

## Liberalismo y pluralismo jurídico

Juan Luis Herrera García

### Resumen

Dentro de los principios del Estado de Derecho se encuentra el de Certeza Jurídica, mediante el cual los individuos saben que sus derechos están protegidos y los delitos previstos legalmente y de antemano. El monismo jurídico afirma que derecho es únicamente aquello producido por un órgano competente y respaldado por el uso de la fuerza legítima del Estado, por su parte, el pluralismo jurídico implica la relativización de la Certeza Jurídica, debido a la existencia de múltiples sistemas jurídicos en una misma zona geográfica, afectando además la exclusiva facultad sancionadora del Estado. El liberalismo siempre ha estado vigilante ante la actividad reguladora del Estado, por su parte el pluralismo jurídico señala que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la sociedad y que es posible una convivencia entre diversos sistemas jurídicos. El presente trabajo pretende verificar si el pluralismo jurídico es una teoría compatible con los principios liberales.

**Palabras clave:** Liberalismo, Pluralismo Jurídico, Positivismo Jurídico, Derecho, Libertad

### 1. PREAMBULO

En la actualidad, es muy común la referencia a la crisis que se afronta en diversos aspectos de la vida social. El Derecho no escapa a esta situación. Así, el ex magistrado y catedrático colombiano Gerardo Rojas, alerta sobre la pérdida de los valores individuales y sociales, devenida aparentemente por la barbaridad en detrimento de la humanidad, afirmando que *lo que en verdad se ofrece es una crisis del Derecho, puesto que no existe en su formulación un claro sentido ético. La razón del Derecho se pierde en un concierto de voces, y en muchos preceptos la idea de justicia señala una nota de ausencia*<sup>1</sup>. En palabras del jurista italiano Luis

---

<sup>1</sup> Rojas, Gerardo (1992, p. 7)

Ferrajoli *estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos*<sup>2</sup>. Ante la crisis jurídica que afronta occidente, ha surgido un interés desde diversos sectores por promover el pluralismo jurídico, el que fundamentado en lo que la gente considera como ausencia del Estado, permitiría que los conflictos puedan resolverse de forma pacífica, sin recurrir para ello al ordenamiento y estructura judicial oficial. Es común y en ocasiones hasta saludable, que las crisis generen cambios, razón por la cual con el presente trabajo se pretende analizar si ante la crisis del monismo jurídico, puede el pluralismo ser una salida viable y acertada, en la que se mantenga siempre el respeto por la libertad individual y el respeto de la propiedad privada, o si, por el contrario, podría resultar ser más dañina la cura que la enfermedad.

## 2. ESTADO MODERNO Y DERECHO POSITIVO

Al hablar de crisis del Derecho es inevitable dejar de lado el positivismo jurídico o iuspositivismo, caracterizado por su visión monista del Derecho y fundamentado en la creencia de que el hombre no puede hallarse sometido jurídicamente sino a un solo orden y que dicho orden solo puede emanar del poder soberano del Estado. El positivismo jurídico es considerado por antonomasia como la teoría jurídica moderna, llegando a considerarse como único Derecho aquel que cumpla los preceptos de dicha teoría, así, el filósofo del derecho español Felipe González Vicén, *llego a asociar sin más “filosofía del derecho” con “positivismo jurídico”*<sup>3</sup>. La evolución histórica del Derecho registra auges y caídas de las teorías jurídicas, que de una u otra forma han ido marcando el derecho pretérito, sistemas que como define Hugo Vilches Fuentes *son el conjunto de reglas y principios entrelazados destinados a ordenar la vida humana en sociedad*<sup>4</sup>. El positivismo jurídico es tan antiguo como el Derecho, sin embargo, su implementación como teoría jurídica dominante es resultado de fenómenos histórico políticos ocurridos entre los siglos XIV y XVII, tal es el caso de la consolidación del

---

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luis (2007, pp. 15 y 16)

<sup>3</sup> Contreras, Francisco J. (2007, p. 471)

<sup>4</sup> Vilches, Hugo (2005, p. 2)

Estado moderno y el fin del derecho medieval, eventos que marcaron el inicio del proceso de estatización del Derecho.

