

# Pluralismo jurídico: ¿moda o realidad?

Eduardo Hernando Nieto\*

Desde que Eugen Ehrlich a inicios del siglo XX plantease los fundamentos del sociologismo jurídico hasta su ulterior desarrollo en el denominado pluralismo jurídico, hemos visto como la crítica al Positivismo Jurídico y su visión monista del derecho ha ido creciendo de manera vertiginosa, al tiempo de considerarse a la legalidad moderna la causante de la falta de legitimidad del sistema jurídico. En este sentido, este texto plantea la posibilidad de una lectura más benevolente del monismo jurídico así como intenta descubrir en el pluralismo jurídico a una corriente de pensamiento bastante ideologizada y que depende mucho del paradigma moderno a pesar de considerarse normalmente como un discurso postmoderno.

“El punto central del desarrollo del Derecho radica en nuestro tiempo, como en el resto de las épocas, no en la legislación ni en la jurisprudencia ni en la ciencia jurídica, sino en la propia sociedad”<sup>1</sup>

Considerado como el fundador de la sociología jurídica, el jurista y sociólogo austriaco Eugen Ehrlich (1862- 1922) se vio también envuelto en un debate con el más reconocido representante de la ciencia jurídica del siglo XX, Hans Kelsen, (1881 – 1973) también nacido dentro de las fronteras del Imperio Austro – Húngaro aunque de una generación más joven. La raíz de dicha polémica no fue otra que la negativa de Ehrlich de conferirle a la Jurisprudencia de Kelsen el estatus de Ciencia que solamente él podría hallarla en la Sociología del Derecho <sup>2</sup>.

Influenciado por el positivismo Comtiano plantea Ehrlich una teoría descriptiva del derecho<sup>3</sup>,

la misma que se oponía al centralismo jurídico (positivismo jurídico), siendo el elemento central en esta teoría descriptiva la distinción entre “normas de organización” y “normas de decisión”<sup>4</sup>. Así deberíamos entender por “normas de organización” aquellas que constituyen en esencia “el derecho vivo”, es decir, las normas que permiten la existencia de la sociedad y que son las que generan las normas de decisión, esto es, las normas que llamaríamos, ley oficial. Sin embargo, para Ehrlich solamente serían derecho las normas sociales o de organización<sup>5</sup>.

Esta distinción podría ser entendida gracias a un ejemplo que el mismo Ehrlich indica, el mismo que (dicho sea de paso tiene que ver con la historia personal de Ehrlich quien nació y vivió en una región muy cosmopolita llamada Bucovina y que pertenecía en ese momento al Imperio Austro – Húngaro, por lo que en principio su localidad se regía por el Código Civil Austriaco): “El Derecho de Familia del Código Civil austriaco es, como es sabido, rigurosamente individualista, acaso el más individualista entre todos los hoy vigentes en Europa. La esposa respecto al marido y los hijos respecto a los padres se encuentran en una situación de independencia general, casi como si fueran completamente ajenos unos a otros (...) Ahora bien, en la Bucovina, región perteneciente a Austria y donde, por tanto, el Código Civil tiene tanta vigencia como en cualquier otra parte del Estado, se toma considerablemente más en serio la autoridad paterna. El campesino rumano, acaso el único auténticamente romano que se ha mantenido hasta nuestros días, conoce una patria potestad que al experto en el Derecho Romano antiguo le es muy familiar (...) ¿Cómo se explica la contradicción existente entre una regla jurídica tan clara y la regla que rige la vida?”<sup>6</sup>

\* Doctor en Filosofía. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP

1 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1913.

2 Es decir, que para Ehrlich, la única Ciencia del Derecho sería la Sociología Jurídica. Para esta parte vamos a emplear fundamentalmente el único texto de Ehrlich traducido al español. Eugen Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

3 “El sociologismo que Ehrlich representa puede ser definido como descriptivista. En efecto, se pretende descriptor de hechos preexistentes al teórico; hechos “puros” – si bien históricamente mudables – supuestamente desnudos de ideología, que serían el asidero de toda forma de objetividad científico – jurídica. Ehrlich cree resolver así el eterno problema de toda perspectiva positivista sobre lo jurídico (¿dónde están los “hechos”? de una forma coherente: si las normas no son un *factum* describable, sino un contenido de sentido (un *Verstehen*), el científico del Derecho habrá de volver su mirada hacia los auténticos hechos: las regularidades sociales que se encuentran en la base de las normas jurídicas...” José Luis Muñoz de Baena Simón, “El lugar de Eugen Ehrlich en el debate sobre la Ciencia Jurídica” en Eugen Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, pp.34 – 35.

