

LOS ORÍGENES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *¿Orden o sistema jurídico?* III. *Del monismo al pluralismo*. IV. *Algunos antecedentes doctrinales del pluralismo jurídico*. V. *Consideraciones finales*.

I. PREÁMBULO

Durante mi estancia como técnico académico en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad en 1994, tuve el honor de colaborar y conocer a la maestra Marta Morineau Iduarte. Desde el primer día que me incorporé a la Biblioteca, luego de una estancia de un año en la secretaría académica, tuve un recibimiento cordial y lleno de afecto. Inmediatamente me di cuenta que estaba frente a un gran ser humano, tanto a nivel académico, por su extraordinaria cultura jurídica, como a nivel personal, pues es difícil encontrar seres buenos en la vida, y la maestra Marta era una buena mujer.

Cuando la maestra Marta dejó la coordinación de la Biblioteca, no fue obstáculo para continuar fomentando nuestra amistad. Era un placer escuchar a una mujer inteligente y buena. Su comportamiento bondadoso invitaba a ser bueno, por lo que siempre tengo presente su ejemplo en cada uno de mis actos. Su disposición a compartir su conocimiento originó que me atreviera a escribir mi primer artículo, “La neorromanización del derecho socialista”, el cual contó con la lectura afortunada de la maestra Marta, lo que permitió darle calidad al mismo, gracias a sus generosos comentarios.

Tampoco fue obstáculo para interrumpir nuestra amistad, los casi cinco años de mi doctorado en Europa. Recuerdo que a la distancia intercambiábamos correspondencia, lo que hizo posible conocer y lamentar el fallecimiento de su esposo, el maestro Román Iglesias.

Cuando regresé de París, retomamos nuestras conversaciones como si hubiera sido ayer el último día que platicamos. La amistad, el cariño y el respecto intelectual que me despertaba la maestra Marta, fomentaba nuestras afinidades. Compartir intereses intelectuales me permitió tener el honor de participar en el comité tutorial de su doctorado en derecho, junto con Nuria González Martín y Manuel Becerra.

El lunes previo a su fallecimiento, tuvimos nuestra última conversación. Ese día quedamos en vernos el jueves en reunión de comité tutorial, así como para desayunar un sábado con un amigo pintor, que quería presentarme, pues yo le hablé de la posibilidad de establecer contacto con la Galería Yvonamor Palix. Desafortunadamente el jueves 7 de octubre de 2004 ya no nos pudimos ver.

La obra que ahora se presenta en homenaje a nuestra querida Maestra Marta Morineau Iduarte, es un merecido tributo que nos permitirá tenerla presente, a pesar de que físicamente ya no se encuentre con nosotros, su obra permanecerá.

El presente artículo busca señalar algunos de los antecedentes del pluralismo jurídico, no sin dejar de señalar la dificultad que implica definir un sistema jurídico (II), así como la visión monista y pluralista que se puede tener del mismo (III), que constituye el punto de partida de las elaboraciones teóricas sobre el pluralismo jurídico (IV).

II. ¿ORDEN O SISTEMA JURÍDICO?

La idea de orden ha sido ampliamente utilizada en las ciencias sociales. Hegel sostenía que el devenir humano debía entenderse como un movimiento del desorden a etapas superiores de orden.¹ Por su parte, la ciencia política vincula la idea de orden con el mantenimiento de la estabilidad.²

La ciencia jurídica suele utilizar las nociones de orden jurídico y de sistema jurídico, señalando diferencias o presentándolas de manera indistinta. Santi Romano señala que el ordenamiento jurídico es más que un sistema de normas que se enlazan lógicamente. El ordenamiento jurídico

¹ Hegel, Guillermo Federico, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1946, pp. 120 y ss.