El Estado moderno surge por la crisis que vivió el feudalismo<sup>5</sup>, caracterizado por una fuerte disgregación social. Francisco Porrúa explica: *las ciudades estaban organizadas en forma monista, aunque no de manera similar a la antigua polis: su unidad derivaba de que su gobierno descansaba en un solo hombre o grupo aristocrático dirigente que imponía su voluntad a todos... En la misma Italia, con el Renacimiento, surgió la concepción del Estado moderno*<sup>6</sup>, evento que en palabras de Francisco Contreras *no solo provocó un cambio en ideas o teorías jurídicas, sino también un cambio en las propias realidades jurídicas*<sup>7</sup>.

En el caso de la caída del derecho medieval, es necesario resaltar que éste sistema no logró adaptarse a la modernidad y por lo tanto entró en decadencia; Alejandro Guzmán Brito explica que *el derecho de la época medieval poseía las siguientes características: a) era un derecho casuístico, basado en resoluciones de casos particulares, a través de los cuales se iban generalizando soluciones... b) un derecho no legislado... c) un derecho de controversias, porque los juristas, a través de sus discusiones de casos, iban poco a poco delineando ciertos criterios... y d) los juristas medievales y modernos llegaron a una suerte de certeza o seguridad jurídica con el criterio que se denominaba la "opinión común de los doctores... Un sentimiento de inseguridad y de incertezas jurídicas domina los escritos de los políticos, de los filósofos, de los juristas de esta época, y todos claman por la reforma del derecho"*<sup>8</sup>.

Superado el paradigma medieval sustentado en el descubrimiento del derecho, la ley se concibe de una forma diferente, puesto que derecho es un resultado, una emanación de la voluntad soberana. Para Felipe González Vicén *filosofía del Derecho es el nombre que se busca y se consolida para denominar una nueva especie de pensamiento filosófico, condicionado por el hecho fundamental de que el Derecho deja de ser entendido como parte de un orden*

---

<sup>5</sup> Sistema político que predominó en Europa occidental entre los siglos IX y XV.

<sup>6</sup> Porrúa Pérez, Francisco (1999, p. 83)

<sup>7</sup> Contreras, Francisco J. (2007, p. 472)

<sup>8</sup> Guzmán Brito, Alejandro (1983, pp. 14 y 15)

*universal del ser, para ser concebido como una obra humana determinada por factores históricos reales*<sup>9</sup>.

Desterrada la poliarquía y el pluralismo jurídico, surge la concepción unitaria o monista, caracterizada por el monopolio del Estado para producir leyes. Un Estado moderno que se fundamenta en el concepto de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación, el imperio de la ley y el juez que la aplica; el positivismo jurídico surgirá y se nutrirá con el auge de esta nueva forma política. A partir de aquel momento, el Derecho será lo que resulte de la positividad y la positividad será lo que fundamente el Derecho. El positivismo jurídico se fundamenta en que derecho y moral no pueden ir de la mano, por tal motivo no tiene sentido buscar una fundamentación moral en la norma. Aunque el positivismo jurídico se caracteriza por su rechazo a la moral como fuente de derecho, el referente principal para la validación del derecho es que haya sido promulgado por autoridad soberana y mediante un procedimiento específico.

En 1936 se publica la obra *Teoría Pura del Derecho*, considera hasta hoy como el mayor referente del positivismo jurídico. Escrita por el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen, la obra más importante y más influyente sobre teoría jurídica. Kelsen rechaza totalmente la idea de un dualismo o pluralismo jurídico, indicando que el único orden normativo es el positivo, dado que es la forma correcta de dotar al derecho de unidad y carácter científico, lo cual requiere que el estudio del derecho sea científico y que se abandone cualquier clase de ideología. Afirma Kelsen que *Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo*<sup>10</sup>. Fiel a la postura creacionista del Derecho, centra su propuesta no en el contenido de la norma sino en el proceso de formación, de tal manera que *una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido*

---

<sup>9</sup> González, Felipe (1995, p. 15)

<sup>10</sup> Kelsen, Hans (1993, p. 134)

*producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico*<sup>11</sup>.

