

Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos**-***

Legal Pluralism. Analysis of historical times

RESUMEN

Mediante el análisis de tiempos históricos podemos constatar que el pluralismo jurídico ha dominado la mayor parte de las épocas. Aunque el derecho moderno inicialmente buscó centralizar el poder político y jurídico en el Estado-nación, con base en la supremacía de la ley y la igualdad formal de los ciudadanos; la necesaria búsqueda de justicia e igualdad material trae de vuelta el pluralismo jurídico dentro del Estado. Estudiar la presencia del pluralismo jurídico en nuestras sociedades es importante, porque en la práctica nos vamos a encontrar con diferentes cuerpos normativos que muchas veces no se coordinan y que se sobrepone. También, ser conscientes de la existencia de varios cuerpos normativos válidos nos ayuda a estar más abiertos a otras perspectivas, posibilitando el diálogo y la colaboración entre diversos órdenes normativos para la búsqueda de objetivos comunes.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo jurídico, monismo jurídico, Estado, globalización.

* Doctorado y Maestría de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Profesora principal de Universidad del Rosario. Bogotá. Colombia. Contacto: dianac.valencia@urosario.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5936-6005>

** Recibido el 15 de noviembre del 2018, aprobado el 7 de octubre del 2019.

Para citar el artículo: VALENCIA TELLO D. *Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos*, En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 121-154. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05>

*** Artículo producto de investigación en estancia posdoctoral en la Universidad de La Coruña (España). Fue presentando en el Congreso ICON-S Chile en Universidad Pontificia Católica de Santiago de Chile y ICON-S Colombia en Universidad de Caldas - Manizales. Agradezco los comentarios y recomendaciones de los pares evaluadores y de los miembros del Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad del Rosario, en especial los Profesores Johanna Cortes, Natalia Aprile, Nicolás Figueroa, Andrés Gómez-Rey, Leonardo Guiza, Hugo Arenas y Juan Francisco Soto.

ABSTRACT

Through the analysis of historical times we can verify that legal pluralism has dominated most of our history. Although modern law initially sought to centralize political and legal power in the Nation-State, based on supremacy of the law and the formal equality of citizens; the search for justice and material equality brings back legal pluralism within the State. It is important to study legal pluralism in our societies because nowadays it is common to verify that different normative bodies do not coordinated and overlap. Also, being aware of the existence of several valid normative bodies helps us to be more open to other perspectives.

KEYWORDS

Legal pluralism, legal monism, State, globalization.

SUMARIO

Introducción. 1. El pluralismo jurídico en el Imperio Romano y en la Edad Media. 1.1. Breves antecedentes sobre el Imperio Romano. 1.2. El pluralismo jurídico en la Edad Media. 2. Del pluralismo jurídico al monismo jurídico. 2.1. La estrategia del jusnaturalismo. 2.2. El Estado-nación: la centralización del poder político y jurídico. 2.3. El Estado social de derecho. 3. El pluralismo jurídico estatal en el siglo xx. 4. El pluralismo jurídico en la era global. 4.1 Globalización y nuevas tecnologías. 4.2 Pluralismo jurídico en el siglo xxi. 5. Consideraciones finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Desde finales de la década de 1980, diversos autores han estudiado y debatido el pluralismo jurídico, con la finalidad de redefinir las relaciones entre el Estado y la sociedad; y con ello, construir nuevos conceptos sobre el derecho para un mundo posmoderno¹. Sin embargo, hasta el momento no existe ningún acuerdo sobre cómo conceptualizar el pluralismo jurídico presente en las sociedades y en los Estados, pues dependiendo de la visión y disciplina de cada autor, el concepto invoca diferentes contenidos. Por ello, este artículo tiene como propósito estudiar el pluralismo jurídico como un *fenómeno*, esto es, como un hecho presente en diversos momentos de la historia de la

1 SOUSA SANTOS, B. Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, vol. 14, n.º 3, 1987, 279-302. MERRY, S. E. *Legal Pluralism*. *Law & Society Review*, vol. 22, n.º 5, 1988, 869.

humanidad, con el objetivo de dejar de lado la perspectiva dominante que idealiza el derecho a un cuerpo uniforme, organizado y consistente².

Inicialmente, los estudios sobre pluralismo jurídico se concentraron en la existencia de sistemas normativos por fuera del Estado, es decir, sistemas normativos no oficiales como los culturales, que pueden ser regulados por la costumbre, la religión o la economía, etc.; los cuales son vinculantes para las personas que pertenecen a comunidades específicas³. Pero, la presente investigación busca analizar la existencia del pluralismo jurídico dentro del Estado, es decir, dentro de las estructuras oficiales del Estado, cuando se evidencia la existencia de diversos órdenes jurídicos que regulan el mismo asunto y/o los mismos sujetos. Estudios sobre el Pluralismo Jurídico Estatal (PJE) han sido realizados por Nelcy Lopez Cuéllar, quien define este fenómeno como: “[...] aquella pluralidad de ordenes jurídicos sobre un mismo asunto e idénticos sujetos regulados, coexistentes dentro del mismo Estado”⁴.

Así, el PJE cuestiona la idea de derecho estatal como un sistema monista con capacidad de comando centralizado; idea que fue fortalecida con el advenimiento del Estado-nación mediante el fortalecimiento del centralismo jurídico; donde el derecho del Estado *debe ser* uniforme para todas las personas, excluyente de cualquier otro tipo de normatividad, y administrado por un conjunto de instituciones estatales soberanas, con unidad de propósitos.

Por el contrario, el PJE hace referencia a una *realidad jurídica* donde coexisten diferentes cuerpos normativos que muchas veces no se coordinan y que se sobreponen⁵, causando conflictos entre sistemas normativos válidos, que pueden tener propósitos e ideologías diferentes. Teniendo en cuenta el amplio panorama que puede ser estudiado bajo la lupa del PJE; en el presente escrito vamos a abordar el análisis de los sistemas normativos oficiales en diferentes momentos históricos, con la finalidad de evidenciar que el pluralismo jurídico ha dominado la mayor parte de las épocas.

En todas las épocas, los mitos y los ideales han sido fundamentales para organizar la vida en sociedad alrededor de ideas compartidas; y por ello, el mito del centralismo jurídico en cabeza del Estado-nación ha sido fundamental para la consolidación de las sociedades modernas. Pero cuando los mitos son cargados de pretensiones de veracidad absoluta, impiden reconocer su inmaterialidad y los obstáculos que pueden crear para la solución de proble-

2 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. *Sydney Law Review*, Vol. 29, 2007, 375.

3 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, cit., 397 y ss.

4 LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015, xix.

5 GRIFFITHS, J. ¿Qué es el pluralismo jurídico? En BONILLA, D. et ál. (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, 148.

mas y discriminaciones injustas presentes en las sociedades. Por ello, para Harari, es lamentable verificar que en la historia existe una regla de hierro sobre las jerarquías imaginadas, que niega sus orígenes ficticios y afirma ser natural e inevitable⁶. En consecuencia, es importante el estudio del PJE para desmitificar el derecho del Estado y con ello, analizar la existencia de diversas experiencias jurídicas, con aciertos y errores sobre los que podemos aprender.

En este contexto, la presente investigación utilizará el marco conceptual de la Escuela de Florencia de historia del derecho, que estudia el pensamiento jurídico en el marco de la cultura europea. Al analizar diferentes experiencias jurídicas, Paolo Grossi, fundador de la Escuela, advierte que muchos tienden a confundir el derecho con una orden que procede desde arriba, como ley, como poder supremo, vinculado al poder político y, aunque el derecho moderno se sustenta en buena medida en las leyes del Estado, es incorrecto pensar que este tipo de leyes conforman en su totalidad el fenómeno jurídico, pues el derecho “[...] *en su esencia, más que poder es ordenación*, es la misma sociedad la que se auto-organiza percibiendo ciertos valores históricos, trazando sobre ellos algunas reglas y observándolas en la vida de cada día”⁷.

En este orden de ideas, en la primera parte de este artículo analizaremos el pluralismo jurídico existente en el Imperio Romano y los inicios de la Edad Media, para después estudiar como fue el paso del pluralismo jurídico al monismo jurídico. En la tercera sección analizaremos la expansión del pluralismo jurídico dentro del Estado en el siglo xx, teniendo en cuenta el aumento de la complejidad en las administraciones públicas, conforme un nuevo modelo de Estado regulador⁸, que potencializa la privatización, liberalización y desregulación de áreas que antes eran monopolio del Estado⁹. Finalmente, en la cuarta sección, analizaremos el pluralismo jurídico en el capitalismo avanzado, producto de un nuevo orden global, donde el Estado ya no tiene poder autónomo de ordenación y control como en épocas anteriores¹⁰.

Con esto, el presente artículo pretende mejorar nuestra comprensión sobre el pluralismo jurídico presente en el siglo XXI, pues el surgimiento del espacio público global plantea nuevos desafíos que no pueden ser afrontados con seriedad desde la visión centralizadora del Estado. Como será analizado, en la actualidad, el poder político ya no reside exclusivamente en el Estado-

6 HARARI, Y.N. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Ros. J. (trad.). Bogotá: Debate, 2018, p. 156.

7 GROSSI, P. *Europa y el Derecho*. Giuliani L. (trad.). Barcelona: Crítica, 2008, p. 15.

8 JORDÃO, E. *Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

9 BRESSER PEREIRA, L.C. *Reforma do estado para a cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 34a. ed. Sao Paulo: ENAP, 1998.

10 CASTELLS, M. *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura. La sociedad Red*. MartíÑez Gimeno, C. (trad.) 7a. ed. Vol. 1. 3 vols. México: Siglo XXI, 2008.

nación¹¹ y, en consecuencia, podemos verificar la existencia de más de un sistema normativo coexistiendo en el mismo campo social¹². En este orden de ideas, reflexionar sobre el pluralismo presente en nuestras sociedades nos debe ayudar a evitar caer en verdades absolutas, que puedan ser impuestas autónomamente en sociedades complejas y, con ello, buscar caminos de investigación, diálogo y debate para la construcción conjunta de sociedades que respeten la diversidad de las comunidades.

1. EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL IMPERIO ROMANO Y EN LA EDAD MEDIA

1.1. Breves antecedentes sobre el Imperio Romano

El Imperio Romano comprende un periodo de la historia de la humanidad que data del 27 a.C al 476 d.C. Se caracteriza por el dominio de Roma, de amplios territorios, a medida que el ejército consolidaba el control sobre las poblaciones locales. La expresión latina “*Imperium Romanum*” significa literalmente “el dominio de los romanos”. Este dominio fue posible gracias al gran ejército expansionista utilizado para ampliar las fronteras del “*Imperium*” en zonas de Europa, África y Asia.