² “Ordre”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Arnaud (coord.), París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1988, pp. 278 y ss.

no es una simple reunión de normas sino la entidad creada por tales normas, ente con vida independiente.³

Kelsen distinguió entre órdenes y sistemas jurídicos señalando que los primeros tenían como característica ser consistentes; en el orden jurídico el caos se convierte en cosmos y “la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos... se convierte en un sistema unitario y consistente”.⁴ Kelsen joven señaló que “dos normas que por su significación son contradictorias y que, por ende, se excluyen recíprocamente desde el punto de vista lógico, no pueden ser consideradas a un mismo tiempo como válidas”,⁵ posteriormente señaló que dentro de un mismo sistema legal “no se puede dudar de que existan conflictos entre normas”, y que la única forma de solucionar dicho conflicto es mediante principios del derecho positivo, no de lógica.⁶

Bulygin, Moreso y Navarro distinguen entre sistema legal y orden legal, en donde el primero es un conjunto de disposiciones jurídicas que forman un todo en un momento en el tiempo, mientras que el orden legal es la secuencia de los sistemas jurídicos en el tiempo.⁷

Las anteriores nociones muestran que no existe uniformidad en la doctrina en relación con la noción de orden o sistema jurídico. La claridad de uno o de otro dependerá de que no se le otorgue una carga sociológica. Por nuestra parte, nos limitaremos a señalar que la noción de sistema u orden jurídico presupone la reunión de al menos tres elementos: conjunto, organización y estructura⁸ o en términos de Hart presupone la existencia de reglas primarias y secundarias,⁹ las cuales se pueden caracterizar por el ideal de autoridad.¹⁰ Los rubros que integran la teoría del sistema jurídico,

³ Romano, Santi, *L'ordenamento giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1951, pp. 13, 19, 25-27.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1991, p. 85.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 446.

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, pp. 131 y 133.

⁷ Bulygin, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1991, p. 259; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, “The Reception of Norms and Open Legal Systems”, en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Paulson (ed.), Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 227.

⁸ Von de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, PUF, 1988, p. 25.

⁹ H. L. A., Hart, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

¹⁰ Autoridad, que no se caracteriza por la fuerza, sino por dos elementos fundamentales, la *legitimidad* —el ideal de todo sistema jurídico— que debe entenderse como autori-

pretenden resolver cuatro problemas: existencia, identidad, estructura, y contenido:¹¹

1) *El problema de existencia*: Los juristas distinguen entre órdenes jurídicos existentes y aquellos que han dejado de existir (el derecho visigodo). Los juristas dicen, por ejemplo, que el orden jurídico francés existe en Francia, no en Dinamarca; igualmente dicen que el orden jurídico mexicano de nuestros días es diferente del que existió en México durante la Colonia. Uno de los objetos de una teoría del orden jurídico, es precisamente, proporcionar precisamente los criterios que nos permiten determinar la verdad o falsedad de tales enunciados. 2) *El problema de identidad*. ¿Cuáles son los criterios que nos permiten determinar qué entidades forman un orden jurídico? ¿A qué orden jurídico pertenece una entidad dada? 3) *El problema de la estructura*. ¿Hay una estructura común a todos los sistemas jurídicos? ¿Existen patrones de relaciones entre las entidades de un mismo sistema que, de manera recurrente, se den en todo sistema jurídico? 4) *El problema de contenido*. ¿Hay algunas entidades que, de una u otra manera, se presenten en todos los sistemas jurídicos o en tipos de sistemas? ¿Hay algún contenido común para todo sistema jurídico?¹²

Sin embargo, en el presente estudio, no se pretende profundizar en los anteriores presupuestos ya que la noción de sistema u orden jurídico y la

dad legítima, y su autoridad de *facto*. Raz explica el concepto de autoridad a través de tres tesis normativas: a) Tesis de la dependencia. Todas las directivas de las autoridades deben basarse, entre otras cosas, en razones que se aplican a los sujetos de esas directivas y que giran en torno a las circunstancias cubiertas por dichas directivas. b) Tesis normal de justificación. La manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que es más probable que el sujeto que cumple con las razones que se aplican (que no son las de autoridad) acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativas, e intenta seguirlas, en lugar de que dicho sujeto intente seguir las razones que se le aplican directamente, y c) Tesis de la prevención. El hecho de que una autoridad exija llevar a cabo una acción, es una razón para actuar en correspondencia, razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer; dichas razones, producto de la directiva, replazan a algunas de las otras razones. Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 214. Citado por Vega, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, p. 719.

¹¹ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 1 y 2.

