncan (1997). *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard university Press.

Kleinhans Martha-Marie y Macdonald Roderick (1997). "What is Critical Legal Pluralism?", *Canadian Journal of Law and Society*, 12(2): 25-46.

Macdonald, Roderick (1998). "Metaphors of multiplicity: Civil society, regimes and legal pluralism", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15(1): 69-91.

Melissaris, Emmanuel (2004). "The more the merrier? A new take on legal pluralism", *Social & Legal Studies*, 13(1): 57-79.

Mudimbe, Valentin (1988). *The invention of Africa. Gnosis, philosophy and the order of knowledge*. Bloomington: Indiana University Press.

Oliveira, Luciano (2003). "Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil: notas para un balance", pp. 199-221, en: Mauricio García y César Rodríguez (eds.), *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional.

Palacio, Germán (1993). *Pluralismo Jurídico*. Universidad Nacional: Bogotá.

Panikkar, R. (1992). "Is the notion of Human Rights a Western Concept?", pp. 387-414, en: Peter Sack y Jonathan Aleck (eds.), *Law and Anthropology*. Hong Kong: Dartmouth.

Perafán, Carlos, Azcárate Luis y Hildur Zea (2000). *Sistemas jurídicos Tukano, chamí, guambiano, sikuani*. Bogotá: Ministerio de Cultura, ICANH, Colciencias.

Pospisil, Leopold (1971). "Kapauku Papuans and Their Law", *Yale University Publications in Anthropology* 54.

_____ (1979). "Legally Induced Culture Change in New Guinea", pp. 127-145, en: Burman, Sandra y Barbara Harrel (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.

Roberts, Simon (1998), "Against Legal Pluralism. Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain", *Journal of Legal Pluralism* 42: 95-106.

Sack, Peter (1998). "Law, language, culture, verbal acrobatics and social technology", *Journal of Legal Pluralism* 41: 15-35.

Sieder, Rachel (2002)- "Introduction", en Rachel Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin America*. Palgrave, Macmillan.

Salamone (1987). "The social construction of colonial reality", *Journal of Legal Pluralism* 25-26: 47-70.

Sanchez Botero Esther e Isabel Jaramillo (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Sánchez, Beatriz (2001). "El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena", pp. 5-142, en: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García

(eds.), *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, ICANH, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.

Santos, Boaventura (1987). "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 13(3): 279-302.

_____ (1991). *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA.

_____ (1995). *Towards a New Common Sense*. New York: Routledge.

_____ (1998). *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.

_____ (2002). "Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos", *El Otro Derecho* 28:59-85 .

Sinha, Surya Prakash (1995). "Legal Polycentricity", pp. 31-69, en Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.

Stavenhagen, Rodolfo (2002). "Indigenous Peoples and the State in Latin-America: An ongoing debate", pp. 24-44, en: Rachel Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin America*. Palgrave: McMillan.

Tamanaha, Brian (2000). "A Non-Essentialist Versión of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, 2: 296-321.

_____ (2001). *A General Jurisprudence of Law and Society*. New York: Oxford University Press.

_____ (2006). "La insensatez del concepto "científico social" del pluralismo jurídico"

Teubner, Gunther (1992). "The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism", *Cardozo Law Review*, 13: 1143-1462.

_____ (1997a). "The King's Many Bodies: The Self - Deconstruction of Law's Hierarchy", *Law & Society Review*, 31(4): 763-787.

_____ (1997b). "Global Bukowina": Legal Pluralism in the World Society", pp. 3-28, en: Gunther Teubner (ed.). *Global Law without a State*. England: Aldershot.

Todorov, Tzvetan (1989). *La Conquista de America: El problema del Otro*. México: Siglo XXI.

Twining, William (2003 a). "A Post-Westphalian Conception of Law: Brian Tamanaha. A General Jurisprudence of Law and Society", *Law and Society Review* 37: 199-257.

_____ (2003 b). *Derecho y Globalización*. Bogota: Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Van Cott, Donna Lee (2000). "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia". *Journal of Latinamerican Studies*, 32: 207-234.

Vanderlinden, Jacques (1989). "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later", *Journal of Legal Pluralism*, 28: 149-157.

von Benda-Beckmann, Franz (2002). "Who's Afraid of Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 47: 37-83.

Woodman, Gordon (1985). "Customary Law, State Courts and the notion of institutionalization of norms in Ghana and Nigeria", pp. 143-163, en Anthony Allot y Gordon Woodman (Eds.), *Peoples' Law and State Law: The Bellangio Papers*. Dordrecht-

_____ (1998). "Ideological combat and social observation. Recent debate about Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism* 42: 21- 59.

Young, Robert (2001). *Postcolonialism: An Historical Introduction*. Oxford: Blackwell Publishing.

Yrigoyen, Raquel (2001). "Judicial Treatment of Cultural Diversity and the Special Jurisdiction in Perú", *Beyond Law*, 7 (23): 195-221 .