4 John Griffiths, “¿Qué es el Pluralismo Jurídico?”, en: *Pluralismo Jurídico*, editado por Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2007, p.187.

5 K. Alex Ziegert, “A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge”, *Sidney Law Review*, 1998, 4. <http://www.austlii.edu.au/journals/SydLRev/1998/4.html>

6 Eugen Ehrlich, “Sociología y Jurisprudencia”, en: *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, pp. 92 – 93.



Como dice Ehrlich, muchos en principio considerarían que esto no es sino la contraposición entre uso y derecho, pero el problema es que los juristas sólo están acostumbrados a considerar que el Derecho es únicamente el Derecho estatal<sup>7</sup>. Sin embargo, las cosas son totalmente distintas, no se trata de la contraposición entre uso y Derecho, sino que el Derecho – acota él – se presenta en su doble función, como forma de organización y como norma de decisión.

En este sentido, la región de Bucovina funcionaría básicamente a través de las llamadas reglas de organización aunque también podría contar con las reglas de decisión. De hecho, Ehrlich plantearía otro ejemplo en donde se percibiría este doble sentido del derecho, así él se preguntaría entorno al sentido de los estatutos en una asociación cualquiera. Por un lado, los estatutos servirían para resolver los conflictos que podrían suscitarse al interior de la asociación, es decir, aparecerían como normas de decisión, pero en realidad su propósito sería otro, el poder organizar la sociedad, determinar los derechos y las obligaciones de los asociados o regular el patrimonio social y su administración. Aquí, claramente los estatutos aparecerían como normas de organización<sup>8</sup>.

Esto mismo podría verificarse en distintas instituciones como la familia, el municipio, la Iglesia, las fundaciones etc. Sin embargo, también es posible que se encuentre niveles de tensión entre ambas normas como ocurriría justamente en el caso de la familia, la cual contaría por un lado con una serie de derechos personales y patrimoniales asignados a los padres, hijos, etc., (Como estipula por ejemplo el Código Civil Austriaco) sin embargo, (y por el otro) la organización familiar dependerá de la tradición, las concepciones morales etc., como ya se expuso en el caso de la organización familiar en la localidad de origen de Ehrlich (Bucovina).

El trabajo de Ehrlich como ya mencionamos se identifica precisamente con el nacimiento de la denominada “sociología jurídica”, ya que la ciencia del derecho no puede tener como objeto de estudios abstracciones como podrían ser las “normas jurídicas” sino más bien los “hechos del derecho” concretos que si podrían ser materia de observación empírica como las prácticas sociales, el dominio o señorío, la posesión y la declaración de la voluntad.<sup>9</sup> Tales hechos, adicionalmente

constituirían la estructura de todo orden social (es decir, el orden jurídico).<sup>10</sup>

En este sentido, cabe plantearse la pregunta respecto a cuál es el propósito de la jurisprudencia, ¿de qué se ocupa la jurisprudencia: de las normas de decisión o de las normas de organización? Es evidente que un jurista se interesará en principio por las normas de decisión, sin embargo, en tanto que muchas de ellas provienen de las normas de organización entonces es necesario que el jurista también las conozca:

“La Jurisprudencia de este tipo es, consiguientemente una morfología de la sociedad humana. Es imposible enseñar Derecho sin proporcionar al mismo tiempo una imagen de la sociedad en la cual debe regir. Ahora ya queda claro el motivo de que la Jurisprudencia no se fundamenta en la ley: ésta no puede, precisamente, ser morfología. Siempre que la morfología es incorporada a la ley, se transforma de inmediato en algo distinto: de ser una descripción de lo que es, para a ser una prescripción acerca de lo que debe ser. Asimismo, pierde la flexibilidad que la capacita para conseguir toda mejora del conocimiento, todo desarrollo.”<sup>11</sup>