¹² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 3a. ed., México, UNAM, 1989, p. 264.

posibilidad del pluralismo, depende, en el fondo, de lo que se entienda por dichas nociones. Sin entrar a dicha discusión, sólo se busca acercarnos al nacimiento del pluralismo jurídico.

III. DEL MONISMO AL PLURALISMO

Para autores como Kelsen, “nadie puede servir a dos señores”,¹³ por lo que una construcción monista del derecho resultaba inevitable.¹⁴ La concepción monista del derecho parte de la idea de que el derecho sólo existe en la forma de un sistema único y universal:

O bien el sistema jurídico global toma en cuenta los fenómenos jurídicos descritos como constituyendo otro derecho...quedando la unidad restaurada por medio de este sistema global que asume el conjunto o bien los fenómenos del pretendido derecho diferente quedan fuera, no integrados en el sistema, en estado salvaje, y no pueden ser calificados como auténtico derecho, siendo considerados, todo lo más como sub-derecho.¹⁵

Una visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como derecho. Sin embargo, un sistema jurídico no se identifica necesariamente con un conjunto ordenado y estructurado de normas estatales. Las normas son o pueden ser una parte del sistema jurídico, pero éste no se acaba sólo en las normas.¹⁶

Por pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite una coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente de sistemas jurídicos estatales (unitarios y federales) y, por tanto, de un pluralismo estatal o nacional. Una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente, tales como

¹³ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, 2a. ed., p. 431.

¹⁴ *Ibidem*, p. 436.

¹⁵ Carbonnier, Jean, *Sociologie du droit*, París, Librairie Armand Colin, 1972, p. 24.

¹⁶ Romano, Santi, *L'ordre juridique*, París, Dalloz, 1975, p. 15.

los sistemas jurídicos supra-nacionales (orden jurídico internacional), los sistemas jurídicos infra-estatales (órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (orden perteneciente a sociedades comerciales, orden eclesiásticos, etcétera).¹⁷

Algunos autores han sostenido que la polémica entre monistas y pluralistas en el sentido si el derecho deriva solamente del Estado o si deriva de grupos sociales diferentes al Estado, es principalmente un problema semántico. Para Bobbio, las definiciones de los términos científicos son convencionales. Nadie tiene el monopolio de la palabra “derecho”. Esta palabra puede ser utilizada en un sentido largo o limitado, según las oportunidades, donde el único juez es el científico mismo. Aquel que afirma que el derecho solamente es de origen estatal, utiliza la palabra “derecho” en un sentido muy restringido. Aquel que considera que el derecho también es eso que existe en el seno de una sociedad de delincuentes utiliza la palabra “derecho” en un sentido largo.¹⁸ Bobbio considera que no existe una definición verdadera o falsa, más bien definiciones más o menos oportunas. Una definición larga del derecho parece más oportuna, porque si limitamos el sentido de la palabra “derecho” sólo a las normas estatales, se va en contra del uso lingüístico general que califica “derecho” también al derecho internacional o al derecho canónico.¹⁹ Estos dos ejemplos pueden considerarse acertados, sin embargo el uso de la palabra derecho nunca puede ser demasiado amplio, ya que en una sociedad de ladrones no se puede considerar que exista derecho, en la medida en que las “normas” establecidas por dicha sociedad no responden al ideal de autoridad y legitimidad que debe caracterizar a toda norma jurídica.

IV. ALGUNOS ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL PLURALISMO JURÍDICO

Resulta difícil reconstruir los antecedentes doctrinales del pluralismo jurídico, sin embargo, se pueden identificar algunos autores paradigmáticos con contribuciones originales (Eugen Ehrlich, Santi Romano, Jean Carbonnier, André-Jean Arnaud y Norberto Bobbio) que nos permiten entender el nacimiento de una visión pluralista del derecho.

¹⁷ Von de Kerchove, Michel y Ost, François, *op. cit.*, nota 8, p. 163.

¹⁸ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 11.

