

APORTES ESTRATÉGICOS A LA TEORÍA DEL DERECHO FRENTE AL PLURALISMO JURÍDICO (*)

ROBERTO CAMPOS (**)

Resumen: El trabajo vincula al pluralismo jurídico con la tradición iusfilosófica y la teoría social más afín a esta noción y plantea algunos desafíos estratégicos que la teoría del derecho debería asumir para alcanzar su adecuado desarrollo. Entre ellos se incluyen la re-conceptualización misma de la norma jurídica, de los límites del sistema jurídico y la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos.

Palabras clave: Pluralismo jurídico – Integrativismo jurídico – Derecho vivo

Abstract: The work relates the legal pluralism with the tradition of the theory of law and social theory more akin to this notion and suggests some strategic challenges that legal theory should take to reach its proper development. These include the re-conceptualization of the norm itself, the limits of the legal system and the possibility of a plurality of legal systems.

Keywords: Legal pluralism – Legal integrativism – Living law

Uno de los desafíos estratégicos de la teoría general del Derecho en la actualidad consiste a nuestro criterio en poder aportar nuevas respuestas a los problemas que plantea el Estado constitucional de Derecho, entre los que se encuentra el fenómeno del pluralismo jurídico.

(*) Disertación en las II Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho y Estrategia Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2 y 3 de septiembre de 2013 / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4 de septiembre de 2013).

(**) Abogado, docente y doctorando en Derecho (Conicet-UBA-UAI). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Director del Seminario de Teoría del Derecho y de un proyecto de investigación sobre pluralismo jurídico (UAI).

Nuestro tema encuentra referencia en la clásica distinción de la teoría del Derecho entre monismo y dualismo jurídicos. Mientras que el primero, identificado con la corriente positivista que entiende que el Derecho es uno, estatal y básicamente formal, el segundo contrapone el Derecho positivo a alguna otra forma de juridicidad, tradicionalmente a alguna expresión de iusnaturalismo. Sin embargo, hacia fines del siglo XIX, y en los albores del nacimiento de la sociología, la rebelión antiformalista encabezada entre otros por el segundo Ihering y la llamada Escuela del Derecho Libre propició una reformulación del concepto moderno del Derecho y del orden de prelación de sus fuentes.

El Derecho, ahora entendido como “lucha” por los derechos subjetivos o como “Derecho viviente”, en la conocida expresión de Ehrlich¹, fundador de la sociología jurídica, enfrentaba en el siglo XX al ideario neokantiano en auge que tuvo tempranamente a Kelsen como a uno de sus promisorios exponentes. Tras la publicación hace precisamente un siglo de la obra fundamental de Ehrlich, que expuso un pluralismo jurídico muy representativo del existente en ciertas latitudes del imperio austrohúngaro, tuvo lugar la intensa polémica con el futuro autor de la teoría pura en la que este último resultó triunfante, relegando para el resto del siglo el enfoque sociológico del Derecho y la sociología del Derecho como disciplina². Según Ehrlich, la verdadera ciencia del Derecho o teoría general sería la sociología jurídica, en la medida en que permite conocer el Derecho “viviente”, es decir, el que verdaderamente opera en la realidad, en paralelo o incluso en oposición con el Derecho formalizado por el Estado.

Por otra parte, entre algunas teorías jurídicas argentinas, el pluralismo jurídico resulta susceptible de articulación con sus desarrollos en la medida en que dicho fenómeno pueda ser entendido básicamente como la posibilidad de presencia de más de una respuesta jurídica aplicable a un caso determinado, en razón del reconocimiento de dos o más ordenamientos jurídicos en juego. Son los casos claros de la teoría egológica del Derecho de

¹ EHRLICH, Eugen, “Fundamental principles of the sociology of law”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1936.

² En castellano, puede v. por ej. KELSEN, Hans, “Una fundamentación de la sociología del Derecho”, en “Doxa”, 1992, 12, 213 y ss. EHRLICH, Eugen, Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia, Barcelona, Marcial Pons, 2005, págs. 109 y ss.