Así pues, llegamos finalmente al concepto central en la obra de Ehrlich el famoso “derecho vivo” que en su expresión tan esclarecedora indica: “Derecho vivo es el Derecho, que, no formulado en proposiciones jurídicas, regula no obstante la vida social”.<sup>12</sup>

El origen de este derecho vivo, en todo caso hay que buscarlo en la tradición del pensamiento orgánico propio del mundo germánico del cual bebió en abundancia Ehrlich. Precisamente, en la visión romántica alemana a diferencia del denominado racionalismo francés, los entes colectivos tenían vida propia y ésta se percibía en el amplio mundo corporativo que se había heredado del medioevo destacando por ejemplo, la obra de von Gierke como el mismo Ehrlich lo señalaba:

“Tres elementos (...) deben (...) excluirse del concepto de derecho como un orden obligatorio sostenido por el Estado, un concepto al que se ha aferrado con tenacidad

7 Ibid., p.93.

8 Ibid., p.95.

9 Juan Antonio Gómez García, “Derecho, vida y Derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich”, Eugen Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, p.13.

10 Evidentemente, esto observable serían las normas de organización, y en caso de que surgieran conflictos que alteraran el orden pacífico aparecerían las reglas de decisión, éstas : “son normas de acción con la particularidad de estar dirigidas en exclusiva a regular la conducta de los tribunales, de los órganos decisorios y su origen se encuentra en la actividad creadora de derecho que llevan a cabo el Estado y los juristas, los cuales transforman el hecho jurídico y la consecuencia jurídica a él aparejada en proposición jurídica mediante un proceso de exclusión de lo que corresponde al caso concreto con el fin de proceder a su posterior formulación general” Ibid., p.14.

11 Ibid., p.18.

12 Citado por Juan Antonio Gómez García, Ibid., p.18.

la ciencia jurídica tradicional, aunque no siempre formalmente. No es un elemento esencial del concepto de derecho el que el Estado lo cree, ni que constituya la base de las decisiones de los jueces y otros tribunales, ni del comportamiento obligatorio que se deriva de tales decisiones. Persiste un cuarto elemento, que tendrá que ser el punto de partida (de una nueva teoría), es decir, que el derecho es una forma de orden.

El mérito eterno de Gierke es haber descubierto esta característica del derecho en entes que denominó asociaciones (Genossenschaften) (...) Y es allí donde yace el germen de una verdadera y gran concepción sobre la naturaleza del derecho”<sup>13</sup>

Las asociaciones colectivas entonces corresponden a toda la realidad humana y por ende las normas de organización son hechos sociales que deberían ser consideradas como el verdadero derecho. En este sentido, el enfoque orgánico del derecho se oponía a la perspectiva individualista (liberal) que era la que hallábamos fundamentalmente en la visión positivista de autores como Kelsen.

Tal afirmación nos llevaría a pensar entonces que el derecho vivo es realmente el punto de partida de las proposiciones jurídicas. Sin embargo, aquí siempre nos encontraremos con el problema famoso de la falacia naturalista, es decir, el problema de pasar inmediatamente del plano fáctico al plano normativo, vale decir, ¿algo que se muestra de una manera necesariamente debería de ser así? Por ejemplo, si en una comunidad determinada se considera que a los abigeos hay que lincharlos públicamente, entonces, ¿esto es lo correcto?<sup>14</sup>

Finalmente, podríamos añadir que en la base de la corriente denominada “Pluralismo Jurídico” se encuentra claramente la teoría sociológica del Profesor Ehrlich puesto que si la realidad del derecho la definen las normas de organización antes que las de decisión y si entendemos que en un espacio geográfico coexisten usualmente distintos grupos humanos entonces es lógico suponer que puedan convivir distintas normas de organización dando pie justamente a aquello que denominaremos en general “pluralismo jurídico”.