Para Kelsen lo importante de un sistema jurídico es el orden más que el propio sistema, logrando que *la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos ... se convierte en un sistema unitario y consistente*<sup>12</sup>. En la regulación de la conducta, Kelsen siempre sostuvo que no es posible tener más de un referente normativo, por lo tanto, una concepción y construcción monista del Derecho es inevitable.

### 3. CRISIS DEL DERECHO POSITIVO

El carácter científico del positivismo jurídico no ha escapado a deficiencias en su implementación, desde hace algún tiempo diversos países que fundamentan su sistema jurídico en la propuesta kelseniana, padecen serios problemas en su ordenamiento jurídico, lo cual mantiene a los individuos en una zozobra, respecto de la confianza en la aplicación de justicia, elemento fundamental para la convivencia pacífica y la cooperación social. La arbitrariedad, la corrupción y la falta de certeza jurídica *-entre otros males-* se encuentran instaladas en el sistema legal y parece ser muy difícil que puedan ser desterradas. Diversos estudios refieren que una posible explicación de la crisis del Derecho se encuentra en la también llamada crisis del Estado moderno, debilitado por el fenómeno de la globalización, sobre todo en el tradicional concepto de soberanía. Según el profesor del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, Pablo Armando González, la globalización *“afectó en gran medida la concepción misma de los Estados, ya que éstos se desenvuelven dentro de referentes tradicionales en los cuales el tiempo y el territorio son partes fundamentales en la forma en la que se organizan y desarrollan. Los tiempos cortos que demanda la globalización y la falta de territorialidad están más cercanos al mercado”*<sup>13</sup>. La noción de Estado debilitado o, lo que es peor, un Estado ausente va tomando importancia en diversos sectores, manifestándose una preocupación por el peligro que implica para la

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 205

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 84

<sup>13</sup> González, Pablo Armando (2010, p. 90)

sociedad. En la obra *La retirada del Estado*, Susan Strange señala que el *declive de la autoridad de los estados se refleja en una difusión creciente de la autoridad en otras instituciones y asociaciones, en órganos locales y regionales, y en una asimetría creciente entre los estados mayores con poder estructural y los más débiles que no lo tienen*<sup>14</sup>.

Si el positivismo jurídico redujo el Derecho a la creación de normas, resulta lógico que la crisis del Derecho se derive en buena medida en los aspectos que afectan el proceso de creación de normas. Javier Pamparacuatro Martín, en el marco del seminario *“Perdida del marco trascendental. Consecuencias en la realidad sociopolítica”*<sup>15</sup>, presento una explicación de cuatro aspectos en que se deteriora la calidad material y formal de la ley:

- a) Inflación: hiperproducción de preceptos legales, que son leyes solo en forma, más no en sustancia.
- b) Debilitamiento: derivado de la inflación se produce ineficacia, que se traduce en falta de respeto, incumplimiento o inaplicación de muchas normas.
- c) Volatilidad: las normas son inestables, obedecen a propuestas ocasionales y muchas veces improvisadas, se les somete a modificaciones incesantes y antojadizas, su vigencia temporal es en muchas ocasiones fugaz.
- d) Fragmentación-Desestructuración: existe una “cesión” de la soberanía legislativa a instancias supraestatales e infraestatales que de hecho sigue un proceso inverso al de la formación del estado moderno.

El Derecho en crisis implica un derecho no eficaz que conduce a lo que Ralf Dahrendorf denominó la anomia, entendida como *“situación social en la cual las normas que regulan el comportamiento de la gente han perdido su validez”*<sup>16</sup>, haciendo hincapié en lo que provee de legitimidad a las normas, lo que describe como *“las ligaduras, es decir, en los vínculos afectivos, religiosos y morales que añaden un elemento de moralidad a la validez de las*

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 91, pie de página.

<sup>15</sup> Celebrado en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad del País Vasco el 19 de diciembre de 2013.

<sup>16</sup> Dahrendorf, Ralf (1994, pp. 13-58)

*normas*<sup>17</sup>. La falta de legitimación en una norma conduce en la mayoría de los casos a no activar la sanción respectiva, que termina por desactivar la norma misma. Los altos índices de impunidad en lo público y en lo privado son muestra de la ineficacia que el positivismo jurídico padece en la actualidad.