Según Fioravanti, el “*Imperium*” concentraba cuatro poderes especiales. El primero era el poder de imponer tributos, aspecto fundamental para el funcionamiento del propio Imperio, así como para la construcción de los caminos romanos y las demás obras públicas que permitieron imponer la cultura romana a otras comunidades. El segundo fue el poder de pedir el sacrificio de la vida para garantizar la lógica expansionista del imperio. El tercero hace referencia a la capacidad de imponerse a controversias como tercero neutral y, finalmente, el cuarto poder es la capacidad de hacer cumplir las sentencias y las decisiones del Imperio¹³.

Debido a la gran variedad de territorios y de culturas que fueron colonizadas, el Imperio Romano permitió la coexistencia de cuerpos normativos diferentes, siempre que estos no atentaran contra los intereses del imperio. La existencia de la ciudadanía romana solo para determinados hombres que pertenecían al imperio, determinaba diferentes cuerpos normativos aplicables para los ciudadanos, los no ciudadanos y los esclavos. En este sentido,

11 ANDERSON, G, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 3. APUD. SERNA DE LA GARZA, J.M., *Globalización y derecho constitucional comparado* En BOGDANDY, A. et ál. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, t. II, pp. 759-789.

12 MERRY, S. E. *Legal Pluralism*, cit.

13 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*. Martínez Neira, M (trad.). 7ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2016, pp. 26 y ss.

debemos afirmar que el pluralismo jurídico fue la norma durante el Imperio Romano¹⁴.

1.2. *El pluralismo jurídico en la Edad Media*

El periodo medieval cubre aproximadamente 1000 años, razón por la cual es difícil realizar generalizaciones sobre este periodo de la historia. No obstante, en contraste con el anterior periodo del Imperio Romano, el inicio de la Edad Media, se caracteriza por la dispersión del poder y el aislamiento de las comunidades en grandes territorios que no están interconectados, pues la centralización del poder, es decir el *Imperium* colapsó ante las invasiones de otros pueblos tales como: barbaros, hunos, musulmanes, entre otros¹⁵. Al respecto, Grossi afirma:

Un aparato de poder fuerte, capilar, muy articulado, como el romano, no fue sustituido (o no se pudo sustituir) por otro de igual calidad e intensidad. La circunstancia verdaderamente nueva y caracterizadora es el *carácter incompleto* del poder político que se realizó en el devenir histórico medieval¹⁶.

Desde finales del siglo IV al siglo VI, las guerras, las epidemias y las carestías producen una enorme crisis demográfica en Europa, haciendo que la supervivencia sea cada vez más difícil. En estas duras circunstancias, el individuo no puede sobrevivir sin su comunidad y el derecho retoma su carácter *natural*, es decir, es un derecho que es engendrado desde abajo, como respuesta de una sociedad que se auto-ordena frente a una realidad compleja¹⁷. El derecho no es escrito por un príncipe, sino que está escrito en las cosas físicas y sociales, en el *orden natural de las cosas* que actúa como salvación de la comunidad¹⁸. Por ello, esta época se caracteriza por un fuerte pluralismo, pues cada comunidad creaba su propia costumbre, conforme la pluralidad de fuerzas presentes en un determinado orden social.

El aislamiento de las sociedades europeas causa que el comercio disminuya y que el sistema feudal se instale en los territorios dominados por duques y barones locales, quienes inicialmente fueron más poderosos que los propios reyes, en razón al aislamiento que tenían las comunidades. La cultura teocéntrica causa una injerencia relevante de las iglesias (católica y musulmana) en las normas que dominan estas sociedades. El respeto por la tradición, la costumbre y el orden natural de las cosas genera una sociedad

14 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, cit., 397 y ss.

15 *Ibíd.*

16 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 19.

17 *Ibíd.*

18 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, p. 31.

estamental con diferentes tipos de derechos y obligaciones para las personas, dependiendo del estamento o categoría al que cada uno pertenezca¹⁹.

Durante los siglos XII y XIII, el redescubrimiento de Aristóteles y del Código de Justiniano marca una nueva etapa en la Edad Media, pues también se establecen las primeras universidades. Así, a partir de este periodo empezamos a verificar la existencia de diversas clases de leyes e instituciones, las cuales muchas veces ocupaban el mismo espacio, causando en algunos casos conflictos, mientras en otros casos son fuente de complementariedad²⁰.

Para Boaventura de Sousa Santos, las tensiones entre regulación y emancipación tienen sus primeras manifestaciones con la recepción del derecho romano en Europa desde el siglo XII, pues desde este momento, se inicia un movimiento intelectual desde la Universidad de Boloña, que rápidamente se extiende y que permite la creación del derecho de forma independiente a las reglas feudales existentes. En ese entonces, la sociedad feudal continuaba profundamente fragmentada y su pluralismo era radical. En consecuencia, existían diversos señores temporales y espirituales que demandaban explotar cada territorio y las personas que se encontraban en él. Así, la misma persona podía estar sujeta a diferentes cuerpos normativos, según el caso, dentro de un sistema donde no existen reglas claras de competencia. Por ello el sistema jurídico es descrito como pesado, caótico y arbitrario²¹. Estas normas incluían las costumbres locales (la mayoría de ellas no escritas); el derecho germánico (codificado); el derecho feudal (la mayor parte no escrito); la *lex mercatoria* seguida por una nueva clase social en ascenso (los burgueses y mercaderes), el derecho canónico de la Iglesia Católica Romana, desarrollado en las universidades y el antiguo derecho romano²². Sobre el pluralismo jurídico medieval, Grossi afirma:

El nuevo orden jurídico se halla bajo el signo del particularismo, es decir, es un orden que no puede y no quiere sofocar las exigencias del particular y las que el poder político incompleto permite vivir y desarrollarse en toda su vitalidad²³.

Por ello, el príncipe no es visto como poder supremo, con capacidad de proyectar su voluntad tiránica sobre la comunidad de los súbditos, sino que el príncipe es una figura que debe estar atento a la lectura de la *naturaleza*, donde están inscritos los cánones de lo justo, para ordenar equilibradamente a las comunidades. En este sentido, durante esta etapa madura de la Edad Media, el príncipe no es un legislador, es decir, *el príncipe no es un hacedor*

19 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, cit., 377.

20 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 28.

21 SOUSA SANTOS, B. *Toward a new common sense law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York. Londres: Routledge. 1995, 56 y ss.

22 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, cit., 379

23 GROSSI, P. *Europa y el Derecho*, 31.

del derecho, pues ante el imperio de la costumbre, el príncipe debe respetar también el *orden natural de las cosas*²⁴.

En consecuencia, esta etapa se caracteriza por la existencia de diversos tipos de cortes o foros judiciales tales como: cortes municipales, cortes mercantiles, corte de penas, cortes reales y cortes de la Iglesia, solo para dar algunos ejemplos. Por lo tanto, eran numerosas las disputas por demarcar las fronteras entre las distintas jurisdicciones de las cortes. Por ejemplo, la Iglesia reclamaba autoridad sobre disputas en temas como matrimonio, herencia y cualquier otro asunto de interés de la Iglesia. Los problemas podían ser mayores en territorios con presencia de judíos y musulmanes, como en la Península Ibérica, pues cada Iglesia tenía su propio cuerpo normativo y pretendía tener la autoridad suprema sobre las disputas²⁵. Debido a que el pluralismo jurídico de la Edad Media es caótico, arbitrario y poco práctico para el desarrollo de reglas claras entre las diversas comunidades, de forma paulatina y gracias a los nuevos descubrimientos, se comenzará a consolidar nuevos mitos y, con ellos, nuevas reglas de juego.

2. DEL PLURALISMO JURÍDICO AL MONISMO JURÍDICO

El siglo XIV es un tiempo de profunda transición de lo viejo a lo nuevo, también es un siglo de guerras, carestías y epidemias como la peste, que causa numerosas muertes en todo el continente, afectando gravemente la cultura agraria y los procesos de urbanización. La falta de capacidad de las comunidades para mitigar los efectos de estas tragedias, inicia un cambio en la consciencia colectiva que tendrá profundos impactos en el orden político y jurídico. El cambio que se ha iniciado hace referencia a una nueva visión del papel del hombre en el mundo cósmico y en la sociedad, visión que se materializará a finales del siglo XVIII con la Revolución Francesa. La visión humanista que inicia en esta época, representa una nueva perspectiva de la relación hombre-sociedad-naturaleza, pues de ahora en adelante, se tendrá una valoración optimista sobre las capacidades del sujeto, lo que le permite liberarse de todo condicionamiento exterior. Esto otorga una actitud de plena confianza frente al soberano en la sociedad, quien en virtud de su voluntad es capaz de moldear el mundo conforme a sus propios fines²⁶.

Así, si la Edad Media se había caracterizado por ser una *sociedad de sociedades* dominada por la costumbre y el orden natural de las cosas; el *individualismo* que comienza a estructurarse poco a poco a partir del siglo XIV, busca liberar al sujeto físico de las pesadas cadenas de los órdenes comunitarios y, en consecuencia, las entidades políticas que se forman a partir

24 Ibid.

25 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, cit., 380.

26 GROSSI, P. *Europa y el Derecho*, 32 ss.

de entonces están cargadas de voluntad para cambiar el mundo conocido. Especialmente, Francia es el *laboratorio político-jurídico de la modernidad*²⁷, pues es allí donde se producen las primeras manifestaciones del poder del príncipe para legislar.

La obra de Bodin, *Seis libros sobre el Estado* (1576), es una muestra de este importante cambio. En el libro I, cap. VIII, Bodin diferencia los conceptos de *ley* y *derecho*, afirmando que la *ley* expresa exclusivamente la voluntad del monarca, mientras el *derecho* expresa las reglas de las costumbres nacidas de la equidad subyacente de las cosas²⁸. Bodin también realiza una “clara” *distinción entre lo público y lo privado*, determinando que la república es el *recto gobierno de varias familias* y lo que les es común con poder soberano; para luego describir la soberanía como el *poder absoluto y perpetuo de una república*. Aquí, el monarca concentra los derechos a legislar, sobre la paz, a nombrar altos dignatarios, derecho supremo de justicia, derecho a la fidelidad y obediencia, derecho de gracia, derecho de la moneda y derecho de fijar impuestos²⁹. Así, Bodin nunca explica qué sucede con la soberanía cuando el Rey pierde uno de estos derechos; razón por la cual, en el siglo XIX, Jellinek va a afirmar que Bodin solo describe los derechos que en su momento tenía el rey de Francia, sin fundamentar apropiadamente el concepto de soberanía³⁰.