A partir de los aportes de Ehrlich, se empieza a cuestionar la vigencia del modelo Estatal de derecho dándole un lugar a lo que serían las otras fuentes del derecho que provendrían más bien de eso que Ehrlich llamaba “derecho vivo” o que podrían ser definidas como costumbres.

Es cierto que el denominado monismo jurídico (derecho estatal) basado en una centralización y jerarquización de la política ha estado vigente por mucho tiempo y que éste ha sido uno de los aportes centrales del pensamiento moderno occidental.

Tal visión del derecho como decíamos surgió junto con el nacimiento del Estado y su noción de soberano que, como decía Hobbes, aparecía como “el único poder que existía sobre la tierra”<sup>15</sup> que garantizaba a su vez la unidad política. Este orden Estatal empezó tras la caída de la estructura política – religiosa denominada Imperio que operaba en función de la legitimidad de sus principios metafísicos (religiosos) pero al perder significado estos principios entonces Occidente entró en una etapa de grandes conflictos y de diferencias insalvables<sup>16</sup> (lo que los iusnaturalistas denominarían “estado de naturaleza”), en este contexto, no era extraño invocar las palabras orden, seguridad, predictibilidad, las mismas que acompañarán también al monismo jurídico.

Así en tanto que el pluralismo religioso o social (estamentos), que provenía del antiguo orden medieval, encajaba en la antigua estructura imperial en cambio, en el mundo moderno más bien ya no se podía decir lo mismo; puesto que no se encontraban lazos claros entre los hombres al tiempo que el concepto de diferencia llevaba aparentemente explícito el término desigualdad y exclusión, cosa que chocaba abiertamente con los ideales modernos de libertad e igualdad impulsados por el liberalismo:

“En contraste con el fraccionamiento y desintegración política 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 sola comunidad política fuerte que gira en torno a la cultura de la nación; frente a normas que varían según los caprichos de los señores feudales, ofrece normas con pretensiones de universalidad y atemporalidad.”<sup>17</sup>

En este sentido, el Estado y el denominado monismo jurídico se gestó en los inicios de la modernidad construyéndose de forma artificial un orden político<sup>18</sup> que, en aras de asegurar la paz se

13 Citado por John Griffiths, “¿Qué el Pluralismo Jurídico?”, p. 189.

14 Ciertamente, este es el viejo problema de la moral crítica versus la moral positiva, es decir, que no es conveniente equiparar la moral con las manifestaciones culturales (moral positiva) pues no necesariamente estas prácticas coincidirían con los principios de la razón universal (moral crítica)

15 Thomas Hobbes, *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2003.

16 Para un desarrollo de esta historia puede revisarse mi libro *Pensando Peligrosamente, el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Lima, PUCP, 2001, cap. 1.

17 Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla, “El Pluralismo Jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en: *Pluralismo Jurídico*, p.23.

basaba en la existencia de una ley universal que no hacía distinciones entre las personas, planteándose la dicotomía soberano – súbdito, es decir, entre quien manda y quienes obedecen (discurso de poder).

A su vez, este Estado moderno con el aporte de filósofos como Locke, Spinoza y Kant desarrollará un pensamiento jurídico liberal basado en la moral de los derechos individuales (muchas veces en tensión con el utilitarismo dicho sea de paso), plasmándose ahora bajo el concepto de “Sistema Normativo” sostenido por Hans Kelsen. De hecho, Kelsen sustentaría las tesis centrales del Estado moderno, a saber, la centralización y la jerarquía, en tanto que el Sistema Normativo se mostrará como un sistema único, pleno y coherente<sup>19</sup>. Como recordaremos, la base del sistema normativo descansaba en esta norma presupuesta llamada “Norma Fundante” de la cual dependían la validez de las demás normas y que se encontraba en la cúspide de una estructura piramidal.