#### 4. DEL MONISMO AL PLURALISMO JURIDICO

El paradigma según el cual no existe otro Derecho que el positivo, fue la base para el estudio, reflexión y desarrollo del fenómeno jurídico de una forma que bien puede describirse como hegemónica, sin embargo, no significa ello que no existieran posturas contrarias al positivismo jurídico. La oposición a la concepción dogmática del derecho ha sido manifiesta desde diversos sectores, los sociólogos franceses Èmile Durkheim y Marcel Mauss –*maestro y discípulo respectivamente*- consideraron que el derecho es un fenómeno social que refleja toda la variedad de solidaridad social, además, dentro de una sociedad, pueden encontrarse muchos sistemas legales interactuando entre ellos.

Ante la crisis que afronta el positivismo jurídico las reacciones no se han hecho esperar, algunas de las cuales consideran que el positivismo ha llegado a su fin, así Manuel Atienza y Juan Ramírez Manero señalan que *“El positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico”*<sup>18</sup>. Algunos que apoyan la clausura del positivismo jurídico, proponen un traslado desde un monismo a un pluralismo jurídico, en el que conviven y funcionan diversos sistemas jurídicos, incluidos algunos ordenamientos normativos considerados tradicionalmente *“no jurídicos”*, demostrando que *“la vida del derecho es más amplia y rica que la que se desprende del derecho del Estado o derecho legal”*<sup>19</sup>.

Como fenómeno social, el pluralismo jurídico no es nuevo, desde una perspectiva antropológica y cultural se puede afirmar que *los dispositivos, formas, mecanismos y usos*

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Atienza Manuel & Manero Juan Ruiz (2007, p. 25)

<sup>19</sup> Berumen Campos, Alberto (2011, p. 40)

*sociales normativos no simplemente como “derecho consuetudinario”, acepción propiamente colonialista de mostrar el carácter “exótico” de las sociedades anteriores a la forma social moderna, sino como un verdadero conjunto de reglas propio de las formas de vida pre-estatales<sup>20</sup>, sin embargo, como categoría teórica es a principios del siglo XX que se propone el estudio de la visión pluralista del Derecho. El austriaco Eugen Ehrlich, considerado el primer teórico de la Sociología del Derecho, fue el primero en introducir la idea de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos, señalando que el orden jurídico monista es una ficción, debido a que 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* <sup>21</sup>.*

El pluralismo jurídico consiste en la convivencia simultánea de diversos sistemas jurídicos, es presentado comúnmente como la coexistencia de diferentes órdenes normativos que con un mayor o menor nivel de autoridad tiene la capacidad de ser obedecido o impuesto a una comunidad concreta no solo como mecanismo de control social, sino también como vehículo para la estabilización de expectativas y forma de coordinación de comportamientos<sup>22</sup>.

El pluralismo jurídico se presenta como una opción ante el impase, estancamiento o caída que afronta el monismo jurídico. Los llamados a incorporar en la aplicación de justicia - y considerados fuente de derecho- sistemas normativos diferentes a los emanados por el poder soberano del Estado ya son una realidad teórica y práctica en diversos países. Con el auspicio del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, el Grupo por el Pluralismo en América Latina publicó el manual titulado *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico en América Latina*, menciona el incremento de la actividad investigadora sobre el pluralismo jurídico desde diversas áreas de investigación. Disciplinas como la antropología, filosofía, sociología, ciencias y políticas han realizado aportes desde la academia, que de alguna manera han tenido su efecto en la implementación de políticas públicas.

---

<sup>20</sup> Guaqueque Torres, Cesar & Sierra Mejía, Juan Carlos (2011, p33)

<sup>21</sup> Ehrlich, Eugen (1993, pp. 2 y 3)

<sup>22</sup> Guaqueque Torres, Cesar & Sierra Mejía, Juan Carlos (2011, p33)