En el contexto de centralización del poder político y jurídico en cabeza del rey, el paso al monismo jurídico implicó diversas alianzas entre nobles y burgueses para centralizar el poder político, declarando también la autonomía del monarca frente a la iglesia. En especial, el tratado de Augsburgo (1555) que declara la autonomía del soberano para elegir religión en su territorio, y el tratado de Westphalia (1648), que divide a Europa en territorios gobernados por soberanos, ayudan a consolidar, poco a poco, un poder centralizado en cabeza del monarca, dentro de fronteras territoriales específicas³¹.

La aparición del *jus commune* en el siglo XVI es fundamental para establecer un lenguaje común y métodos de enseñanza comunes, que empiezan a perfilarse como un “sistema intelectual superior” al servicio de intereses progresistas, que buscaban la consolidación de un sistema autónomo, humanista y laico, donde el racionamiento legal se basaba en la autoridad y en el glamour del ideal de la cultura romana. La enseñanza de los glosadores y comentaristas del derecho romano, representa la combinación perfecta de autoridad (*translatio imperii*) y razón (*ratio scripta*) para justificar la necesaria regulación

27 Ibid.

28 Ibid.

29 BODIN, J. *Los seis libros de la República*. BRAVO GALA, P. (trad.), 4a. ed., Madrid: Tecnos, 2006.

30 JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. RÍOS, F. (trad.), México: Fondo de Cultura Económica, 2000, 422-423.

31 VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Ibáñez, 2015, p. 149.

de las sociedades con base en el derecho romano. Para Sousa Santos, esta forma de regulación tiene un final infeliz en el siglo XIX con la pandentística alemana, que transforma el derecho romano en un derecho jerárquico, basado en una racionalidad técnico formalista, que al estar más preocupada por la perfección técnica y la coherencia lógica, supone una neutralidad ética que no existe en el derecho romano³².

En este sentido, bajo la ideología del centralismo jurídico en cabeza del Estado, el monismo jurídico requirió de varios siglos para unificar la jurisprudencia y los mecanismos de aplicación de la ley en los diversos territorios europeos, donde el uso del derecho romano fue fundamental para justificar las instituciones en proceso de construcción. De esta forma, los otros sistemas normativos fueron absorbidos o eliminados de forma paulatina y, en el caso del derecho canónico, este pasó a ser norma moral no vinculante para el Estado; aunque en la práctica, en muchas comunidades, el derecho no recocado por el Estado fuera más efectivo y vinculante que el propio derecho del Estado³³.

La tajante división entre política y religión, razón y fe, causa que las leyes dejen de ser vistas como ordenación de costumbres y principios naturales para pasar a ser *instrumentos estratégicos de la lucha* por el poder político para alcanzar objetivos sociales o individuales previamente establecidos. Por ello, la obra de Maquiavelo “El príncipe” (1513)³⁴ es un buen referente que describe este importante cambio en la conciencia colectiva, al analizar las diferentes estrategias que puede utilizar un gobernante para alcanzar el poder político, sin tener mayores consideraciones sobre el *justo empleo* de este poder o la *equidad* subyacente de las cosas, en beneficio de las comunidades.

2.1. La estrategia del jusnaturalismo

Para justificar la construcción de un nuevo orden que propendiera por la unificación de la jurisprudencia y los mecanismos de aplicación de la ley, el jusnaturalismo fue fundamental para dejar atrás los conflictos y los diversos órdenes de la edad media. El jusnaturalismo del siglo XVII se caracteriza por liberarse de las explicaciones artificiales de autoridad, creadas por las iglesias o por los monarcas, pero, en su lugar, es creada otra idea artificial: el *estado natural del individuo*, que no está condicionada por órdenes sociales o colectivos, aunque estos aparecerán posteriormente. Al respecto, Grossi afirma:

32 SOUSA SANTOS, B. *Toward a new common sense law, science and politics in the paradigmatic transition*.

33 TAMANAH, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, 381.

34 MACHIAVELLI, N. *El Príncipe*. RENDÓN LÓPEZ, R. (ed.), González Blanco, E. (trad.), Bogotá: Panamericana, 1999.

[...] se opta por un saber virtual: el estado de natura es solo un laboratorio en que, más que experimentar, se ejerce la fantasía del jurista. Queremos decir que el jusnaturalismo del siglo xvii procede razonando por modelos, es un gran y elaborado discurso medido sobre un modelo abstracto de hombre que nunca ha tenido una existencia concreta porque no está hecho de carne y hueso, y porque flota en una especie de paraíso terrenal sin espacio y sin tiempo³⁵.

En este sentido, el jusnaturalismo moderno es identificado como una estrategia de intelectuales para trazar un nuevo orden social y jurídico que busca establecer un nuevo orden económico, el capitalismo, el cual se soporta en la *naturalidad* de la propiedad de los bienes, fruto del instinto de conservación, donde el sujeto que recibe todos los cuidados es el propietario. Por ello, todo el andamiaje jusnaturalista se soporta en *conceptos abstractos* sobre el sujeto, la libertad, la igualdad, la propiedad y las relaciones, causando que la validez de este proyecto científico sea *simplemente formal*, pues en la práctica, la abstracción solo favorece al hombre propietario, mientras deja absolutamente desprotegidos al resto de los individuos no propietarios³⁶.

Para Capella, nociones como el “estado de naturaleza” y el “contrato o pacto social” son hipótesis teóricas, necesarias para reflexionar sobre el poder político, pero que no pueden representar una experiencia histórica concreta. Estas hipótesis teóricas son utilizadas estratégicamente para legitimar las instituciones básicas que dan origen a la economía capitalista³⁷, pues antes que el poder estatal pueda intervenir en otras áreas, fueron creadas estrictas divisiones entre la esfera pública y la privada, dentro de sociedades patriarcales, que solo reconocían derechos a los hombres blancos con propiedad, con el objetivo de impedir que el Estado interviniera inapropiadamente en asuntos catalogados como “privados”.

En Francia, Ripert señalaba que, desde sus inicios, el capitalismo industrial y financiero *creó una legislación que le permitió afirmar su poder*. Aquí el autor recuerda que la economía capitalista se instauró en un mundo que ya tenía sus instituciones y reglas, por ello, fue necesario modificar lo que ya existía, para crear e instalar lo que no existía; fundando un régimen jurídico a la medida del nuevo sistema económico en construcción³⁸.

Aunque inicialmente el jusnaturalismo fue fundamental para la construcción de diversas instituciones capitalistas, y para el “despotismo ilustrado” luego de las revoluciones; también es cierto que el jusnaturalismo fue relevante para comprender el constitucionalismo moderno y las cartas de derechos de

35 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 90.

36 *Ibíd.*

37 CAPELLA, J.R. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Cuaderno marrón*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 107-109.

38 RIPERT, G. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Azevedo, G. (trad.), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, 21.

los siglos xvii y xviii, que buscaron proteger a los individuos de las indebidas intromisiones del antiguo régimen medieval³⁹. Así “[...] el derecho se convierte en un objeto privilegiado de la reflexión intelectual y de la acción política”⁴⁰. Para que esto fuera posible, *fue necesario agigantar e idealizar el papel del príncipe en el terreno específico de la producción del derecho*, con la finalidad de utilizar el derecho del Estado como instrumento privilegiado de transformación social con base en la legitimidad de la ley y del discurso jusnaturalista, donde todos los individuos son iguales.

Aunque, en el inicio, el jusnaturalismo tuvo la pretensión de construir premisas universales que pudieran ser aplicadas a todos los casos –conforme abstracciones realizadas por soberanos e intelectuales ilustrados–, el problema surge cuando verificamos que en el mundo moderno existen varios príncipes ubicados en diferentes territorios. Así, del universalismo jusnaturalista pasamos al particularismo estatalista, lo que para Grossi representa *la antinomia fundamental de la modernidad política y jurídica*⁴¹.

Por ello, detrás del jusnaturalismo que predica la *razón natural* y la *voluntad general* de un pueblo inanimado, se esconde la justificación perfecta para *la entrega de la producción del derecho al poder político* que, en aquel entonces, pertenecía a una elite, con intereses bien definidos. Así, del caótico pluralismo jurídico del antiguo régimen, poco a poco el mundo moderno se abre paso, –con apoyo del poder político del Estado y del poder económico de la burguesía–, al monismo jurídico, construido desde arriba, esto es desde las altas esferas del poder político, que tiene ahora total autonomía para hacer *la ley general y abstracta* y proclamar *la voluntad del pueblo*⁴².

2.2. El Estado-nación: la centralización del poder político y jurídico

En Europa Continental, la ley del Estado se convierte en una forma superior de derecho, la cual hace posible el derecho natural y el derecho internacional entre los Estados⁴³. Otros cuerpos normativos, como la costumbre o el derecho canónico, ahora pertenecen a la esfera privada de las comunidades o de la religión. Aun así, muchas veces las normas religiosas y la costumbre fueron mucho más efectivas que la ley del Estado, pero definitivamente estos ordenamientos jurídicos no contaban con el mismo estatus⁴⁴.

La Revolución Francesa se caracterizó por tratar de instaurar un nuevo orden, cambiando todos los instrumentos que regían la monarquía y configurando un nuevo Estado, con base en el principio de la supremacía de la ley y

39 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 25 y ss.

40 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 92 y ss.

41 *Ibíd.*

42 *Ibíd.*

43 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 98 y ss.

44 TAMANAHA, B. Z. *Understanding Legal Pluralism*, 381 y ss.

del legislador como nuevo representante de la nación⁴⁵. La racionalización del poder facilitó la ampliación de las estructuras administrativas, según el modelo jerárquico y centralizado (que es una herencia del antiguo régimen monárquico), reforzando poco a poco las técnicas administrativas y ampliando el poder de las burocracias, conforme las necesidades del momento⁴⁶.

La concentración del *Imperium* en el legislador como intérprete de la voluntad general, aparece como la máxima garantía de que nadie puede ejercer coacción sobre los individuos, sino en nombre de la ley general y abstracta⁴⁷. Esto es posible, porque bajo la lógica revolucionaria, los derechos naturales de los individuos y la soberanía nacional son realidades complementarias. Sin embargo, después de jacobinismo, la alianza entre el individuo y el soberano se derrumbaría, cuando el terror revolucionario demuestre la capacidad destructiva que puede tener el poder soberano sobre el pueblo⁴⁸.