Sin embargo, lo que podremos observar rápidamente es cómo los seguidores de la sociología jurídica y del pluralismo empezarán a mostrar una serie de críticas alrededor del concepto de Sistema Normativo, es decir, contra el monismo y obviamente contra la soberanía Estatal para empezar acusando al “sistema normativo” de seguir manteniéndose bajo el mismo esquema de poder que caracterizó al antiguo régimen, siendo este sistema entonces una suerte de monarquismo disfrazado, (Foucault) igualmente se haría referencia al carácter arbitrario de su sustento (Teubner) o finalmente afirmando categóricamente que lo real no es precisamente el monismo estatal sino más bien el pluralismo (Griffiths), es decir, que el monismo en realidad no podría efectuar una adecuada descripción de lo que es realmente el derecho<sup>20</sup>.

No han faltado en estas críticas por cierto, aquellas que sostendrán que detrás del monismo se encuadra un discurso ideológico hegemónico que es del Occidente moderno y no tendría por qué ser aceptable o adecuado para todos. Estas críticas se asocian más con las llamadas corrientes de crítica legal (critical legal studies) que se vinculan a su vez con las ideas denominadas postmodernas o postestructuralistas y también con lo que se conoce como postmarxismo<sup>21</sup>. Aquí entonces lo que se encuentra es una serie de argumentos que giran en torno a lo incierta que puede ser la realidad en la que vivimos donde más bien se contradecirían

todas las afirmaciones de la modernidad como la seguridad, el orden o la rigidez (hablando entonces de una realidad más bien insegura, desordenada y por su puesto muy dúctil). Volveremos sobre estos puntos en breve.

Como se suele decir, el pluralismo jurídico construye su identidad a partir de la definición de su contrincante o rival que sería evidentemente el monismo y su derecho Estatal.

De acuerdo a una clásica definición se entiende por Pluralismo Jurídico “a la situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en un mismo campo social”<sup>22</sup>. Se suele indicar también que es necesario distinguir entre la visión que tienen del pluralismo las ciencias sociales del denominado pluralismo jurídico, en el primer caso, se trata de considerar la coexistencia en un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un sistema único y en el segundo caso se refiere a la superposición de los sistemas jurídicos europeos sobre los sistemas preexistentes que fueron objeto de colonización<sup>23</sup>.

Así: “Un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derecho que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades, o geografías distintas y cuando todos estos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal. Esta situación origina una gama de complejos problemas jurídicos, como la necesidad de decidir cuándo el derecho de un subgrupo se aplica a una transacción particular o conflicto (...)”<sup>24</sup> entre otros.

Básicamente se entenderá por pluralismo clásico aquél que se da a partir de las conexiones entre el derecho europeo que llega a regiones colonizadas donde se encuentra con un derecho nativo, sin embargo, a fines de los años sesenta se trata de estudiar también las realidades de los países industrializados y los post industrializados que también exhibirían una serie de tensiones entre grupos dominantes y grupos dominados, minorías religiosas, étnicas o culturales, de formas o redes sociales no oficiales. Como acota Engle Ferry, “según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades. Estos suponen un cambio extraordinariamente poderoso pues sitúa dentro del centro de la investigación la relación entre sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con la que se conecta, pero que son

18 Cfr. Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, Chicago, Chicago University Press, 2008

19 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1999

20 Cfr. Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla, “El Pluralismo Jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en: *Pluralismo Jurídico*, p. 29 - 31

21 Para un desarrollo de la crítica legal, ver de Juan Pérez Lledó, *El movimiento de Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996. También de Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Uniandes, 2002.

22 Sally Engle Ferry, “Pluralismo Jurídico”, en *Pluralismo Jurídico* (...) p.91. Esta es la clásica definición de Griffiths. Ver también en este mismo volumen el texto de John Griffiths, “¿Qué es pluralismo jurídico?” p.146; igualmente el libro de Leopold Pospisil, *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law*, New York, Harper and Row, 1971.