El prefacio del manual referido menciona que *la convivencia de cosmovisiones y valores diversos conlleva conflictos sociales, políticos y económicos, más aún cuando las relaciones entre los descendientes de los pueblos originarios y de los colonizadores soportan una pronunciada carga histórica. Los Estados plurinacionales se enfrentan a una compleja tarea de redefinir sus democracias dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este proceso, las concepciones del Estado construidas durante siglos (muchas veces sin la debida participación de los pueblos originarios) chocan con algunas demandas de la plurinacionalidad. Por ello, la configuración de soluciones innovadoras y funcionales, requiere una alta capacidad de diálogo, respeto mutuo y creatividad de las sociedades del continente (el resaltado es propio).*

La aceptación de la pluralidad de sistemas jurídicos se presenta como una gran oportunidad, algo que debe implementarse y así resolver los grandes problemas que el sistema judicial afronta, en la introducción del manual se lee *con los graves problemas de acceso a la justicia, impunidad, sobrecarga de los despachos judiciales, presos sin condena, un sistema penitenciario que genera más problemas que los que resuelve etc., los Estados deben aprovechar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, para conformar una gobernabilidad democrática que tanto se echa de menos en nuestros países.*

Como ya se indicó, la existencia de diversos sistemas normativos es innegable, pero que puedan ser considerados como jurídicos y conviviendo todos en un mismo tiempo y territorio, requiere verificar si como propuesta es algo factible. El profesor Baudoin Dupret indica que la teoría jurídica el pluralismo jurídico presenta diversos problemas, explica tres aspectos que debilitan una propuesta plural del Derecho<sup>23</sup>:

- a) Punto muerto de definición: puesto que hay compitiendo varias definiciones sobre el significado del derecho, la afirmación según la cual el derecho existe de una manera plural nos deja con una pluralidad de pluralismos jurídicos, cuya

---

<sup>23</sup> Dupret, Baudoin (2007, pp. 11-16)

consecuencia más grave sería “concluir que toda forma de control social es Derecho”.

- b) Funcionalismo: el Derecho tiene una función social ordenadora, así, para los individuos genera expectativa concreta. La convivencia de diversos sistemas jurídicos tendría a una situación de expectativas muy difusas, generando en los individuos incertidumbre, de tal forma que la función del derecho quedaría desvirtuada.
- c) Culturalismo esencialista: la propuesta de un derecho “autóctono” es ingenua, solo existe en la mente de quienes la han propuesto. El Culturalismo concibe el derecho en términos holísticos, entendido como reverberación de la cultura, lo cual implica que “las sociedades” –y el derecho que las caracteriza- llevan consigo, a través de la historia, los mismos principios esenciales que los incidentes históricos solo podrán diseñar superficialmente.

A pesar de las fallas que presenta el pluralismo como teoría jurídica, existen autores que plantean que pueden ser superadas y de esta forma poder reconsiderarse la cuestión de la naturaleza plural del Derecho.

#### 5. LIBERALISMO Y PLURALISMO JURIDICO

En este apartado, se analizará la posibilidad de que el pluralismo jurídico sea compatible con el liberalismo, doctrina que defiende la libertad individual y la intervención mínima del Estado en la sociedad. De forma breve se expondrán algunas ideas básicas sobre el liberalismo:

##### a. Cooperación Social

La cooperación social está íntimamente ligada con el Derecho, las alertas de crisis requieren atención y análisis, procurando así entender cuál o cuáles son los factores que ponen en peligro la sociedad y la supervivencia misma del ser humano. Mises explica que *“El ser humano nace siempre en un ambiente que haya ya socialmente organizado.”*<sup>24</sup>, lugar en donde se desarrolla mediante la cooperación con otros, gracias a las ventajas que le ofrece la división

---

<sup>24</sup> Von Mises, Ludwig (2007, p. 173)

del trabajo y que la inteligencia humana es capaz de percatarse de ésta circunstancia, de lo contrario *“los hombres habrían continuado siendo siempre enemigos mortales entre sí, los unos frente a los otros, rivales irreconciliables en sus esfuerzos por apropiarse porciones siempre insuficientes del escaso sustento que la naturaleza espontáneamente proporciona... ningún sentimiento de amistad y simpatía hubiera podido florecer en tales condiciones”*<sup>25</sup>, agrega también que *“Cada vez que el individuo recurre a la acción concertada abandonando la actuación aislada se produce una clara mejora de sus condiciones materiales. Las ventajas derivadas de la cooperación pacífica y de la división del trabajo resultan ser de carácter universal”*<sup>26</sup>.