Según Hannah Arendt, la concepción de Rousseau de una nueva voluntad general, inspirando y dirigiendo la nación, se vuelve *axiomática* y por ello representa el sustituto teórico de la voluntad soberana de un monarca absoluto⁴⁹. La búsqueda por certezas teóricas absolutas impidió verificar que en la práctica el derecho y el poder no operaban solo bajo leyes universales. Por ello, para Grossi, con la Revolución Francesa comienza un largo periodo de no solo legalismo, sino de auténtica *legolatría*, pues la ley se convierte en objeto de culto, sin que importe su contenido, causando un auténtico *absolutismo jurídico* que va de la mano con el *liberalismo económico*, que está en proceso de construcción⁵⁰.

La Ley *Le Chapelier* (1791) se encarga de extinguir de un solo golpe toda instancia intermedia entre los individuos y los gobernantes, lo que dio vía libre al refuerzo incontrolado de poderes en la cúpula y al centralismo jurídico y político del Estado⁵¹; pues el pueblo, que se identifica con la nación, tiene la única función pasiva de elegir a sus representantes.

Por esto, Ripert afirma que cuando el legislador anuncia la libertad del comercio y de la industria, mediante la Ley 2-17 de marzo de 1791, no solo

45 BREWER-CARIAS, A. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. 2a. ed. Bogotá: Editora Universidad Externado, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, 156 y ss.

46 RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado. 2009, 30.

47 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 35 y ss.

48 COSTA, P. *Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna*. En FONSECA, R. M. et ál. (ed.) *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, 45 y ss.

49 ARENDT, H. *Da Revolução*. Vieira, F. (trad.) Brasília: Universidad de Brasilia. 1988.

50 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 100.

51 COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5a. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2007.

declaraba un principio fundamental para el nuevo sistema económico, sino que también destruía la vieja *sociedad de sociedades*. La ley declaró que las asociaciones obligatorias estaban suprimidas y tres meses después las asociaciones libres también estarían prohibidas. Así, un orden social fuerte en el pasado fue destruido por la omnipresencia de la ley. En este sentido, la ley fue útil, no solo por lo que dio, sino sobre todo, por lo que destruyó⁵².

Poco a poco, de una sociedad de sociedades, caracterizada por la fragmentación y el pluralismo, pasamos a una estructura simple y compacta, donde todos los sujetos se presumen iguales, borrando de golpe estratificaciones seculares y estableciendo estructuras simples y homogéneas, como el Estado y la Ley. La reducción del *derecho* a la *ley*, degenera en un *eficaz aparato mitológico* que se fundamenta en axiomas, esto es, en verdades indemostradas e indemostrables, porque contradicen toda experiencia previa de las comunidades. Así, la ley es rodeada de una gruesa capa mitológica, la cual no es merecedora de respeto por sus contenidos justos, sino solo por ser ley, es decir, por ser un acto proveniente del poder supremo del Estado⁵³. También el Estado es mitificado con base en el concepto de soberanía, que concentra el poder político y jurídico de toda la comunidad que comanda. Al respecto, Kelsen afirmaba:

Lo característico de la moderna Teoría del Estado consiste precisamente en conceder a éste un valor absoluto, lo cual se realiza por medio del concepto de soberanía. Sólo de esta manera consigue dicha Teoría diferenciar de un modo fundamental y absoluto el Estado de todas las restantes comunidades, en especial de los municipios y demás corporaciones territoriales análogas, y comprenderlas como partes integrantes del Estado sometidas a él. El Estado es la corporación suprema, es decir, la más amplia y comprensiva⁵⁴.

Aquí es importante resaltar que en la etapa de consolidación del Estado-nación, el iusnaturalismo pasa a un segundo plano, pues los derechos naturales de los individuos no pueden contestar el poder fundacional del Estado. Por ello, el *orden jurídico* debe transformarse en *orden legal* y, para esto, el Código Civil cumple una importante función, pues rompe el viejo sistema de fuentes del derecho y crea un nuevo sistema normativo cerrado y autosuficiente que los jueces deben respetar. El código se impone frente a las constituciones y las declaraciones de derechos que son fluctuantes y por eso poco seguras. Fioravanti afirma que en este modelo, los derechos no son garantizados por

52 RIPERT, G. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*.

53 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 100.

54 KELSEN, H. *Teoría general del Estado*. Legaz Lacambra, L. (trad.) 2a. ed. México: Coyoacán. 2008, 151.

las constituciones, sino por el derecho positivo del Estado, es decir por el Código Civil y la ley⁵⁵, conforme los intereses políticos presentes.

La ley, como principal fuente del derecho, permite garantizar la unidad jurídica y la autoridad política del Estado, dos elementos fundamentales para la creación del monismo jurídico, que busca organizar la sociedad de forma segura y autónoma, bajo parámetros de igualdad formal, al margen de imperativos éticos, pues la ley abstracta es independiente de las necesidades económicas y sociales que antes determinaban su existencia.

La construcción del Estado, como un aparato de comando, basado en la ley, durante la época de policía, permitió mantener el Estado alejado de la sociedad, aunque aparentemente se buscaba informar y fomentar el desarrollo. Por eso el Estado y la sociedad son dimensiones opuestas, donde la máquina del príncipe persigue la realización de valores propios que no coinciden con los de la sociedad que comanda⁵⁶. La doctrina más madura del Estado de derecho va a afirmar que los derechos de los individuos se fundamentan sobre el acto soberano de autolimitación del Estado, pues si las libertades nacen de las normas del Estado, se debe admitir que existe solo el derecho fundamental a ser tratado conforme las leyes del Estado. Por ello, la constitución no puede cuestionar la autoridad del Estado, ni las certezas de las normas⁵⁷.

2.3. El Estado social de derecho

En la segunda mitad del siglo XIX la revolución industrial sucedida en Inglaterra, Alemania y Francia, no solo ayudó a consolidar la supremacía tecnológica occidental⁵⁸, sino que también introdujo cambios importantes en la estructura del modelo jurídico hasta ahora implementado.

Ripert resalta que debido a que la principal preocupación del Código Civil era la propiedad inmobiliaria, (que ahora estaba liberada del dominio señorial) pronto, estas instituciones fueron insuficientes para el desarrollo del capitalismo industrial y, por ello, cuatro años más tarde, olvidando el principio de igualdad ante la ley, se hace necesario un Código para Comerciantes, que establece nuevas figuras jurídicas, fundamentales para la industria naciente, tales como, las sociedades comerciales y la sociedad por acciones. Pero, es importante resaltar que para las demás actividades, el legislador continuó utilizando las formas jurídicas establecidas en el Código Civil⁵⁹.

En el siglo XIX, el Código de Napoleón resolvía el problema del trabajo dependiente utilizando la antigua figura de la locación del derecho romano.

55 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 103 y ss.

56 COSTA, P. *Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna*.

57 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 103 y ss.

58 CASTELLS, M. *La era de la Información*, 60 y ss.

59 RIPERT, G. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*.

Así, se entendía que el individuo, en calidad de propietario de su propia fuerza, ofrece “libremente” su trabajo a otro individuo, contra la prestación de un salario, convirtiendo al trabajo en tan sólo una cosa, regulada por el Código Civil⁶⁰. Aquí no es relevante la desigualdad fáctica existente entre las partes, pues nos encontramos ante un sistema jurídico basado en el axioma de la igualdad formal entre todos los ciudadanos.

La revolución industrial representa un triunfo del capitalismo, que con ayuda de las máquinas, y de normas creadas a la medida de las necesidades, crea las macroempresas, con capacidad de acumular grandes capitales y de contratar a miles de trabajadores, en condiciones inhumanas. Pero al mismo tiempo, la macroempresa ayuda a evidenciar la fragilidad del sujeto humano, frente a las máquinas y a las injustas condiciones contractuales, basadas en la igualdad formal de las partes⁶¹.

Por esto, la Revolución Industrial también fue importante para el retorno de las corporaciones y las asociaciones como instrumentos capaces de intermediar entre el Estado y el individuo y, como instancias de protección personal, cuando las condiciones lo demandan. En este sentido, fueron necesarias numerosas luchas sociales para que el individualismo burgués aceptara la necesidad de leyes sociales que protegieran a la parte más débil de la relación contractual. Poco a poco, nace el derecho laboral como lucha de clase, que busca reivindicar la importancia de la solidaridad dentro de las comunidades. Por ello, el surgimiento del contrato colectivo representa un nuevo derecho, que nace desde abajo y que fortalece la autonomía de los grupos sociales, unidos por la experiencia compartida de abusos.

Las luchas sociales causaron también la ampliación de los derechos políticos a estratos más amplios de ciudadanos, y cuando se impuso el sufragio universal, existió un cambio importantísimo, de tipo sociológico dentro del Estado⁶², pues de un Estado elitista, dominado por una única clase, con base en el voto censitario, pasamos a un Estado de pluralidad de clases, en donde diversas ideas y valores luchan por el poder en el Estado.

La existencia de pluralidad de clases dentro del aparato estatal comenzará a definir poco a poco un nuevo derecho, comprometido con la realización de ciertos valores materiales dentro de las sociedades, los cuales *dibujarán sistemas normativos pluralistas dentro del propio Estado*, pues cada grupo que lucha por el poder, busca la materialización de diferentes políticas con base en criterios económicos, políticos, técnicos, axiológicos, etc., soportados sobre diferentes criterios de justicia y nociones de vida buena. Como bien lo afirma Walzer, “La justicia es una construcción humana, y es dudoso que

60 GROSSI, P. *Europa y el derecho*, 118 y ss.

61 *Ibíd.*

62 GIANNINI, M. S. *Derecho Administrativo*. Ortega, L. (trad.) Vol. 1. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas., 1991.

pueda ser realizada de una sola manera”⁶³. Este nuevo derecho tendrá soportes adicionales con el fortalecimiento del derecho constitucional, especialmente en Europa continental.

3. PLURALISMO JURÍDICO ESTATAL EN EL SIGLO XX

A diferencia del *common law*, el derecho en Europa continental se caracterizó desde el inicio por la supremacía de la ley frente a la Constitución⁶⁴. Kelsen, en el siglo XX, consigue explicar la importancia de la supremacía de la constitución para garantizar el respeto del ordenamiento jurídico por parte del Estado⁶⁵.