¹⁹ *Idem.*

1. *Eugen Ehrlich y la ficción de la unidad del orden jurídico*

Eugen Ehrlich fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Ehrlich señaló el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma. Existe un derecho viviente que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, particularmente la observación directa de la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el derecho e incluso condenados por el derecho.²⁰

El derecho no es necesariamente un producto del Estado, la parte más grande del derecho tiene su origen en la sociedad, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, la propiedad, el contrato, las sucesiones, etcétera. Es falso considerar que esas instituciones legales han sido introducidas por medio de normas jurídicas o de leyes. La legislación que reglamenta esas instituciones presupone la existencia de ciertos elementos de hecho como el matrimonio o la familia, de tal suerte que se puede afirmar que la norma jurídica está condicionada por la sociedad.²¹

El derecho, por su naturaleza, es un orden interno de relaciones sociales, o mejor, una organización de grupos sociales, es decir, un conjunto de reglas que determinan la posición y la función de los individuos miembros del grupo y más particularmente la condición de dominación o de subordinación de éstos y las tareas asignadas en el seno del grupo.

²⁰ Ehrlich, Eugène, *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Munich y Leipzig, 1913, pp. 2 y 3, citado por Treves, Renato, *Sociologie du droit*, París, P.U.F., p. 108, y Ehrlich, Eugène, “La norme juridique est une règle sociale parmi d’autres (extrait de Ehrlich, Eugène, *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Munich et Leipzig, 1913, pp. 31-33)”, del libro colectivo, Grzegorzcyk, Christophe, Michaut, Françoise et Troper, Michel, *Le positivisme juridique*, París, LGDJ, 1993, pp. 103-105.

²¹ Ehrlich, Eugène, “La sociologia del diritto”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1992, pp. 102-107. Citado por Treves, Renato, *Sociologie du droit*, cit., nota 10, pp. 108 y 109.

2. *Santi Romano y el nacimiento de la noción de pluralismo jurídico*

El jurista italiano Santi Romano ha desempeñado un papel incontestable en la discusión sobre la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos. Romano ha señalado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Pero la vida social, más imperiosa y fuerte que el derecho estatal, ha edificado, paralelamente y en ocasiones en oposición al Estado, una serie de órdenes parciales, en el seno de los cuales, sus relaciones pueden extenderse en condiciones más convenientes. Se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.²²

Santi Romano considera que el derecho no debe ser pensado solamente a partir de la noción de norma jurídica, ya que pueden existir órdenes jurídicos sin normas en donde el juez, encargado de impartir justicia, propone él mismo las normas. En fin, Romano señala que el derecho no implica necesariamente una sanción y que la licitud así como la juridicidad de un sistema deben ser estudiadas en función del sistema jurídico mismo y no en relación con otro u otros sistemas.²³

Actualmente, el derecho positivo no está en condiciones de decidir por sí solo el carácter jurídico de otros órdenes sociales. La opinión contraria toma parte de argumentos históricamente verdaderos, pero que ya no son del todo aplicables actualmente. Si en un momento dado el Estado monopolizó la creación de la norma jurídica, sostiene Santi Romano, no estamos lejos de asistir a un proceso inverso. A lo que se llama la crisis del Estado moderno implica precisamente que un gran número de grupos sociales tienden a construirse cada uno una esfera jurídica independiente.²⁴

Santi Romano estableció que los sistemas jurídicos pueden tener elementos que sean diferentes, pero que no necesariamente se destruyan o

²² Romano, Santi, *L'ordre juridique*, cit., nota 16, p. 148.

²³ *Ibidem*, pp. 7-16 y 99.

²⁴ *Ibidem*, p. 148.

debiliten su carácter jurídico. Cada sistema es independiente y posee una autonomía propia, de manera que cada uno dentro de su esfera se desarrolla libremente. Asimismo la falta de reconocimiento de un sistema por otro no lo hace menos irrelevante. Cada uno opera dentro de su propio espacio y su fortaleza la obtiene de sí mismo y de sus características intrínsecas. Quizás el gran problema de Santi Romano fue considerar a las organizaciones delictivas como organizaciones, y en tal sentido como un posible orden, ya que si bien organizadas y con reglas de funcionamiento, carecen de legitimidad y de autoridad.