23 Sally Engle Ferrey, “Pluralismo Jurídico”, p.93.

24 Ibid.

dependientes y están separadas de él al mismo tiempo.”<sup>25</sup>

En realidad como se suele decir ahora, no es que se pueda hablar concretamente de un derecho oficial y otro no oficial sino que ambas formas normativas están ubicados en un mismo contexto social, entrelazadas en microprocesos sociales. Así, ya no es necesario que exista un pasado colonial pues en todo Estado se encuentran distintos espacios sociales que generan su propia normatividad como puede ser el caso de una ronda campesina en nuestro país por ejemplo, esto, hace al final que se cuestione la tesis de que el único derecho es el que emana del Estado y es aplicado por los abogados. Por ejemplo se puede llegar a considerar que junto con el Estado, también las familias, los centros laborales o las agencias internacionales pueden llegar a ser centros de producción normativa<sup>26</sup>. Así se llegaría a configurar un orden plural normativo en donde las distintas normas pueden llegar a cruzarse y confundirse en esto que llamaríamos el orden de la globalización:

“Tanto las comunidades transnacionales como ciertos fragmentos sociales autónomos – por ejemplo la economía globalizada, la ciencia, la tecnología, los medios de masas, la medicina, la educación o el transporte – están generando una enorme demanda de normas reguladoras que, sin embargo, no puede ser satisfecha por las instituciones nacionales o “internacionales”. Los regímenes privados globales están creando, cada vez con mayor frecuencia, su propio Derecho sustantivo”<sup>27</sup>.

Siguiendo el desarrollo del nuevo pluralismo, también el antropólogo John Griffiths (una de las voces más citadas en la corriente) apuntala la idea de un pluralismo eminentemente descriptivo, el mismo que encaja con la definición ya referida, es decir, la coexistencia en un mismo campo social de más de un orden jurídico, la misma que emerge como una crítica contundente contra la ideología del “centralismo jurídico” – como la llama Griffiths –, afirmando a continuación que el pluralismo jurídico en la práctica es un hecho y el centralismo jurídico un mito<sup>28</sup>

Es importante destacar en el planteamiento de Griffiths su intento por distinguir dos formas de pluralismo, uno débil (criticado por él) y otro fuerte que es con el que se identifica. Así para él, un sistema es pluralista débil “cuando el soberano establece (implícitamente, o cuando por ejemplo la *grundnorm* les da validez) regímenes jurídicos diferentes para grupos diferentes de la población.

En términos generales, los grupos en cuestión son definidos en función de características como la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la geografía, y el pluralismo jurídico se justifica como una técnica de gobierno con base en argumentos pragmáticos (...) En este sistema del pluralismo jurídico, los regímenes jurídicos paralelos, dependientes de un sistema estatal abarcador y dominante, son el resultado del reconocimiento por parte del Estado del supuestamente preexistente “derecho consuetudinario” de los grupos afectados”<sup>29</sup>.

Como señala la abogada Raquel Yrigoyen, nuestro ordenamiento jurídico estaría enmarcado dentro de esta perspectiva pluralista a raíz de lo expuesto en nuestra Constitución en los artículos 2, 19 y 149 así como también en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce derechos a las comunidades indígenas, sin embargo, a tenor de lo señalado por ella, existirían una serie de contradicciones entre estas normas y el resto de la Constitución:

“En la Constitución de 1993 se aprecian dos tipos de inconsistencias, una de carácter político global y otra de carácter técnico-jurídico. La primera se refiere a la contradicción entre el modelo pluralista (por el cual se reconoce la diversidad cultural y, el derecho y la jurisdicción indígena), de una parte, y de otra, el modelo neoliberal de restricción de derechos sociales (como la negación del derecho a *territorios* por parte de las comunidades, la alienabilidad de las tierras comunales y su posible reversión al Estado bajo la figura del abandono), un esquema centralista de gobierno, márgenes estrechos de participación política, sin consideración de la multiculturalidad, y restricción de garantías y ejercicio de derechos. La otra inconsistencia está vinculada a la técnica legislativa. El artículo 149 ha sido introducido de manera asistemática y pareciera estar en contradicción con otros artículos de la Carta, como los artículos 138, 139, 142, que deberían ser revisados en una reforma constitucional. El art. 138 debería indicar que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, por el Poder Judicial, y a través de la jurisdicción especial, por las autoridades indígenas y comunales”, y no reducirlo a la primera afirmación pues de ese modo niega la jurisdicción especial. El art. 139 debería modificar el concepto de “unidad y

25 Ibid., p. 96.

26 Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla, “El Pluralismo Jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en: *Pluralismo Jurídico*, p. 51.