Algunos afirman que Kelsen, como buen representante del positivismo jurídico, realiza una identificación entre el derecho y el Estado, al definir el Estado como un conjunto de normas jurídicas expedidas por quien tiene el poder creador sobre el derecho⁶⁶. Pero esto no es del todo cierto, pues Kelsen afirma que aquello que se concibe como forma del Estado es apenas un caso especial de la forma del derecho en general, donde el derecho se concibe solo como un sistema de normas generales, lo que a su vez corresponde a un preconcepto del derecho reducido a la ley, sin que esta definición tenga en cuenta la individualización del Derecho mediante actos administrativos, decisiones de los tribunales o negocios jurídicos. Por ello, en el centro de los problemas de una teoría dinámica del derecho se encuentra los diferentes métodos de producción jurídica o de las formas del derecho⁶⁷. En este sentido, Kelsen realiza una separación importantísima entre el derecho y el Estado⁶⁸, transformando conceptos previos sobre la centralización del poder jurídico y político en cabeza del Estado.

63 WALZER, M. Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad. RUBIO, H (trad.). 2a. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, 19.

64 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 97 y ss.

65 KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Baptista Machado, J (trad.) Sao Paulo: Martinsfontes. 2009.

66 ARIZA HIGUERA, L. et ál. *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. En BONILLA MALDONADO, D. (ed.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, 28.

67 KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Baptista Machado, J (trad.) Sao Paulo: Martinsfontes, 2009, 309-310.

68 Para Kelsen, el principal problema para abordar el tema del Estado radica en la dificultad de establecer una definición única al concepto, pues “[...] la significación de la palabra Estado, radica en que su objeto roza los intereses políticos del investigador más que ningún objeto propio de las ciencias sociales; hasta el punto de que el conocimiento de la esencia de dicho objeto tiene el peligro de convertirse en un juicio de valor. [...] con la palabra *Estado* se puede designar tanto la totalidad del orden jurídico como la unidad personificada de este orden (es decir un principio lógico); pero también es posible que aquella expresión se reserve para caracterizar el fundamento jurídico positivo del Derecho, esto es, la constitución”. KELSEN, H. *Teoría general del Estado*, 3-6.

Para Kelsen la Constitución da unidad y coherencia al sistema normativo, mediante la construcción escalonada de normas supra e infra ordenadas⁶⁹. En consecuencia, el orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas ordenadas en el mismo plano, situadas unas al lado de las otras, sino que es una construcción escalonada de diferentes niveles de normas jurídicas⁷⁰. Por ello, López Cuéllar afirma que en el sistema jerárquico de Kelsen nunca podrán existir normas contradictorias dentro del mismo nivel, pues en algún momento deberá declararse la invalidez de una de las normas en conflicto, conforme las reglas establecidas previamente en la constitución⁷¹. Así, Kelsen en ningún momento previó la existencia de estructuras horizontales dentro de los Estados, o la posible existencia de varias autoridades para regular un mismo asunto y/o sujetos; por ello en su teoría, el diálogo y la coordinación entre autoridades competentes no son elementos importantes para la creación del derecho.

Santi Romano al analizar el concepto de *ordenamiento jurídico*, evidencia que esta expresión es indeterminada y pobre, pues es tan abstracta que impide delimitar de forma clara cuándo nos encontramos frente a una norma jurídica y cuándo no. El autor nos recuerda que todas las definiciones formuladas sobre el derecho en el sentido objetivo tienen como elemento común afirmar que *el derecho constituye una regla de conducta*. Pero no existe unidad, entre los doctrinantes de las diversas áreas del derecho, al tratar de precisar las diferencias específicas sobre las distinciones entre las normas jurídicas y aquellas otras normas que no lo son⁷². Así, para Santi Romano, la expresión “ordenamiento jurídico” hace pensar la idea de regla y de norma, pero en palabras del autor:

Derecho no es o no es solo la norma que así se establece sino la entidad misma que tal norma fija. El proceso de objetivización que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia con la emanación de una regla, sino en un momento anterior; las normas no son sino una manifestación, una de sus distintas manifestaciones, un medio con el cual se hace valer el poder de aquel *yo* social del que hemos hablado. No hay ninguna razón para estimar que este último sea un término *a quo* del Derecho: es el Derecho mismo, y la norma no es sino su voz o, mejor aún, una de sus voces, uno de los modos con los que aquel poder actúa y alcanza su fin. [...] La objetividad de las normas no es sino un reflejo, mucho más débil,

69 KELSEN, H. *Teoría Pura do Direito*, 224.

70 KELSEN, H. *Teoría Pura do Direito*, 247.

71 LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY. *Pluralismo jurídico Estatal: entre conflicto y diálogo*, pp. 232-239.

72 ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Sebastián Martín-Retortillo, S. et ál. (trad.) Madrid: Reus S.A., 2010, p. 80.

incluso totalmente pálido, de la objetividad del ente que las emana y ni siquiera podría definirse aquella sin relacionarla con ella⁷³.

Para Santi Romano es imposible contar con una única definición sobre las normas jurídicas y, en consecuencia, la objetividad que deben tener las normas que emanan del cuerpo social, solo es posible cuando el poder trasciende las individualidades presentes en las comunidades, para superar las divergencias y los conflictos en pro de objetivos comunes, que permita la convivencia pacífica en las sociedades donde se aplican las normas⁷⁴. En este sentido, el diálogo y la coordinación entre diferentes organismos y/o autoridades competentes son elementos fundamentales para lograr que las individualidades presentes en las estructuras estatales trasciendan conforme los objetivos comunes trazados en la constitución. Por ello las razones de autoridad y jerarquía formuladas por Kelsen, no son suficientes para comprender los diversos mecanismos de creación del derecho en sociedades complejas.

Aun así, la importancia de la Constitución como norma de normas, se refleja en que es el primer elemento objetivo del Derecho, que al proyectar valores, principios y normas básicas sobre la estructura del Estado y el ordenamiento jurídico, establece un marco normativo importantísimo que todos los actores nacionales e internacionales están llamados a respetar⁷⁵. Sin embargo, la estabilidad que otorga la constitución es aparente, pues es parte de su naturaleza ser interpretada permanentemente conforme las circunstancias y los valores imperantes en cada momento histórico y cultural. Esto demanda objetividad y búsqueda del interés general, por parte de los intérpretes de la Constitución, lo que no sucede en todas las oportunidades. Según López Cuéllar, cuando Kelsen justificó la necesidad del control constitucional para garantizar la supremacía de la constitución, buscaba la uniformidad de las interpretaciones de los jueces, evitando los errores que generarían dentro del sistema, la existencia de diversas interpretaciones por parte de diferentes órganos que aplican la ley⁷⁶. No obstante, la uniformidad jurisprudencial en muchos casos es imposible y por ello, Kelsen al crear una oportunidad para el pluralismo jurídico dentro del Estado, al justificar la importancia de la Corte Constitucional al lado de la Corte Suprema de Justicia, también erosionó la coherencia y uniformidad que buscaba su modelo piramidal de creación del derecho⁷⁷.

La existencia de pluralidad de intereses dentro de nuestras sociedades hace inevitable que las diversas interpretaciones sobre la Constitución expandan

73 *Ibíd.*

74 ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*, 80 y ss.

75 VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*, 145 y ss.

76 LÓPEZ CUÉLLAR, N. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo*, 237.

77 *Ibíd.*, 255.

permanentemente el pluralismo jurídico dentro del propio Estado, pues es posible la existencia de diferentes lecturas legítimas sobre el derecho aplicable en el propio Estado⁷⁸. Por esto, López Cuéllar afirma que el pluralismo jurídico es un fenómeno que puede suceder dentro del Estado, e identifica cinco elementos constitutivos. Primero, el PJE sucede dentro de una estructura estatal. Segundo, incluye dos o más instituciones públicas dentro del Estado; tercero, causa una tensión entre entidades públicas sobre la toma de decisiones. Cuarto, carece de una norma superior que dirima la tensión o falta acuerdo sobre que institución pública tiene la última palabra y quinto, la PJE puede incluir, en algunos casos diferencias ideológicas entre las instituciones públicas competentes, causando que la tensión sea más severa.

Adicionalmente, durante el siglo XX, el aumento de la intervención del Estado buscando promover diferentes fines, valores e intereses sociales, obliga a dejar atrás el formalismo jurídico que caracterizó el derecho del Estado-nación. La búsqueda por igualdad material, causa, de entrada, una auténtica explosión legislativa y jurisprudencial, que muchas veces no cumple con los criterios jerárquicos, técnicos y de autoridad para la producción de normas jurídicas⁷⁹. La realización efectiva del derecho regulativo exige la creación de complejos marcos jurídicos, así como el aumento de la burocracia encargada de su aplicación⁸⁰. La complejidad aumenta cuando evidenciamos que bajo las diversas concepciones de regulación, subyacen valores que pueden ser antinómicos entre, por ejemplo, objetivos económicos, sociales y ambientales⁸¹.

La hiperinflación legislativa posibilita también la existencia de diversas interpretaciones sobre las fuentes del derecho, dentro de sistemas jurídicos que todavía cuentan con amplios espacios de indeterminación, lo que permite incrementar las posibilidades de discrecionalidad de los actores, erosionando con ello el modelo jurídico tradicional sobre el que descansaba el Estado-nación⁸². La hiperinflación legislativa causa obligatoriamente la hiperinflación jurisprudencial, no solo por el aumento de las regulaciones en conflicto, sino también, porque con las diferentes concepciones sobre el derecho, aumenta la demanda de justicia en las sociedades.

Por ello, el PJE que comienza a materializarse desde el siglo XX, se caracteriza por el hecho de que la vida de las personas está regulada por diversos

78 MARTINEZ DE BRINGAS, A. Derecho, soberanía y pluralismo constitucional en el contexto de la globalización. Un análisis de sus tensiones y complejidades. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, 127-48.

79 CALVO GARCÍA, M. *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 2005, 9 y ss.

80 JORDÃO, E. *Controle judicial de uma administração pública complexa*.

81 MARCOU, G. *La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado*. En: MODERNE, F, et ál. (ed.) *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I: Comparaciones y comentarios*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2009.