No obstante el carácter un tanto sociológico de la teoría institucional del derecho de Santi Romano —pluralidad de sistemas jurídicos— tiene el mérito de haber amplificado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado. Haciendo del derecho un fenómeno social y considerando la organización como un criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica esta teoría ha aportado un análisis nuevo, ya que rompió con el círculo cerrado de la teoría estatista que identificaba los límites de lo jurídico, con los límites del Estado.

3. *Gurvitch y el pluralismo jurídico*

Según Georges Gurvitch el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados modernos, entre el siglo XV y el siglo XIX.²⁵ Sin embargo, el poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino también en numerosas entidades independientes a él. La ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho.²⁶

El principio del pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, según Gurvitch, en la teoría de los hechos normativos, es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que les sirve de fundamento.

²⁵ Carbonnier, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, LGDJ, 1992, p. 17.

²⁶ Gurvitch, Georges, *L'idée du droit social; notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, París, Sirey, 1932.

Actualmente, la diversidad ha invadido al mundo jurídico. En las sociedades industrializadas se observan innumerables centros generadores de derecho, innumerables centros autónomos de derecho que vienen a rivalizar con el centro estatal. Es necesario admitir que en un territorio determinado, conviven una pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infraestatales o supraestatales.

4. *Jean Carbonnier y los fenómenos de pluralismo jurídico*

Para Carbonnier no existe un pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico. Fenómenos múltiples, salientes de categoría diversas y concurrentes del derecho estatal. Los fenómenos de pluralismo jurídico pueden ser colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos.²⁷ Carbonnier también ha señalado que el pluralismo se podría encontrar más allá de los hechos, si en lugar de confrontar reglas, se confrontan diferentes maneras de aplicar una regla. De tal forma que la existencia de muchos jueces en el seno de un sistema jurídico puede engendrar fenómenos de pluralismo jurídico.²⁸

El derecho no cubre completamente el espacio humano. Hay ciertamente vacíos de derecho en el seno de las sociedades. Al lado del derecho, existe un no-derecho (*non-droit*). El no derecho es la ausencia de derecho en un cierto número de relaciones humanas donde el derecho tendría vocación teórica de existir. El no-derecho no es un vacío absoluto de derecho, sino una baja más o menos considerable de la presión jurídica. Lo esencial de la hipótesis de no-derecho es el movimiento del derecho al no-derecho, el abandono, por el derecho, de un espacio que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocuparlo. El no-derecho es el retiro o el repliegue del derecho. Los fenómenos de no-derecho son los mecanismos por los cuales el derecho se retira. De esta manera, se puede reconocer un no-derecho por autolimitación del derecho, un no-derecho por autoneutralización del derecho y un no-derecho por resistencia del hecho al derecho.²⁹

²⁷ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, nota 25, p. 18, y Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, París, P.U.F., 1994, pp. 358 y 359.

²⁸ Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, p. 361.

²⁹ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, nota 25, pp. 24-29.

5. *André-Jean Arnaud y el infra-derecho*

Para André-Jean Arnaud la hipótesis de pluralismo jurídico sólo tiene sentido cuando los fenómenos que constituyen un conjunto de reglas contrarias, no son consideradas por el sistema jurídico ni integradas a él. No obstante se plantea la pregunta si esas reglas contrarias merecen la calificación de “derecho”. Se les puede calificar como infra-jurídicas. Sin embargo, infra-derecho no es derecho. El pluralismo jurídico se podría encontrar más allá de los hechos, dejando de oponer reglas entre sí, se opone, para una misma regla, maneras diferentes de aplicarla. Por lo que el pluralismo jurídico se encontraría a nivel de la jurisprudencia.³⁰

Aunque se puede hablar de infra-derecho como todo aquello que no siendo derecho en un sentido positivista, participa no obstante en el fenómeno jurídico *lato sensu*. El problema de la creación de la norma jurídica regresa el problema de las relaciones que entretienen los individuos y los grupos sociales con las normas y los valores jurídicos. Habrá así un encuentro de las nociones de antes-de-decir-derecho (*avant dire-droit*) y de infra-derecho. En fin, a una teoría de *avant-dire-droit*, iniciada por una exploración metódica del infra-derecho.³¹