Cossio³ y la teoría trialista del mundo jurídico de Goldschmidt⁴, desarrollada por el doctor Ciuro Caldani. En la primera, al describirse al Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva, tematizada por la lógica jurídica formal, organizada por una estructura de razonamiento expresada por la lógica jurídica trascendental y culminante en un plexo axiológico; como en la segunda, donde la dimensión sociológica del Derecho consiste en un conjunto de repartos en tanto adjudicaciones de potencia e impotencia, captados por normas en la dimensión normológica y valorados -los repartos y las normas- por criterios de justicia en la dimensión dikelógica, el Derecho encuentra su base en el terreno de la experiencia cultural y social, que siempre es relativa y contingente, y por lo tanto no dependiente necesariamente de la organización estatal. En este sentido, la articulación de respuestas jurídicas⁵ diversas, no está sujeta forzosamente a los mecanismos formalmente institucionalizados, y cobran relevancia los puntos de vista que encarnan los “protagonistas” y “espectadores” de las relaciones jurídicas⁶.

En esta clave, y teniendo en cuenta las características del Derecho en la posmodernidad, signado entre otros factores por la globalización económica y cultural, los fenómenos de integración y marginación, la llamada crisis de la legalidad y de las estructuras del Estado, la era de la decodificación, la politización de la justicia y la judicialización de la política, y la explosión de las telecomunicaciones y de las democracias de la información, el pluralismo jurídico -despojado ahora de las anteriores disputas que lo envolvieron- construye una mirada del Derecho que resulta más ajustada a la nueva realidad y por lo tanto, no es casual que la teoría jurídica crecientemente incline su atención a ella.

³ COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2da. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ta. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, 1976; “Contribution de la Théorie Générale des Réponses Juridiques au Plurijuridisme”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 28, págs. 9 y ss.; La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era, en “La Ley”, 2006-C, págs. 1246 y ss.

⁶ Nos referimos a la conocida distinción efectuada por Cossio en su teoría.

Pero en términos concretos, ¿cuáles podrían ser algunos de los alcances del pluralismo jurídico y cómo puede impactar en la teoría general del Derecho? En primer lugar, creemos que exige desde la necesidad de revisar los llamados “conceptos jurídicos fundamentales” hasta considerar la expansión de la disciplina recogiendo los aportes de otras áreas e integrándose con estas.

Respecto de las normas y el sistema jurídico, por ejemplo, el planteo pluralista jurídico más elemental discute si estamos dispuestos a considerar exclusivamente a las normas jurídicas sólo a las provenientes del Derecho estatal y, en ese caso, subordinar las normas de otra índole a una serie de mecanismos de coordinación a determinarse a fin de que coexistan ambas en un sistema jurídico. En ese caso, ¿podrían delinear criterios claros de distinción entre las normas así consideradas jurídicas y las que no lo serían? Lo dicho recuerda la llamada “tesis de la separabilidad” defendida por el positivismo, que desde luego ha negado esta posibilidad en general. Pero incluso hay algunos pluralistas que admiten que esto no es posible porque el pluralismo jurídico sería un “estado cognitivo” y no habría un verdadero pluralismo jurídico “dado”⁷. A lo sumo el pluralismo jurídico sería apenas una metáfora para pensar el Derecho⁸.

Según otros, entre los que se encuentra Teubner, lo relevante para el caso estaría en identificar prácticas y discursos que distinguen lo legal/ilegal, lo cual permite plantear el tema en un marco más amplio que el del positivismo tradicional también preocupado por esa distinción, vinculando por ejemplo a la teoría del Derecho con las teorías de la comunicación y de la sociedad, entre cuyos referentes principales encontramos especialmente a Luhmann, Habermas y Bourdieu. Asimismo, esto presenta nuevos desafíos relativos al uso del lenguaje jurídico y que atañen también a la teoría del discurso.

Respecto de otro tema central como lo es el de los límites del sistema jurídico así supuesto en relación con el entorno, cabe señalar que de acuerdo a De Sousa Santos el Derecho no sería un sistema cerrado ni totalmente

⁷ VANDERLINDEN, Jacques, “Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later”, en Birmingham, “Journal of Legal Pluralism”, 28.