27 Gunther Teubner, “La Transformación del Pluralismo Jurídico Global” en: *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Lima, Ara editores, 2005, p.120.

28 John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, p. 152.

29 Ibid., pp. 152 – 153.

exclusividad de la función jurisdiccional” y, en todo caso, sujetar dichos principios a la jurisdicción ordinaria<sup>30</sup>. Evidentemente, la autora aquí parecería no estar tan de acuerdo con estas formas débiles de pluralismo insertas en nuestra Constitución (y de manera contradictoria) y optaría más bien por una postura digamos más fuerte de pluralismo.

En este sentido, Griffiths consideraría que el pluralismo fuerte, a diferencia del pluralismo débil, no se ocupa de los fenómenos particulares que se dan en los sistemas jurídicos estatales, sino del análisis de una situación empírica: “la coexistencia de órdenes jurídicos que no pertenecen a un sistema único dentro de un mismo grupo social”<sup>31</sup>, de esta manera entonces el llamado pluralismo fuerte no vendría a ser un sistema jurídico específico sino una característica o propiedad del campo social, “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 órdenes legales “separados” no son reducibles uno al otro”<sup>32</sup>.

Ciertamente, como se aprecia el pluralismo fuerte no acepta la posibilidad de que pueda haber pluralismo jurídico en los contextos donde aparentemente coexisten varios sistemas normativos (es decir, allí donde un mismo caso puede tener distintas respuestas dependiendo del sistema), sin embargo, en esos casos lo que se daría sería simplemente cierta concesión efectuada por el sistema jurídico dominante a los “otros órdenes jurídicos” la misma que se daría también en torno a ciertas materias que no contravengan por ejemplo, los derechos fundamentales que defiende el Estado Constitucional de Derecho<sup>33</sup>.

Al momento de definir al pluralismo jurídico lo asocié como se suele hacer con la tradición de la sociología jurídica y en su oportunidad comenté que este enfoque era deudor a su vez de la tradición romántica alemana, que fue sin duda una forma

de expresión de la ilustración europea aunque opuesta al racionalismo. En este sentido habría que ver en primer lugar que el discurso del pluralismo es un producto típicamente moderno, pues sigue reivindicando los valores de la modernidad como la autonomía (en este caso colectiva), la igualdad (al exigirse a cada grupo las mismas consideraciones y respeto) y por último la fraternidad (en el sentido de proponer de alguna forma un diálogo entre los distintos grupos culturales).

Sin embargo, por lo expuesto, se puede apreciar que muchos pluralistas (básicamente aquellos que profesan el llamado pluralismo fuerte) se acercan de alguna forma a ciertas corrientes de discurso postmoderno que llevan en sí toda la intención de “deconstruir” diversos productos de la modernidad como el Estado y el sistema jurídico monista.

Ahora bien, lo interesante en esta historia es que dadas las vinculaciones entre el viejo discurso marxista y su lucha contra toda forma de “superestructuras”<sup>34</sup> – siendo el caso paradigmático el del Estado – y las corrientes postmodernas o postestructuralistas (pensemos en académicos como Derrida o Foucault por ejemplo que iniciaron su vida académica dentro del marxismo) entonces no llama la atención el que este pluralismo radical o fuerte invoque la idea de que el pluralismo solamente tiene sentido fuera de los márgenes del Estado moderno, es decir, fuera de la soberanía estatal, (Hobbes) o de la norma fundamental (Kelsen) o de la regla de reconocimiento (Hart). En otras palabras, su propuesta en último término se hace más afín a toda esta literatura vinculada a la teoría crítica, el postestructuralismo, o el funcionalismo<sup>35</sup> y consideran entonces que ya no tiene sentido hablar de centros o visiones etnocéntricas, de soberanía, de exclusión o finalmente de dominación sino que ahora la realidad del mundo es esencialmente plural<sup>36</sup> y ya no existen más jerarquías<sup>37</sup>, en fin, que la realidad puede ser construida y deconstruida simultáneamente.

No obstante ello, el pluralismo no parece estar dispuesto a adherirse completamente a la nueva epistemología postmoderna porque sigue a pesar de todo atado a un fuerte lazo ideológico que lo llevaría por ejemplo a reivindicar – en la

30 Raquel Yrigoyen, “Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Jurídico”, *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*. No 59-60 Edición Especial, Vol. 1 (2002) Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina, pp.31-81

31 John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, pp. 159 – 160.

32 Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla, “El Pluralismo Jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en: *Pluralismo Jurídico*, p.38.

33 Cfr. por ejemplo el clásico texto de Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996

34 En este caso se entendía que la realidad estaba constituida por las estructuras que se manifestaban por ejemplo en la distinción entre los que tienen o no poder (capital), ente explotadores y explotados, etc., mientras que muchos ignoraban esta situación pues vivían inmersos dentro del mundo de las superestructuras

35 Para una lectura respecto a estas corrientes se puede revisar de Gunther Teubner, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Lima, ARA, 2005

36 Por ejemplo Teubner nos hablaría de la convivencia de una pluralidad de sistemas. Cfr. Gunther Teubner, “El derecho como sistema autopoiético”. Op.cit.

37 Esto hasta podría apreciarse en la metodología jurídica contemporánea de la ponderación que se basa en la negación de la jerarquía de los principios constitucionales.

saga de Ehrlich y el romanticismo por ejemplo – las bondades del derecho consuetudinario<sup>38</sup> (a pesar de que Griffiths se refiera a que su perspectiva es meramente descriptiva) o a referirse siempre de manera negativa respecto al derecho oficial o Estatal. El antagonismo hacia el Estado se aprecia por ejemplo en términos de que representa una ideología que impide describir adecuadamente al derecho<sup>39</sup>. Por eso mismo, se señalaría concretamente que el pluralismo perseguiría fines instrumentales como sería su lucha contra el centralismo jurídico, el etnocentrismo y la ciencia<sup>40</sup>, pregunto: ¿si estamos asignándole al derecho un carácter instrumental que es algo típico en los enfoques realistas del derecho entonces cómo se podría hablar de un enfoque meramente descriptivo del derecho? Por los antecedentes antirracionalistas del romanticismo igualmente se advierte un desdén hacia todo aquello que emana de la razón – como el mismo Estado – y por supuesto una reivindicación de todas aquellas formas de pensamiento anteriores o no contaminadas por el racionalismo, como sería el caso del derecho consuetudinario (la pureza del buen salvaje en el lenguaje rousseauiano)

¿Se puede considerar entonces al pluralismo como una ideología? Así como el pluralismo identificaba al monismo como una ideología caracterizada por la defensa de la unidad estatal, la jerarquía y el centralismo, es evidente que esta crítica solamente afectaría a las concepciones positivistas del derecho pues habrían corrientes que siendo igualmente modernas podrían en principio evitar este tipo de críticas como sería el caso de la *Teoría de la Argumentación Jurídica* (TAJ) que antes que en la validez o pertenencia de la norma a un sistema se interesa por la justificación de la decisión adoptada. Así que, como señala el profesor Tamanaha<sup>41</sup>, es perfectamente posible para la teoría legal moderna (en el caso de la argumentación por lo menos) saltar este tipo de acusaciones. Sin embargo, ¿será así de fácil para el pluralismo el poder hacer lo mismo? El punto de vista que intento sostener aquí me diría que no es posible y que el pluralismo en verdad actúa justamente como aquello que pretende desacreditar, como una visión del mundo que termina por proponer una nueva realidad del derecho a partir de lo que ellos llamarían el derecho vivo, aun cuando esto no sea sino otra forma de expresarse de la epistemología moderna. 

38 Por ejemplo en los textos de Raquel Irigoyen. Ob.cit. En algunas ocasiones se tiende por ejemplo a reivindicar la actuación de las jurisdicciones comunales frente a la ineficacia de los órganos jurisdiccionales formales u oficiales.

39 John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?” p. 149.

40 Brian Z. Tamanaha, “La insensatez del concepto “científico social” del pluralismo jurídico” en: *Pluralismo Jurídico* (...) p.228.

41 Ibid., p 232.