Se puede hablar de una zona de infra-derecho que constituye un lugar de enfrentamiento entre el derecho espontáneo y el derecho impuesto. A este título se desprende un campo de transformación permanente de uno sobre el otro. Se trata de una verdadera dialéctica dentro de los sistemas jurídicos.³²

6. *Boanaventura y el pluralismo cultural*

Cuando se habla de la noción de pluralismo jurídico cultural, se está frente a la idea de que el discurso jurídico es el reflejo de una cultura determinada, por ejemplo la cultura occidental tiene un discurso jurídico producto de su cultura. Se trata sólo de un discurso jurídico de entre tantos existentes, si bien cierto, dominante y hegemónico.³³

³⁰ Arnaud, André-Jean, *Critique de la Raison Juridique. 1. Où va la Sociologie Juridique*, París, L.G.D.J., 1981, p. 214.

³¹ *Ibidem*, p. 325.

³² Von de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., nota 8, pp. 166-168.

³³ Sousa Santos, Boanaventura de, “Droit: une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit”, *Droit et Société*, núm. 10, París, 1988, p. 383.

Un discurso jurídico, perteneciente a una cultura, no debería ser impuesto a otras sociedades —léase culturas— por muy racional y universal que pretenda ser. Aunque tales culturas pueden adoptar una tradición jurídica diferente a la suya —colonialismo jurídico— no quiere decir que la hayan aceptado. Esto lo podemos apreciar desde Turquía, hasta las comunidades indígenas latinoamericanas. Un discurso que pertenece a otra tradición jurídica, siempre tendrá enfrente el problema de penetrar en la sociedad a la que pretende organizar. Todo esto, como ya se dijo, se traduce en el problema de eficacia del derecho.

7. Bobbio y las dos fases del pluralismo jurídico

Según Bobbio, el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera fase corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, principalmente a través de la Escuela Histórica del Derecho que afirma que los derechos emanan directa o indirectamente de la conciencia popular. Existe, no sólo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta primera forma de pluralismo jurídico tiene cierto carácter estatista. La segunda fase corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado. La consecuencia de la teoría institucionalista es una fragmentación ulterior de la idea universal del derecho así como un enriquecimiento del problema de las relaciones de los sistemas jurídicos, puesto que ya no sólo se parte de relaciones entre diferentes sistemas estatales sino también de los diferentes a los estatales: supra-estatales, infra-estatales, colaterales al Estado y anti-estatales.³⁴

V. CONSIDERACIONES FINALES

Cuando los modernos construían el discurso jurídico, partían de la idea de que el orden jurídico estatal debería de ser el fin último del hombre, el dios terrenal (Hegel). Esta concepción monista del derecho es el producto histórico de la formación de los Estados nacionales que nacen de la disolución de las sociedades medievales. Éstas fueron pluralistas en sus orígenes,

³⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, pp. 243 y 244.

puesto que existía un orden jurídico de la iglesia, del imperio, de los feudos, de las cofradías, de las corporaciones, etcétera. El Estado moderno nació de la eliminación y de la absorción de esa pluralidad de sistemas jurídicos. Se trató de un proceso de monopolización de la producción jurídica. Esta es la razón que explica cierta tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal. Simplemente se trata de la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que caracterizó el nacimiento del Estado nacional moderno.

La noción de pluralismo jurídico puede considerarse la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez. Una concepción pluralista del derecho disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado correspondiera un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico correspondiera un territorio. Una visión pluralista del derecho permite admitir la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente, como los sistemas jurídicos supra-estatales (orden jurídico internacional), órdenes jurídicos supranacionales, (como el orden jurídico de la Unión Europea), órdenes jurídicos infraestatales (como los órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (como el orden jurídico propio a un grupo transnacional de sociedades comerciales o el orden jurídico eclesiástico),³⁵ sistemas que están en una búsqueda permanente de autoridad y legitimidad. Se trata de una “pluralidad institucional” (Bobbio) que permite la coexistencia de sistemas jurídicos de tipos diferentes, correspondiendo a la diversidad de “instituciones” o de grupos sociales organizados.³⁶ En el fondo, una concepción pluralista del derecho permite una mejor percepción de la realidad jurídica que una concepción monista.