82 CALVO GARCÍA, M. *Transformaciones del Estado y del derecho*.

sistemas normativos válidos, y en muchas oportunidades, estos sistemas normativos no se comunican aunque coexistan en el mismo espacio político⁸³. En palabras de Sousa Santos, existen “mundos normativos policéntricos” que transforman la realidad conforme a la existencia de diferentes metodologías y proposiciones teóricas que adquieren obligatoriedad para las comunidades más allá del ámbito intraestatal. Santos considera que en las actuales sociedades capitalistas las formaciones políticas, legales y epistemológicas son constituidas por seis modelos básicos o seis conjuntos estructurales de relaciones sociales⁸⁴, que intentan funcionar de forma autónoma, pero que están condicionadas, en cada contexto, por el largo proceso histórico al que se encuentran adscritas. De esta forma, para Sousa Santos, el derecho y el poder no están presentes únicamente en el Estado, sino que para su formación, es necesaria la constelación de diferentes formas de poder, entre las cuales se encuentra el Estado. Por ello, en cada contexto histórico, el poder se desarrolla bajo combinaciones específicas que no se pueden unificar dentro de un único sistema estatal o global⁸⁵. Esta complejidad va a incrementarse con el fortalecimiento de la globalización y las nuevas tecnologías en el siglo XXI, conforme será analizado a continuación.

4. PLURALISMO JURÍDICO EN LA ERA GLOBAL

4.1. Globalización y nuevas tecnologías

Desde las últimas décadas del siglo xx, diversos cambios sociales, políticos, tecnológicos y económicos transformaron rápidamente toda concepción previa sobre el Estado y su capacidad de direccionamiento e intervención sobre la sociedad y la economía. La aplicación de políticas neoliberales en todos los Estados, gracias al apoyo de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, generaron la desregulación de sectores estratégicos antes controlados por el Estado, buscando la apertura de las economías nacionales. Las privatizaciones y los recortes presupuestales en áreas sociales y productivas, ayudaron a modificar totalmente las relaciones de poder entre el Estado y la sociedad, otorgando mayor libertad

83 MERRY, S. E. *Legal Pluralism*.

84 Los seis lugares estructurales descritos por Sousa Santos son: el lugar de la casa, el lugar del trabajo, el lugar del mercado, el lugar de las comunidades, el lugar de la ciudadanía y el lugar del mundo. Estos lugares constituyen las formas más básicas y segmentadas de grupos sociales, en las sociedades capitalistas contemporáneas, que funcionan como marco analítico, para estudiar el poder, el derecho y el conocimiento en la actualidad. SOUSA SANTOS, B. *Toward a new common sense law, science and politics in the paradigmatic transition*.

85 *Ibíd.*

a los individuos y al mercado para desarrollar sus objetivos⁸⁶. Al respecto, Rivero Ortega afirma:

A lo largo de la segunda mitad del siglo xx se ha ido produciendo un incremento vertiginoso de las cifras del comercio mundial, traducido en exportaciones e importaciones, demostrando cada vez mayor apertura de las economías nacionales, condicionadas por el intercambio de bienes y servicios y por los movimientos de grandes masas de capital, recursos financieros de inversores (y especuladores) internacionales. Los bloques económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de América), los organismos internacionales (OMC, FMI, BM) y las empresas multinacionales son los protagonistas de la nueva economía mundial, a la que los Estados nacionales –y sus respectivas administraciones– deben adaptarse⁸⁷.

También, la nueva revolución tecnológica, que está en proceso de desarrollo desde la segunda mitad del siglo xx, tiene la capacidad de otorgar mayor autonomía a la sociedad y a los individuos, de forma nunca antes vista. La nueva forma de organización social que comienza a materializarse desde la década de los noventa, gracias al surgimiento del internet, son las redes, las cuales tienen la capacidad de liberar a los individuos de las fronteras del espacio-tiempo, permitiendo la interconexión entre personas y grupos a escala planetaria y sin ninguna intervención o ayuda de las viejas estructuras de poder, como el Estado. En este sentido, las redes permiten la organización rápida y efectiva de grupos alrededor del mundo, conforme a los objetivos comunes previamente identificados (objetivos que pueden ser justos o injustos, legales o ilegales). En todo caso, las redes tienen la capacidad de convocar resistencias o de generar apoyos según los diversos intereses presentes en las sociedades⁸⁸. Por ello, la globalización además de profundizar los vínculos económicos también afecta profundamente las relaciones de poder en la sociedad, causando muchas veces consecuencias inesperadas que no pueden ser fácilmente controladas por los Estados y que requieren mayor diálogo con los diversos actores que demandan ser escuchados⁸⁹.

Así, la liberalización del mercado y el surgimiento de las nuevas tecnologías permiten interconectar diversas personas con intereses comunes en tiempo real, posibilitando la construcción de un nuevo espacio público global absolutamente interconectado y sin supervisión o control de autoridades,

86 VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. 23 ss.

87 RIVERO OTEGA, R. *Derecho Administrativo Económico*. 7ª. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 56.

88 VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*, 23 y ss.

89 VALENCIA-TELLO, D.C.; DINIZ LIMA, E. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 262, 2013, 145-77.

como en antaño. Son muchos los protagonistas en el nuevo espacio público global y por ello en la actualidad se requieren nuevos mecanismos de diálogo y coordinación para la construcción de futuros compartidos⁹⁰.

No obstante, el surgimiento de nuevas y complejas paradojas entre intereses globales, nacionales y locales, así como entre diversos grupos con demandas legítimas y, algunas veces, contradictorias, tienen la capacidad de crear profundas crisis y conflictos en las sociedades y en los Estados; dejando a su paso evidencias de cómo las viejas estructuras de poder no son suficientes para crear consensos y definir objetivos comunes en las sociedades del nuevo siglo.

En la actualidad, el Estado ya no cuenta con un poder centralizado que le permita controlar y dirigir de forma autónoma la sociedad o la economía. Por lo tanto, el Estado necesita de nuevas formas de actuación y nuevas estructuras que ayuden a coordinar diversos actores en búsqueda del bien común. Aun así, en muchos casos las viejas estructuras estatales no son conscientes de los cambios sucedidos en las últimas décadas y pretenden continuar dirigiendo las sociedades como en periodos pasados, esto es, pretenden continuar tomando decisiones de forma autónoma, autosuficiente y cerrada, sin rendición de cuentas y sin tener en consideración los diversos intereses presentes en las sociedades plurales del siglo XXI.

Por ello, Rodríguez-Arana advierte que uno de los peligros que avizora el espacio jurídico-administrativo global es la facilidad con la que las nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden lesionar el derecho fundamental a la buena Administración escapando del sistema de rendición de cuentas que caracteriza una verdadera Administración democrática⁹¹.

La falta de comunicación efectiva con la ciudadanía genera profundas crisis de legitimidad dentro de los Estados, pues *en la era de la información y del conocimiento, los argumentos de autoridad o jerarquía, sin mayores consideraciones, no representan el espíritu de la nueva era*, que demanda mayor información, diálogo y coordinación para el logro de objetivos comunes. Existe un cambio en la conciencia colectiva que ya no confía ciegamente en la capacidad del Estado y de sus gobernantes para comandar las sociedades o resolver los problemas que aquejan a las comunidades. Las nuevas tecnologías tienen la capacidad de empoderar como nunca antes a los ciudadanos alrededor del planeta, generando críticas sobre los modelos tradicionales de

90 VALENCIA-TELLO, D.C. El gobierno electrónico como instrumento de participación e inclusión en el Estado colombiano. *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*, vol. 61, n.º 3, 2016, 39-65.

91 RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública*, s. f. www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y.../at.../file.

autoridad y permitiendo la organización colectiva mediante el uso del espacio virtual, sin necesidad de estructuras u organizaciones previas.

Pero las nuevas tecnologías no solo representan problemas para la vieja forma de gobernar de las administraciones públicas, también representan nuevos problemas para la democracia y la cohesión social de comunidades. Al respecto, Sustain afirma que una de las cuestiones más problemáticas que surgen con las nuevas tecnologías –especialmente con internet– es el asombroso crecimiento del poder de elección de los individuos, permitiendo que se aparten de las sociedades y en algunos casos, evitando conflictos con otros individuos o grupos de intereses opuestos o no deseables⁹².

Esto, porque las nuevas tecnologías incrementan la capacidad de “filtración” de las personas, esto es, las personas, cada vez más, cuentan con mejores herramientas para elegir lo que quieren leer, ver y escuchar, evitando al máximo cualquier contacto con información no deseable o con otras personas y grupos con intereses contrarios. Para la democracia, la vida en comunidad demanda la existencia de espacios de debate sobre los intereses en conflicto, y es precisamente este espacio público el que se encuentra en riesgo cuando las personas forman grupos que reafirman sus propias creencias, evitando el debate con quien opina diferente. Sustain también cuestiona el funcionamiento de la libertad individual en sociedades donde las nuevas tecnologías seleccionan con anticipación lo que la persona quiere o no quiere, dependiendo de una programación previamente establecida⁹³. En este orden de ideas, el mayor riesgo del pluralismo jurídico en el siglo XXI es la falta de comunicación y de empatía entre grupos con intereses opuestos que luchan por sus objetivos grupales, sin tener consideración alguna por los efectos que esto pueda tener en grupos antagónicos o en el interés general de las comunidades.

4.2 Pluralismo jurídico en el siglo XXI

Pero, ¿cómo afecta la globalización al derecho? Como ya se había mencionado, el aumento de las interconexiones a escala planetaria genera nuevas y complejas paradojas entre intereses globales, nacionales, locales, etc., creando una estructura compleja de ordenamientos jurídicos y múltiples jurisdicciones que demandan legitimidad y validez en espacios específicos. El pluralismo jurídico del siglo XXI es más complejo que el PJE, pues la diversidad de actores e interconexiones entre jurisdicciones a escala planetaria, cambia totalmente los equilibrios de poder y las formas de creación del Derecho. Según Rafael Domingo:

92 SUSTAIN, C. R. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

93 *Ibíd.*

[...] el vertiginoso proceso de globalización impone también nuevos modelos de comunidades humanas que apuesten por un derecho jurisdiccional, no estatal; horizontal, no vertical; consensual, no burocrático, ni positivo u oficial; propuesto, no impuesto; de *auctoritas* y no de *potestas*⁹⁴.

Sin embargo, en la práctica, bajo las actuales condiciones, no es viable definir un único derecho global para nuevos modelos de comunidades humanas. Tampoco es realista pretender un derecho no estatal, totalmente consensual, sin burocracia y sin capacidad de imponerse dentro de las comunidades cuando se presentan los conflictos.

Por el contrario, lo que estamos evidenciando en todos los Estados es el aumento año tras año de leyes, decretos y reglamentos en diversos sectores de gobierno; junto con el aumento de los conflictos en las comunidades, causando el incremento de las demandas por justicia. La hiperinflación legislativa y jurisprudencial hace difícil, muchas veces, la selección de las normas aplicables a un caso concreto. Al respecto, Rivero afirma:

Aunque parezca extraño para quien no conoce el ordenamiento, uno de los mayores problemas que se plantea a menudo al intérprete es la localización de la norma aplicable. Seleccionar el criterio a seguir en un caso concreto, entre la maraña de preceptos constitucionales, leyes, reglamentos, principios y precedentes, puede ser extraordinariamente complicado⁹⁵.

Al mismo tiempo, la creación de redes autónomas e independientes que no dependen del tiempo, del espacio o de estructuras estables para su funcionamiento, posibilitan la flexibilidad de los procesos y la creación de diversas autoridades (por fuera del molde tradicional) conforme suceden las interacciones y se transforman los objetivos e intereses en las redes de interconexión. Los flujos globales de capitales, bienes, servicios, tecnología, comunicación y poder otorgan aparentemente mayor autonomía a los individuos, agentes económicos o grupos sociales, pero al mismo tiempo, trae nuevas interdependencias, pues compartimos los mismos recursos y los problemas a escala planetaria⁹⁶.

En la actualidad, los riesgos aumentan proporcionalmente con los avances tecnológicos y las interdependencias, causando que decisiones individuales o grupales tengan consecuencias potencialmente catastróficas para el resto de la comunidad, sin que podamos prever, en algunos casos, las incertezas del futuro. Beck en su libro, *La sociedad del riesgo*, trae varios ejemplos sobre

94 DOMINGO, R. ¿Por qué un derecho global? Domingo et ál. (ed.). En *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y a la globalización*. Navarra: Aranzadi S.A, 2006.

95 RIVERO OTEGA, R. *Derecho administrativo económico*.

96 VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*, 23 y ss.

la producción del riesgo ambiental en las sociedades modernas⁹⁷. Pero la producción de riesgos a escala global no se limita a casos ambientales, sino que podemos verificar su existencia en ámbitos sociales, económicos, políticos, culturales, etc., como pudo apreciarse durante la crisis económica del 2008, o en los casos de WikiLeaks, la Primavera Árabe, los Panamá Papers, etc.

La globalización del siglo XXI también ha transformado las identidades de individuos alrededor del mundo, razón por la cual los ciudadanos ya no pueden ser catalogados por criterios unívocos de nacionalidad, etnia o cultura como en el pasado, lo que aumenta aún más la complejidad del ordenamiento jurídico en los Estados. En este contexto, se hace evidente la crisis en la arquitectura de los sistemas jurídicos tradicionales, que definía competencias específicas para las autoridades dentro de fronteras y poblaciones categorizadas como nacionales⁹⁸.

En este orden de ideas, el pluralismo jurídico del siglo XXI se manifiesta al evidenciar que desde hace ya varios años, todos los sistemas jurídicos han debido implementar –a voluntad u obligados por las circunstancias–, diversas estrategias para solucionar conflictos multinivel, entre diversas jurisdicciones, en razón a la existencia de diversos cuerpos normativos que se sobreponen. Estas estrategias pueden ir desde la imposición de la primacía de las leyes territoriales sobre cualquier otro tipo de normas, –buscando proteger los recursos y las propias identidades territoriales mediante el aislamiento–; hasta el intento por armonizar las normas, incrementando tratados internacionales y la proliferación de instituciones internacionales que permitan la creación de un *derecho global*, con base en valores compartidos. En cualquier caso, las soluciones hasta el momento adoptadas no han sido suficientes para organizar la multiplicidad de inter-relaciones en la sociedad global.

Para Schiff Berman en la actualidad es fundamental buscar de forma deliberada espacios de productiva interacción entre sistemas legales que se sobreponen, mediante el desarrollo de mecanismos procesales, instituciones y prácticas que busquen gestionar, el pluralismo legal que vemos a nuestro alrededor⁹⁹. Por ello, es importante reconfigurar nuestra comprensión sobre las diversas áreas del derecho conforme el paradigma del pluralismo jurídico. Esto nos permitiría introducir en el análisis categorías excluidas del discurso tradicional, que por estar centradas en el Estado, excluyen otros actores del debate. Por ejemplo, Anderson aboga por un constitucionalismo que involucre tanto al sector público, como al privado¹⁰⁰. Si en la actualidad

97 BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Navarro, J. et. al. (trad.) Barcelona: Paidós, 2006.

98 CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Pérez, O. (trad.) Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011.

99 SCHIFF BERMAN, P. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. New York: Cambridge University Press, 2012.

100 ANDERSON, G. *Constitutional Rights after Globalization*.

el poder se encuentra repartido entre diversos actores públicos y privados, a todos les debemos exigir rendición de cuentas, información y debate sobre los asuntos que afectan a la comunidad.

En una línea similar Neil Walker afirma que la proliferación de sitios constitucionales, como son los casos de la Unión Europea o la Organización Mundial del Comercio, son muestra del pluralismo constitucional vigente en la actualidad, el cual demanda una adecuación de las clásicas estructuras constitucionales conforme las tendencias posnacionales de la era global¹⁰¹.

En este sentido, el Estado continúa siendo un actor fundamental para lograr equilibrios y puntos de consenso entre los diversos actores que pueden influir en las diversas formas de regulación que existen en la actualidad. Por ello, los medios de regulación tradicionales, continúan siendo necesarios, pero evidentemente en cada contexto es necesario evaluar las adecuaciones que son necesarias para el equilibrio de poderes, conforme los actores públicos, privados y del tercer sector, que tengan capacidad de intervención en las políticas y normas a ser implementadas, en comunidades específicas. Aquí es importante buscar permanentemente la mejora de los ordenamientos jurídicos oficiales, pues el aumento desproporcionado y desorganizado de fuentes de derecho, aumenta la complejidad de todo el sistema. Al respecto, Rivero afirma:

Por un lado, como veremos en este tema [derecho administrativo económico], las fuentes son heterogéneas: la Constitución, la Ley; las disposiciones con rango de Ley del poder ejecutivo, los reglamentos, el Derecho Europeo; los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y, con muchos matices, el precedente administrativo. Por otro, para resolver los conflictos que pueden producirse entre normas existen distintos criterios: la jerarquía (las normas de rango superior prevalecen sobre las de rango inferior); la temporalidad (las leyes posteriores derogan las anteriores); la competencia (cada poder normativo debe actuar en el ámbito que le corresponde según la Constitución y las leyes); o la especialidad (la norma especial prevalece sobre la norma general)¹⁰².

La diversidad de interpretaciones que pueden ser validas bajo el derecho del Estado en la actualidad, ha generado el fortalecimiento de diversos mecanismos autorregulativos que utilizan los grupos para comprometerse *a priori* sobre las reglas de juego y así garantizar mayor seguridad jurídica, en caso de conflicto. Algunos de estos métodos serían:

101 WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, 318 y 319.

102 RIVERO OTEGA, R. *Derecho administrativo económico*.

[...] los contratos privados, los códigos éticos o deontológicos, las declaraciones unilaterales de voluntad, las certificaciones de calidad o la práctica de la comunidad virtual (<lex electrónica>). Los ámbitos de la autorregulación son múltiples, dependiendo del tipo de mercado y de organización empresarial o profesional¹⁰³.

Aunque inicialmente el aumento de los mecanismos autorregulativos puede resolver muchos conflictos, al representar un “consenso anticipado” entre las partes, es importante tener presente que estos consensos no pueden pretender disminuir los derechos y las garantías jurídicas que son de obligatorio cumplimiento en los Estados. Por ello todo “consenso” que no respete los derechos y las garantías establecidas en los ordenamientos jurídicos está llamado a fracasar y en consecuencia deberá ser revisado por la jurisdicción competente. La autorregulación es un instrumento que puede ayudar a gestionar el pluralismo jurídico y los conflictos en la era global, siempre que tenga en cuenta el ordenamiento jurídico superior que la enmarca. En este sentido es una *autorregulación regulada* bajo los estándares del Estado constitucional y democrático de derecho, independientemente a que los actores sean públicos o privados.

El concepto de autorregulación regulada ya ha sido analizado por varios autores¹⁰⁴, entre ellos Arroyo Jiménez, quien evidencia varias acepciones sobre el concepto, conforme las diversas culturas jurídicas que condicionan el contenido. Esto porque los prejuicios históricos sobre lo público y lo privado condicionan la capacidad de actores para autorregularse. Así, en países anglosajones la autorregulación hace referencia a multitud de estructuras que van desde la autoimposición voluntaria de estándares de conducta, hasta la delegación de la potestad normativa pública en favor de asociaciones de base privada. En Europa Continental, el concepto de autorregulación se limita a aquellas manifestaciones de la actividad de la sociedad que son tomadas en consideración o asumidas como referencia por los poderes públicos y por el derecho. En los dos casos, la autorregulación no implica un repliegue del Estado, sino más bien una instrumentalización de nuevas formas de regulación al servicio de los intereses públicos¹⁰⁵.

La autorregulación también puede percibirse como la globalización de los sistemas jurídicos, que obliga a la conformación de redes de conocimiento, que se expanden de forma horizontal y vertical a través de redes de autori-

103 CASANOVAS, P. Introducción. Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos. En CASANOVAS, P. (ed.) *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Granada, Comares, 2003.

104 OGUS, A. Rethinking Self-regulation. *Oxford Journal of legal studies*, 1995, 15-1, 97 y ss. ESTEVE, J. Autorregulación. Génesis y efectos, Aranzadi: Pamplona, 2002, p. 35. DALNACULLETA, M. Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada, Marcial Pons, Madrid, 341.

105 ARROYO JIMÉNEZ, L., Introducción a la Autorregulación. En ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A. Autorregulación y sanciones. 2a. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 5-7.

dades, normas, jurisprudencia y precedentes; para armonizar en situaciones específicas las posibles interpretaciones, permitiendo con esto, la creación paulatina de un *derecho global pluralista*, que se construye mediante la influencia mutua de diversos ordenamientos jurídicos y diversas interpretaciones sobre las normas aplicables.

Hablar de una consideración en Red para la confluencia y solapamiento de diferentes ordenamientos jurídicos implica afirmar la existencia de una influencia mutua entre ellos, de una recíproca interdependencia en sus formas de articulación y desarrollo, así como de la autonomía recíproca de los diversos ordenamientos implicados en la red¹⁰⁶.