#### b. Concepto de Liberalismo

El liberalismo *“postula la libertad individual y social en lo político y la iniciativa privada en lo económico y cultural, limitando en estos terrenos la intervención del Estado y de los poderes públicos”*<sup>27</sup>. En la introducción de la obra Liberalismo, Mises explica que *“Los filósofos, sociólogos y economistas del siglo XVIII y primera parte del XIX formularon un programa político que presidió el orden social en Inglaterra y los EE. UU. ... Consiguió el ideario, no obstante –breve y tan incompleto como su predominio fue-, transformar la faz de la tierra. Produjo impresionante desarrollo económico. Liberadas las fuerzas productivas del hombre, los medios de subsistencia multiplicáronse como por ensalmo”*<sup>28</sup>, sin embargo también advierte que *“Cabe haya quienes rechacen el contenido y significado que se da al vocablo «liberalismo»”*<sup>29</sup>.

#### c. Propiedad privada

El programa político al que se hace referencia busca proveer a la sociedad de un “marco” de un “ambiente”, cuyas condiciones permitan que las diversas capacidades individuales operen en conjunto, permitiendo a los individuos “optar” a una mejor calidad de vida. Un tipo de

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>27</sup> Real Academia Española (2014)

<sup>28</sup> Von Mises, Ludwig (1977, p. 233)

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 15.

sociedad que posibilite mejorar las condiciones de vida de sus miembros depende del sistema jurídico, político y económico que se adopte, donde la propiedad privada juega un papel fundamental. Mises afirma que *la historia de la humanidad es la historia de la propiedad privada, plasmada a lo largo de la dilatada evolución, que permitió al hombre, partiendo de bases infrahumanas, alcanzar los altos niveles de vida propios de la civilización moderna*<sup>30</sup>. Existen, sin embargo, corrientes de pensamiento que consideran que el tema de la propiedad no es tan importante y que, en lugar de ser privada, debe transformarse en común, logrando así un desarrollo equitativo entre los individuos. El error central de quienes están en contra de la propiedad privada, es que consideran que la riqueza es algo que se encuentra de forma natural o que surge de forma espontánea, sin embargo, como aclara Mises *la producción capitalista no constituye suma dada*<sup>31</sup>, es decir que requiere su generación, que solo es posible mediante el estímulo que proporciona el interés personal de quien posee algún bien, que lo impulsa a producir para incrementar su patrimonio con el objetivo de mejorar su situación presente.

#### d. Libertad y Ley

Para el liberalismo, libertad implica el poder disponer las acciones y el patrimonio propio para la consecución de los fines propios, sin implicar que pueda hacer uno lo que le que plazca, lo cual implica un sometimiento a la ley. Resulta entonces que debe existir un referente, una norma que enmarque el actuar de los individuos de una doble manera, por un lado debe proteger al individuo de la intromisión injustificada de quienes ostentan el poder o de otros individuos, y por otro, evitar que al actuar en función de alcanzar sus fines, se lesionen derechos de terceros, por ello se puede afirmar que *la finalidad perseguida por las leyes no se cifra en abolir o limitar la libertad, sino, por el contrario, en preservarla y aumentarla*<sup>32</sup>. La lucha contra la arbitrariedad en Inglaterra durante el siglo XVII derivó en la idea de libertad individual, de tal forma que *la exigencia de leyes iguales para todos se convirtió en el arma*

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 81

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 87

<sup>32</sup> Hayek, Friedrich A. (2008, p. 213)

*principal del Parlamento frente a los deseos reales*<sup>33</sup>. Según Hayek *la libertad individual surgió inicialmente como consecuencia de la lucha por el poder, más bien que como fruto de un deliberado plan*<sup>34</sup>, de allí que el poder del Estado nacional utilizara por primera vez la legislación como instrumento político, que más adelante sería complementado con la idea de gobierno limitado que para el caso de Inglaterra David Hume lo identifica como *la evolución que va “del gobierno bajo el signo de la arbitrariedad al gobierno bajo el imperio de la ley”*<sup>35</sup>, de tal forma que fuera posible evitar *el irregular e incierto ejercicio del poder*<sup>36</sup>