Por nuestra parte, podemos señalar que las diferentes contribuciones doctrinales a la noción de pluralismo jurídico tienen dos orientaciones, una estatista y otra espontaneísta. La orientación estatista considera que existen espacios extra-estatales de derecho, que se explican por la concesión expresa o tácita del Estado. Hay una autonomía más que una independencia de los fenómenos jurídicos. En otros términos, según la teoría

³⁵ Von de Kerchove, Michel y Ost, François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., nota 8, pp. 119 y 189 y 190.

³⁶ *Ibidem*, p. 190.

de Jean Carbonnier, existiría un pluralismo jurídico *stricto sensu*, ya que este autor habla, no de pluralismo jurídico, si no más bien, de fenómenos de pluralismo jurídico. Esta visión se podría identificar con la orientación estatista del pluralismo jurídico.

Por su parte, la orientación espontaneísta considera que el derecho puede crearse fuera del Estado o del espacio creado y dominado por el Estado. Se trata de la creación de reglas que serán igual de efectivas que aquellas de una sociedad dada dentro de un Estado determinado, reglas que muy bien podrían guardar una independencia en relación con el derecho estatal. La teoría de Santi Romano dejaría ver la posibilidad de un pluralismo *lato sensu*, es decir, de la pluralidad no de fenómenos sino de sistemas jurídicos. El desarrollo teórico de Romano se podría identificar con la orientación espontaneísta del pluralismo jurídico.

El estudio de la pluralidad de sistemas jurídicos podría permitir una mejor comprensión del derecho, así como de las relaciones de coordinación y subordinación; de exclusión total; de inclusión total; de complementariedad; de exclusión y exclusión parcial, así como las relaciones de relevancia e irrelevancia jurídica.

La relevancia o irrelevancia jurídica no quiere decir importancia o no importancia jurídica. Un sistema jurídico puede no ser relevante, indiferente, para otro. Sin embargo, esto no le quita la característica de orden jurídico a ese orden considerado como irrelevante, pues éste es autosuficiente por sí mismo.³⁷ La búsqueda del pluralismo jurídico implicaría el descubrimiento de la alteridad.^{38, 39}

³⁷ En lo que concierne al derecho indígena o a la propagación de la informalidad, en varios aspectos de la vida jurídica del país, no deberían ser menospreciados, ya que éstos podrían encontrarse en una relación de inferioridad o de oposición en relación con el derecho estatal, pero esto no los suprime ni declara nulo el valor de éstos. Quizá sea justamente su autonomía y no la inferioridad lo que le da su poderío. Para una introducción al sector informal, Tokman, Víctor (comp.), *El sector informal en América Latina. Dos décadas de análisis*, México, Conaculta, 1991.

³⁸ Alteridad que de alguna manera, va encontrando cabida dentro del marco constitucional con la reforma al artículo 4o. de la Constitución mexicana en 1992, que reconoce la composición pluricultural de la nación mexicana, que quizás abre la puerta al reconocimiento de sociedades plurales dentro de un mismo país.

³⁹ En el caso de México, fue durante la Colonia cuando quizás se permitió la coexistencia de varios sistemas jurídicos. Durante el periodo colonial, se pensaba que la realidad indiana demandaba un derecho diferente al castellano. De tal suerte, se tuvieron que dictar una serie de disposiciones propias a las colonias, disposiciones que en su conjunto

El pluralismo jurídico explica mejor la realidad jurídica, sin embargo, este argumento no resulta convincente por el simple hecho de observar una pluralidad de sistemas, sino sólo determinando los criterios de identidad de un sistema jurídico y que dichos criterios se encuentran reunidos, así como identificando las diferentes relaciones que se pueden establecer entre sistemas.

constituirían el derecho indiano, sin que se eliminara el derecho castellano en las colonias. Los dos regímenes legales coexistían, aunque bien es cierto que el derecho indiano quedaba sujeto al derecho castellano. Por otro lado, durante el periodo colonial, las normas indígenas aún siguieron relevantes, por lo menos hasta 1812-1814 y 1820-1821 con la legislación de la Constitución de Cádiz, que prácticamente las suprimió “en aras del principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley”. Soberanes, José Luis, *Historia del sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 1990, pp. 39 y 40.