Por ello, la *autonomía constitucional* continúa vigente, pero en el siglo XXI, también debemos reconocer la existencia de un *pluralismo constitucional organizado en red* que hace necesario avanzar en la búsqueda de caminos de diálogo, articulación y cooperación entre autoridades, redes y ordenamientos jurídicos para la consecución de objetivos comunes o compartidos, dentro de un sistema multicultural que debe respetar también las diferencias.

En este sentido, las justificaciones sobre las razones jurídicas que llevan a decidir cada caso, deben tener en cuenta no solo los criterios de jerarquía, temporalidad, competencia o especialidad, sino que además deben procurar el diálogo y la cooperación con otros ordenes jurídicos, cuando la situación lo demande. Aquí, la autonomía constitucional de cada Estado debe funcionar para construir caminos de diálogo, entre el orden jurídico interno e internacional, buscando la validez y la eficacia de todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la existencia de conflictos entre jurisdicciones es inevitable, pues la existencia de diversos valores, intereses y perspectivas sobre las comunidades causa respuestas contradictorias que marcan el final de instituciones estableces y seguras para dar paso a nuevos paradigmas caracterizados por la inestabilidad y la fluidez de los procesos, en un mundo de redes autónomas, pero también interdependientes.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Al inicio de este artículo resaltamos que, para Grossi, debemos evitar caer en la confusión de pensar el derecho como una orden que procede desde arriba, pues *el derecho más que poder es ordenación*. Esta confusión ha sido bastante frecuente a lo largo de la historia de la humanidad, pues desde el Imperio Romano hasta la consolidación del Estado-nación hemos necesitado de diferentes mitos sobre el poder y el derecho para organizar a gran escala

106 MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. *Derecho, soberanía y pluralismo constitucional en el contexto de la globalización. Un análisis de sus tensiones y complejidades*.

nuestras sociedades. El problema que surge en la actualidad es que el poder se encuentra disperso en diferentes actores de la escena mundial y local, razón por la cual, *hoy más que nunca necesitamos comprender el derecho más como ordenación que como poder.*

Cuando entendemos que la centralización del poder político y jurídico en el Estado requirió de diversos mitos, que buscaban la consolidación de verdades absolutas, alejadas de la realidad práctica de las comunidades, podemos ser más conscientes que el pluralismo es la regla y no la excepción. En este sentido necesitamos reconfigurar nuestra comprensión sobre el derecho para aprender a gestionar de la mejor forma posible el pluralismo jurídico existente en nuestras sociedades. Por esto para Swenson, académicos, gobernantes y formuladores de políticas públicas deben entender cómo funciona el pluralismo jurídico, para mejorar la gobernabilidad en nuestras sociedades¹⁰⁷.

El problema de aceptar el pluralismo es que nos introduce en un mundo desconocido en donde no existen las certezas absolutas y en consecuencia es necesario evaluar y analizar cada paso para lograr objetivos comunes y justos. También requiere de individuos empáticos dispuestos a dialogar, investigar y retractarse cuando se equivocan; pues la falta de certezas absolutas obliga a la reflexión constante. Evidentemente, es mucho más fácil vivir en un mundo idealizado por la certeza de los mitos, pero debemos saber que la falta de reflexión sobre el presente y el futuro de nuestras sociedades pasará la cuenta en algún momento.

La existencia de diversos intereses y conceptos de vida buena es uno de los principales desafíos en las actuales sociedades plurales y multiculturales. Por ello el desafío mayor es encontrar un justo balance entre la diversidad de intereses y estilos de vida con la cohesión social necesaria en Estados constitucionales y democráticos, con la finalidad de lograr los consensos necesarios para la construcción conjunta de instituciones y futuros compartidos, que respeten los derechos y proyectos de vida de todos los individuos.

En la actualidad no existe una autoridad o institución que tenga la última palabra sobre las controversias presentes en nuestras sociedades, razón por la cual es fundamental el reconocimiento recíproco de autoridades, que posibiliten el diálogo y la cooperación permanente, alrededor de valores y principios comunes que ayuden a construir futuros viables para todos los individuos y grupos sociales en nuestras sociedades multiculturales. Sobre el particular, Rodríguez-Arana realiza un llamado a la imperiosa necesidad de aproximarnos a la realidad con objetividad y mentalidad abierta, dada la complejidad de nuestras sociedades, pues la realidad puede ser entendida de forma diversa y el dinamismo de estas interpretaciones deben ser abordados “con actitud adecuada, que en ningún caso pretenda negarla, y que integre

107 SWENSON, G. *Legal Pluralism in Theory and Practice*. En *International Studies Review*, vol. 20, n.º 3, 2018, 438-62.

igualmente su complejidad, viendo como compatibles todos sus componentes, y su dinamismo”¹⁰⁸.

En este sentido, consideramos que los mecanismos de *autorregulación regulada* entre actores con objetivos comunes representa una nueva forma de ordenación, que ayuda a mejorar los niveles de confianza, diálogo y cooperación entre los actores, siempre y cuando estos mecanismos reflejen el cumplimiento de ordenamientos jurídicos superiores de los Estados y de la comunidad internacional. Futuras investigaciones deberán analizar la efectividad de estos nuevos mecanismos de regulación en contextos específicos.

REFERENCIAS

- ANDERSON, G. *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford: Hart Publishing, 2005.
- ARENDT, H. *Da Revolução*. Vieira, F. (trad.) Brasília: Universidad de Brasilia, 1988.
- ARIZA HIGUERA, L. et ál. *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. En BONILLA MALDONADO, D. (ed.) *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., Introducción a la Autorregulación. En: ARROYO JIMÉNEZ, L., NIETO MARTÍN, A. *Autorregulación y sanciones*. 2a. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Navarro, J. et al. (trad.) Barcelona: Paidós, 2006.
- BRESSER PEREIRA, L.C. *Reforma do estado para a cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 34a. ed. Sao Paulo: ENAP, 1998.
- BREWER-CARIAS, A. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. 2a. ed. Bogotá: Editora Universidad Externado, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- BODIN, J. *Los seis libros de la república*. Bravo Gala, P. (trad.), 4a. ed., Madrid: Tecnos, 2006.
- CALVO GARCÍA, M. *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.
- CAPELLA, J.R. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Cuaderno marrón*. Madrid: Trotta, 1997.
- CASANOVAS, P. *Introducción. Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos*. En CASANOVAS, P. (ed.) *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Granada. Comares, 2003.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Pluralismo y nacionalismo*. En *Revista de Derecho*, vol. 5, n.º 9, 2006, 109-16.

- CASTELLS, M. *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura. La sociedad Red*. Martínez Gimeno, C. (trad.) 7a. ed. Vol. 1. 3 vols. México: Siglo XXI, 2008.
- CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Pérez, O. (trad.) Bogotá. Universidad Externado, 2011.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5a. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA, P. *Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna*. En FONSECA, R. M. et ál. (ed.) *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DARNACULLETA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Marcial Pons, Madrid.
- DOMINGO, R. ¿Por qué un derecho global? Domingo et al. (ed.). En *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y a la globalización*. Navarra: Aranzadi S.A, 2006.
- ESTEVE, J. *Autorregulación. Génesis y efectos*. Aranzadi: Pamplona, 2002.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*. Martínez Neira, M (trad.). 7a. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- GIANNINI, M. S. *Derecho administrativo*. Ortega, L. (trad.), Vol. 1. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- GRIFFITHS, J. ¿Qué es el pluralismo jurídico? En BONILLA, D. et ál. (ed.), *Pluralismo Jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- GROSSI, P. *Europa y el derecho*. Giuliani, L. (trad.) Barcelona: Crítica, 2008.
- HARARI, Y.N. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Ros. J. (trad.), Bogotá: Debate, 2018.
- JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*. Ríos, F. (trad.), México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- JORDÃO, E. *Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016
- KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. Legaz Lacambra, L. (trad.) 2a. ed. México: Co-yoacán, 2008.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Baptista Machado, J (trad.) Sao Paulo: Martinsfontes, 2009.
- LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY. Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015,
- MACHIAVELLI, N. *El Príncipe*. RENDON LOPEZ, R. (ed.), González Blanco, E. (trad.), Bogotá: Panamericana, 1999.

- MARCOU, G. *La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado*. En MODERNE, F. et ál. (ed.), *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I: Comparaciones y comentarios*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- MARTINEZ DE BRINGAS, A. *Derecho, soberanía y pluralismo constitucional en el contexto de la globalización. Un análisis de sus tensiones y complejidades*. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 36, 2017.
- MERRY, S. E. *Legal Pluralism*. En *Law & Society Review* Vol 22, n. 5, 1988.
- OGUS, A. *Rethinking Self-regulation*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Pluralismo y nacionalismo*. En *Revista de Derecho*, Vol. 5, n. 9, 2006.
- ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Sebastián Martín-Retortillo, S. et ál. (trad.) Madrid: Reus S.A., 2010.
- SCHIFF BERMAN, P. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- SUSTEIN, C. R. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- SWENSON, G. *Legal Pluralism in Theory and Practice*. En *International Studies Review* Vol, 20, n. 3, 2018.
- RIPERT, G. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Azevedo, G. (trad.), Río de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.
- RIVERO OTEGA, R. *Derecho Administrativo Económico*. 7ª. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- RODRÍGUEZ- ARANA, J. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2009.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública*, s. f. www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y.../at.../file.
- ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Sebastián Martín-Retortillo, S. et ál. (trad.) Madrid: Reus S.A., 2010.
- SERNA DE LA GARZA, J.M., *Globalización y derecho constitucional comparado*. En BOGDANDY, A. et ál. (coords.), *La justicia constitucional y su Internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, t. II.
- SOUSA SANTOS, B. *Toward a new common sense law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York. Londres: Routledge. 1995
- SOUSA SANTOS, B. *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*. En *Journal of Law and Society*, Vol 14, n. 3, 1987.
- TAMANAHAN, B. Z. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. En *Sydney Law Review*, Vol. 29, 2007.

VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Ibáñez, 2015.

VALENCIA-TELLO, D.C. *El gobierno electrónico como instrumento de participación e inclusión en el Estado colombiano*. En *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*, Vol. 61, n. 3, 2016.

VALENCIA-TELLO, D.C.; DINIZ LIMA, E. *A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento*. En *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 262, 2013.

WALKER, N. *The Idea of Constitutional Pluralism*. En *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002.