e. Estado de Derecho

Para limitar el poder resulta fundamental el Estado de Derecho, asegurando así que *el gobierno no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida*<sup>37</sup>, lo cual dota de legalidad a los actos gubernamentales. Otro principio a destacar es El Imperio de la Ley, el cual *implica una limitación sobre toda la legislación, de lo cual se deduce que, por sí mismo, no constituye ley en igual sentido que lo son las leyes promulgadas por el legislador*<sup>38</sup>

f. Limitación del poder

Es posible identificar que el eje central de los principios que proveen las condiciones esenciales de la libertad bajo la ley, es el control sobre el ejercicio del poder. Hayek hace referencia a la idea expresada por F.W. Maitland quien advierte que *el ejercicio del poder en forma imprevisible origina algunas de las mayores limitaciones, pues la limitación, cuanto menos previsible, es mayor y más temida. Nos sentimos menos libres cuando sabemos que en cualquier momento y sobre cualquiera de nuestras acciones pueda recaer una limitación, por muy malas que sean, interfieren menos con la libertad que las decisiones basadas en reglas que no son previamente conocidas*<sup>39</sup>, agrega también que *si existe peligro de que un*

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, (2008, p. 225)

<sup>34</sup> *Ibid.*, (2008, p. 213)

<sup>35</sup> *Ibid.*, (2008, p. 233)

<sup>36</sup> *Ibid.*, (2008, p. 230)

<sup>37</sup> *Ibid.*, Ob. Cit., p. 282

<sup>38</sup> *Ibid.*, Ob. Cit., p. 283

<sup>39</sup> *Ibid.*, Ob. Cit., p. 177, pie de página.

*monopolista adquiera poder de coacción, el método más eficaz para impedirlo consiste, probablemente, en exigirle que sus precios sean los mismos para todos y prohibirle toda discriminación entre sus clientes. Del mismo modo, mediante el principio de igualdad ante la ley, hemos podido frenar y someter a límites jurídicos el poder coactivo del Estado* <sup>40</sup>

g. Conclusión

Luego de revisar la teoría y críticas de un posible pluralismo del Derecho, contrastadas con las ideas que fundamenta el liberalismo, resulta evidente que el pluralismo jurídico no es una teoría jurídica compatible con los ideales de la libertad individual. Como ya se indicó, la transición de la edad medieval a la edad moderna se encuentra plagada de manifestaciones en contra del abuso de poder y la incertidumbre jurídica. El espíritu de aquellos acontecimientos es liberal, son manifestaciones de *una reacción al estado anterior: el político es reacción al absolutismo de las monarquías de los siglos XVI, XVII Y XVIII; el económico, teorizado en el siglo XVIII y puesto en práctica en el XIX, es una reacción contra el sistema económico estatista, dirigista e intervencionista del antiguo régimen. También el liberalismo jurídico fue una reacción contra el ordenamiento jurídico de la época medieval* <sup>41</sup>.

La idea de un derecho plural no es más que un retorno a las condiciones jurídicas del derecho medieval, es decir diversos sistemas jurídicos funcionando simultáneamente, que irónicamente no favorece la integración de lo diverso, de lo heterogéneo, por el contrario, al no existir expectativas en cuanto a la normativa que puede aplicarse a los individuos, la reacción será la disgregación social. El Estado moderno y el positivismo jurídico dieron a la sociedad la posibilidad de conformarse por individuos de distinta raza, credo y cultura, fusión que solo es posible al existir unos principios mínimos, que permiten la convivencia pacífica entre extraños.