⁸ MELISSARIS, Emmanuel, “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism”, en “Social & Legal Studies”, 2004, 13.

abierto, sino que sus límites serían “porosos”⁹. Esto puede presentar la atendible objeción acerca de la parálisis del funcionamiento del Derecho, teniendo en cuenta las posibles interpretaciones infinitas acerca del alcance y límites de su objeto; incluso reconociendo que algunos pluralistas plantean la necesidad de establecer tipologías de normas, teniendo en cuenta las diversas culturas, los ámbitos sociales, las ideologías, etc.¹⁰. Como puede apreciarse, el tema se encuentra estrechamente vinculado con el multiculturalismo y las miradas alternativas acerca del fenómeno jurídico.

Otro punto, vinculado con lo antedicho, refiere a si habría categorías similares a las del ordenamiento oficial aplicables a los órdenes jurídicos plurales. Y más aún, en ese caso, ¿podría hablarse de un pluralismo de sistemas o sistemas internamente plurales?¹¹ Para un pluralista como Von Benda-Beckman esto resulta evidente. En este sentido, ¿podría tener lugar entonces un monismo de la pluralidad?

Quienes abiertamente afirman el pluralismo jurídico sostienen que es un hecho resultante del pluralismo social, mientras que el centralismo estatalista resulta apenas una ilusión. Entonces cabe hablar también de un pluralismo jurídico interno y un pluralismo jurídico externo¹² a los Estados. Hoeckema comparte este criterio, pero agrega que dentro del pluralismo jurídico interno existiría un pluralismo jurídico social -compuesto por el conjunto de ordenamientos extraoficiales dentro del Estado no reconocidos por este-, un pluralismo jurídico formal -donde el Estado tiene sus propios criterios para admitir y hacer funcionar a los otros-, y un pluralismo jurídico igualitario -constituido por ordenamientos jurídicos de una comunidad que forman parte de la sociedad y por lo tanto deben ser respetados por el Estado, por lo que estarían en un pie de igualdad con el derecho oficial¹³.

⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, en “Journal of Law and Society”, 1987, 14, 3, págs. 297-298.

¹⁰ TWINNING, William, “Derecho y Globalización”, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2003, pág. 270.

¹¹ BENDA-BECKMANN, Franz Von, “Who’s Afraid of Legal Pluralism?”, en Birmingham, “Journal of Legal Pluralism”, University of Birmingham, 47, pág. 63.

¹² ARNAUD, André-Jean - FARIÑAS DULCE, María José, “Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1996.

¹³ HOECKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en “El Otro Derecho”, 2002, pág. 70.

Teniendo en cuenta como base la teoría de Bourdieu respecto de la existencia y organización de diversos campos sociales, podría sostenerse con el pluralista Moore que en el campo social semiautónomo del Derecho pueden generarse normas, costumbres y símbolos a su interior¹⁴, los que configurarían diversas respuestas jurídicas. Estas respuestas encuentran su origen en alguna de las manifestaciones del habitus, en tanto estructuras, estructuradas y estructurantes de conductas que organizan un campo¹⁵ y caracterizan situaciones y casos. Por otra parte, los actores -según el trialismo, repartidores y beneficiarios de beneficios y perjuicios a su criterio-, individualmente o en grupo, pueden constituir puntos de vista distintos sobre los fenómenos jurídicos operantes¹⁶, que exigirán elementalmente las tareas de reconocimiento -como primera tarea del funcionamiento normativo-, interpretación y aplicación de tales normas. Lo dicho merece una conceptualización adecuada de los roles de usuarios, creadores e implementadores de normas, y de sus funciones y facultades, según la conocida distinción de McCormick.

En suma, el fenómeno del pluralismo jurídico así brevemente presentado refleja la complejidad de las relaciones jurídicas en el Derecho contemporáneo y no una mera impostura epistémica y metodológica. Por lo tanto, implica la asunción de los problemas teóricos y prácticos que sobre este tema se presentan en el Estado constitucional de Derecho, comenzando por el funcionamiento del sistema jurídico en su conjunto, y la protección y promoción de los derechos por los que luchan las diversas personas y grupos, idea que recuerda el título de la obra inspiradora de Ihering que impulsó el antiformalismo jurídico.

¹⁴ MOORE, Sally Falk, "Law and Social Change: The Semiautonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", en "Law & Society Review", 1973, 7, 4.

¹⁵ V. por ej. BOURDIEU, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en "La fuerza del Derecho", Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000, págs. 153 y ss.

¹⁶ V. HART, H. L. A., "El concepto de Derecho", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, cap. V.