De las críticas expuestas sobre pluralismo jurídico resultan preocupantes al menos dos, la primera es la referente al funcionalismo, ya que al ser el Derecho el concepto que expresa la función ordenadora de la sociedad, una pluralidad de sistemas normativos implicaría las

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, Ob. Cit., p. 181

<sup>41</sup> Guzmán Brito, Alejandro, Ob. Cit., p. 22

diversas expectativas normativas y por consiguientes muchas funciones. Lo funcional debe entenderse siempre como referido a, es decir, con una intención, pero si, como es el caso del pluralismo jurídico, el Derecho surge de diversas partes, la intencionalidad no es posible, a menos que se considere que la intencionalidad es del grupo social de donde surge, que inevitablemente implica la idea de una consciencia colectiva. La segunda es sobre el Culturalismo Esencialista, cuyas consideraciones han dado pie a las nociones de derecho indígena o derecho de los pueblos, que, en lugar de posibilitar una convivencia en la diversidad, genera en la sociedad un efecto totalmente adverso, que como ya se indicó solo puede conducir a la disgregación. Un efecto interesante es el que algunos propulsores del llamado derecho indígena refieren a un fenómeno de pérdida de identidad, la cual es posible recuperar mediante la implementación del pluralismo jurídico.

En definitiva, el pluralismo presenta más dudas que soluciones, la crisis del positivismo jurídico requiere esfuerzos por superar la situación, tema que excede el objetivo del presente trabajo, quizá en la doctrina del constitucionalismo o en fortalecer las instituciones gubernamentales, en el sentido de replantear su rol en la producción de normas y la aplicación de justicia. Ortega y Gasset expresa que *Orden no es una presión que desde afuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior*<sup>42</sup>, de tal forma que es responsabilidad de los miembros de la sociedad luchar por un sistema jurídico que garantice la libertad individual y la propiedad privada, de lo contrario como advierte John Seldon *con el tiempo, por esta pequeña brecha podría escapar la libertad del individuo*<sup>43</sup>.

#### Referencias Bibliográficas

Atienza Manuel & Manero Juan Ruiz, (2007), "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Revista Isonomía*, Universidad de Alicante, España, No. 27

Berumen Campos, Alberto (2011), "El alma bella y la persona abstracta. Del pluralismo jurídico al sincretismo ético", *Revista Critica Jurídica*, Universidad Autónoma Metropolitana, no. 32

---

<sup>42</sup> Hayek, Friedrich A., Ob. Cit., p. 195

<sup>43</sup> HAYEK, Friedrich A., Ob. Cit., p. 281

Contreras, Francisco J., (2007), "El Debate sobre la superación del positivismo jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Rioja, ed. 5

Dupret, Baudoin, (2007), "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxeológica", *European Journal of Legal Studies: ISSUE 1*, vol. 1, no. 1, European University Institute

Ehrlich, Eugen (1913), *Fundamentos de la Sociología del Derecho*

Ferrajoli, Luis, (2007), *Derecho y Garantías, la ley del más débil*, Mexico, Editorial Trotta, ed. 4

Gonzalez, Felipe, (1995), "La filosofía del Derecho como concepto histórico", *Anuario de filosofía del Derecho*, no. XIV

Gonzalez, Pablo Armando, (2010), "El Estado y la globalización ante la nueva crisis mundial", *Revista Cultura y Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, no. 34

Guaqueque Torres, Cesar & Sierra Mejía, Juan Carlos, (2011), "El fenómeno del pluralismo jurídico: enfoques, conceptualización y principales críticas a sus teorías", *Revista El Centauro*, Colombia, no. 5, año 3

Guzmán Brito, Alejandro, (1983), *La codificación del Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso

Hayek, Friedrich A., (2008), *Los Fundamentos de la Libertad*, Madrid, Unión Editorial, ed. 8

Kelsen, Hans, (1993), *Teoría pura del Derecho*, México, Editorial Porrúa

Porrúa Pérez, Francisco, (1999), *Teoría del Estado*, Argentina, Editorial Porrúa, ed. 32

Rahdendorf, Ralf, (1994), *Ley y Orden*, Madrid, Civitas

Real Academia Española, (2014), *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa, ed. 23

Rojas, Gerardo, (1992), "La crisis del Derecho y su expresión en el comportamiento colectivo", *Revista Educación y Desarrollo Social*, Universidad Militar, Bogotá, vol. 3, no. 1

Vilches, Hugo, (2005), "La teoría de la historia del derecho en Ricardo Zorraquín Becú", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Chile, Ediciones Universitarias Valparaíso, no. 27

Von Mises, Ludwig, (2007), *La Acción Humana: Tratado de Economía*, Madrid, Unión Editorial, ed. 7

Von Mises, Ludwig, (1977), *Liberalismo*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín.