

An analysis of colonialist thought within legal pluralism

Gutiérrez Pérez, Cristian F.

Cristian F. Gutiérrez Pérez cristian-f-75@hotmail.com
Fundación Universitaria Colombo Internacional,
Colombia

Analéctica
Arkho Ediciones, Argentina
ISSN-e: 2591-5894
Periodicidad: Bimestral
vol. 0, núm. 5, 2014
revista@analectica.org

Recepción: 04 Marzo 2014
Aprobación: 30 Junio 2014

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/251/2511085009/>

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3902288>

Resumen: El pluralismo jurídico ha tomado fuerza en los debates académicos en las últimas dos décadas en el cual el concepto de pluralismo jurídico se ha desarrollado y aplicado en el derecho interno y en las sociedades industrializadas y las que están en vía de desarrollo desde esta perspectiva, el ensayo aborda la construcción de un espacio de análisis al fenómeno del pensamiento colonialista en el que el derecho es una de las muchas forma de imposición de una sociedad a otra es decir, el derecho impuesto o colonial forma una pluralidad lo que es nuestro actual sistema jurídico.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, colonialidad, derecho colonial, globalización.

Abstract: Legal pluralism has gained strength in academic debates in the last two decades in which the concept of legal pluralism has been developed and applied in domestic law and in industrialized societies and those that are developing from this perspective , the essay addresses the construction of a space for analysis of the phenomenon of colonialist thought in which law is one of the many forms of imposition from one society to another, that is, the imposed or colonial law forms a plurality of what is our current legal system.

Keywords: Legal pluralism, coloniality, colonial law, globalization.

Introducción

Muchas investigaciones se han llevado sobre esta teoría donde el derecho tiene unas cualidades plurales en un mundo globalizado. El surgimiento de concepto del pluralismo jurídico inicia a principios del siglo XX cuando los primeros antropólogos empezaron a examinar sociedades colonizadas que seguían manteniendo un derecho indígena a pesar de la influencia coloniales. “Los científicos sociales sobre todo los antropólogos, estaban interesados en ver como estos pueblos mantenían el orden social sin utilizar el derecho europeo. Estos antropólogos, a medida que fueron la rica variedad de formas de control social, presión social, costumbres, derecho consuetudinario, y procedimientos judiciales, se dieron cuenta poco a poco de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el derecho indígena y el derecho europeo. Aunque pudiera ser remoto, el derecho colonial estaba reconfigurado en vida social de estas villas” (Engle,

2007). La colonización utilizó al derecho como un instrumento de control a otro derecho esto para los académicos se llamó pluralismo jurídico. Definiéndolo como la tendencia de que existen varios sistemas jurídicos en un Estado dentro de estas ampliamos familias, religiones, grupos sociales etc.

Esta situación nos conduce a orientarnos en (Pospicil, 1971) “define el pluralismo de una forma comparativa una situación en la cual existen dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social” si se acepta este concepto conocen más alternativas para resolver los conflictos sociales y reconocer normativas de los grupos de las minorías.

Desde otra mirada el estudio de las sociedades coloniales y poscoloniales originó dos tendencias del pluralismo una clásica y otra moderna la clásica condujo al análisis de las sociedades o las relaciones del derecho europeo y el americano, pero después su aplicación se llevó a las sociedades o culturas no colonizadas iniciando el nuevo pluralismo. Teorías de los antropólogos ENGEL, MORRE, MERRY, HENRY, “[...] Refirieron al pluralismo como un concepto de regulación de la relación de colonizador ha colonizado, “[...] (Engle, 2007) de esta forma el nuevo pluralismo plantea la tesis que los sistemas plurales se encuentran en casi todos los sistemas jurídicos en las sociedades esto sitúa que exista en el sistema jurídico oficial y otras que no se consideran legítimas, pero se relacionan pero que son independientes. Lo expresado puede adquirir más claridad si acudimos a (García Ochoa, 2002) citando a Merry “ordenes normativos plurales los hay en todas las sociedades, pero se encuentran en competencia y no supone una igualdad. La atención se desplaza a los problemas, como el efecto de la ley en la sociedad o incluso el efecto de la sociedad en la ley, a una más compleja e interactiva relación entre las formas oficiales y no oficiales de ordenes normativos”.

La tesis monista en contraposición al pluralismo jurídico

La tesis del monismo jurídico diferente al pluralismo jurídico plantea que solo existe un solo sistema jurídico y político por cada Estado lo que establece los contenidos de una comunidad político-jurídica tradicional como la soberanía, ordenamiento jurídico, unidad política y norma jurídica en el cual las posiciones monistas están alineadas con la idea de un Estado debe por sí mismo tener un soberano indivisible. En sí, un solo individuo o grupos de individuos que crean el derecho y estas garantizan el carácter unitario de una nación, creen que la norma jurídica se legisla tendrán un carácter general y abstracto. Si bien el eje principal del monismo piensa que el mundo jurídico y político se entrelaza también el monismo defiende valores y principios que han sido importantes en el modelo de un Estado de derecho pero desde otra mirada la tesis monista muestra otra cara dominante muy parecida al liberalismo, el monismo jurídico liberal se intuye con los principios de igualdad, unidad política y seguridad y considera fundamentales los valores de la libertad individual y el orden dentro la comunidad política. Para el, los seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, esto es los mismos derechos para todos los asociados. Finalmente, para garantizar la unidad política de una nación debe existir un solo ordenamiento jurídico. La pluralidad de sistemas jurídicos, genera confusión y conflictos. El monismo liberal se encuentra arraigado en los sistemas normativos en tanto que

presentó un horizonte político y jurídico mucho más productivo para resolver problemas políticos y jurídicos que el generado por el feudalismo y el antiguo régimen. Frente al conjunto de soberanos propio del sistema feudal y a las dificultades relacionadas con la subordinación por parte de los súbditos que ésta genera, esta tendencia fue enunciada por Hobbes y Locke y también por Kelsen en el positivismo. Retomando la tesis presentada los estudios coloniales y post-coloniales, se sobresalen las relaciones constitutivas e interdependientes entre violencia, modernidad y derecho. Desde esta perspectiva, el derecho occidental, y el monismo jurídico liberal que lo justifica, no es necesariamente un instrumento al servicio de la civilización, la paz y la racionalidad, sino que representa la violencia, barbarie y destrucción que han sido definitivas para la consolidación del proyecto capitalista moderno (Fitzpatrick, 1993). Esto conlleva que la crítica del pluralismo al monismo. Para el pluralismo jurídico, el monismo es una teoría descriptivamente replanteada y normativamente poco fructífera. El monismo, para los pluralistas jurídicos, nubla el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos cohabitan diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por colectividades culturales radicalmente distintas. El pluralismo jurídico es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del derecho estatal como expresión de la soberanía (Agamben, 2003). Al llegar a este punto el monismo siempre va a rechazar esta postura socio jurídica al no reconocer varios sistemas jurídicos.

Derecho indígena o derecho popular

A lo largo de los últimos 20 años se ha llevado una larga lucha para que se reconozca a los pueblos indígenas su derecho a las instituciones, sistemas jurídicos, habitad, idioma y cultura esto ha creado una lucha inacabada que se produjeron a causa de los acontecimientos coloniales a principios del siglo XVI y la intromisión de modelos liberales han hecho que no se reconozcan de lleno los diversos sistemas jurídicos de estos pueblos. El derecho no estatal “popular” son los primeros avances del pluralismo jurídico clase al tratar la distinción de derecho y costumbre en los medios poscoloniales el derecho colonial fue reconocido como el derecho legítimo y aceptado por todos los asociados mucho afirma que esto dio origen al derecho consuetudinario colonial afirma que el derecho consuetudinario no era una versión trasformada o adaptada del derecho indígena, sino una forma creada en el contexto del Estado colonial y recalca el papel que juegan el derecho en las sociedades postcoloniales y contribuyo a la expansión del capitalismo entonces se puede decir que utilización de estos modelos como fuente de transformadora del expansionismo imperialista.

Metodología

El presente punto va analizar a la siguiente pregunta problema ¿cuál ha sido la crítica de la teoría crítica en cuanto al pensamiento colonial en el pluralismo jurídico? Frente aquella pregunta son muchas las producciones o escritos en

cuanto a este fenómeno (García Villegas, 2003) expresa que “los estudios críticos sobre el derecho como campo de investigación, enseñanza y debate público depende, en nuestra opinión, de dos condiciones. En primer lugar, se requiere una comunidad activa de estudiosos del derecho, esto es, investigadores que, a través de contactos y actividades diversas, vean a sus pares de otros países de la región y de su propio país como una parte esencial de su grupo de referencia. En segundo lugar, se requiere que dicha comunidad debata explícitamente los temas relevantes y las aproximaciones epistemológicas alternativas que deben orientar el estudio del derecho.” Esto se ha referido a que sin la investigación y el riguroso trabajo crítico no se estudiarían estas problemáticas en América Latina no desviándonos es por ello la importancia de interdisciplinariedad en el campo del derecho abriendo un espacio para comprender mejor el pensamiento colonial en los sistemas jurídicos (García Villegas, 2003) dice “En el caso del derecho, el aislamiento disciplinario ha sido reforzado por el predominio del formalismo jurídico que, al difundir eficazmente la creencia en la separación entre el campo jurídico y los demás campos sociales (v. gr., la política y la economía), ha desalentado o desacreditado la indagación de las conexiones entre lo jurídico y lo social con base en herramientas de análisis tomadas de diversas disciplinas.” La investigación interdisciplinaria es el mejor instrumento para entender al pluralismo jurídico por otro lado, no hay que olvidar que tenemos un derecho que tiene una herencia formalista y está sujeta a lo que está en el ordenamiento interno. Para Bourdieu (García Villegas, 2003) “la sociedad está compuesta por un conjunto de campos sociales (el campo de la política, el campo económico, el campo jurídico, etc.) que, aunque guardan relaciones múltiples entre sí, tienen una estructura y unos mecanismos de reproducción propios. En son autónomos y en ellas diferentes sujetos en varios enfoques luchan por el control de las riquezas Bourdieu dice El conflicto entre los actores en la búsqueda de los privilegios en juego le da dinamismo al campo y transforma los límites y las reglas del mismo quiere decir los campos sociales producen efectos y rápidos. La pluralidad dentro los campos jurídicos esencialmente en Latinoamérica dan lugar a los fenómenos sociales y jurídicos (García Villegas, 2003) para ellos la palabra pluralismo puede ser un poco autoritario evitando utilizar esta palabra y cambiándola “pluralidad,” donde la connotación es más amplia a los campos jurídicos La ineficacia hace alusión a la diferencia entre lo establecido por el derecho, de un lado, y la conducta de los actores del campo jurídico y de la ciudadanía en general, del otro. Como se verá en detalle más adelante, se trata de la brecha entre norma y práctica, de la escasa penetración del derecho – particularmente del derecho estatal– en la práctica social cotidiana. Finalmente, el autoritarismo consiste en el uso frecuente de la fuerza y de procedimientos autocráticos por parte de los creadores y aplicadores del derecho. (Santos, 1998)

La globalización y la pluralidad

La globalización ha abierto dos corrientes del pensamiento jurídico en el campo social que es el globalismo jurídico que aquella corriente discurre sus pretensiones en la universalidad y la otra y muy mencionada el pluralismo jurídico que se sustenta en la identidad cultural y pretenden a partir de la justicia social que coexistan varios sistemas jurídicos. Las unas de la otra se contraponen. Teniendo

en cuenta lo expuesto el pluralismo como campo jurídico en Latinoamérica en el plano constitucional se están dando al interior del derecho interno unos procesos que se han llevado de forma pausada en el cual se está reconociendo la realidad social que se vive la “pluralidad cultural, que no es un reconocimiento legal o constitucional de la multiculturalidad, así como su correlato, pluralidad jurídica, no era un sujeto aislado. De este modo, resultaba interesante poder determinar que ligazones, además de las de las exigencias sociales guardaba la pluralidad cultural y jurídica con otros fenómenos” (del Capiro Rodríguez, 2011) no obstante, la globalización que se centra en conectar relación de todos tipo (sociales, humanas, costumbres) ha desarrollado que las ciencias humanas caminen por la vía de globalización y que la información se mucho más accesible para todos sin embargo, (del Capiro Rodríguez, 2011) plantea que la información hoy en día es innegables, en tanto considere su propagación geométrica gracias a otro factor característico de la era actual: la informática y cibernética. La globalización como todo revolución histórica han modificado las estructuras de poder gracias a la información, los nacientes estados inspirados en los ideales de la libertad, soberanía y legalidad modificando los conceptos de otra forma por el ejemplo la soberanía ya nos mirada como antes ya que la globalización “ha generado una series de cambios en el concepto de soberanía y poder estatal, y estas modificaciones han alcanzado no solo a los países desarrollados, sino también a los ya afianzados, democrática y económicamente” (del Capiro Rodríguez, 2011). Temas como el medio ambiente, los derechos humanos, el terrorismo, las guerra de las drogas han hecho que los estados sedan un poco la soberanía en cuanto al fenómeno de la información mirando de cerca de la globalización también ha influenciado en el aspecto económico en cuanto a instituciones externas que tienen poder en el sistema interno estatal con lo planteado se puede decir que ninguna cultura puede estar aislada y la globalización en si integra estas cultura de una forma que las dominan y modifica estilos de vida, ordenes económicos, culturales, así pues con lleva la extinción de Estados de hallan una pluralidad la autora de su tesis critica que “la tendencias universalizarte suprimen la pluralidad de regímenes normativos, según su localidades, y pretenden crear sistemas jurídicos nacionales, expresados en la constitución que establecieran un Estado central, a través de los códigos y leyes emitidas monopolísticamente por un congreso” (del Capiro Rodríguez, 2011). Con el derecho constitucional se abre paso a los sectores pluralistas en cuanto a que las leyes constitucionales respetan la autorregulación que en casi todo Estados latinoamericano reconocen. Zagrebelsky (del Capiro Rodríguez, 2011) dice “que por el solo hecho de dirigir la producción de leyes hacia la diversidad de sectores o grupos implica la participación de numerosos y diversos entes sociales”.

La identidad cultural otro fundamento del pluralismo

a identidad cultural la podemos definir como lo propio en una cultura y lo propio deviene de lo que está por fuera y que está adentro para entender mejor este concepto la identidad cultural la podemos definir como el colectivo o lo que se comparte en una sociedad los elementos del pasado y que se

La identidad cultural la podemos definir como lo propio en una cultura y lo propio deviene de lo que está por fuera y que está adentro para entender mejor

este concepto la identidad cultural la podemos definir como el colectivo o lo que se comparte en una sociedad los elementos del pasado y que se conservan son en sí identidades culturales (morales, 2006) aporta que “todas cultura son intrínsecamente valiosas y ninguna lo es más que otra: tal sería la perspectiva del multiculturalismo identitarios. Después, desde nuestro eurocentrismo - o españolismo- hemos juzgado lo que no conocíamos y hemos intentado suprimirlo.” Esto quiere decir que desde muchas formas los grupos minoritarios han sido oprimidos por culturas más dominantes (del Capiro Rodríguez, 2011) señala “que el atentado de la identidad cultural es en si la imposición forzada de una cultura ha otra sin embargo él dice que no debe confundirse la memoria colectiva con el repliegue forzado al pasado.” Si bien la interacción de dos culturas llamadas por los antropólogos sociales aculturación se puede llegar a que una cultura integre o asimile en el primero, la integración la cultura dominante acopia algunos elementos de la cultura dominada sin perder su singularidad mientras la cultura dominada va eliminando sus tradiciones y aceptando los modelos de la cultura dominante sin embargo en el proceso constitucional que se dio en Latinoamérica conllevo a que el asimismo se expandieran Colombia en 1991, Bolivia en 2009 al declararse un estado plurinacional social de derecho, Perú (1993), Ecuador (1998) entre otros esto ha sido una transformación de lo que se entiende por derecho en la actualidad.

Santos: pluralismo legal

El concepto de pluralismo jurídico planteado por Boaventura de Sousa Santos es diferente a los que plantean los antropólogos del siglo XX ya que los primeros plantea de que coexistan uno o más sistemas jurídicos en un mismo Estado de derecho (Santos, 1991) plantea que “que se hace referencia a la superposición, articulación, interpenetración de varios espacios jurídicos mezclados que terminan configurando un derecho poroso constituidos por múltiples redes de ordenes jurídicos” santos aquí habla de la interlegalidad que es una expresión fenomenológica del pluralismo que en si es un espacio dinámico, donde no son sincrónicos para (Santos, 2001) “la interacción e intercesión entre espacios jurídicos entre los espacios jurídicos es tan intensa a nivel de la fenomenología de la vida socio-jurídica, que no se puede hablar de derecho y legalidad sino más bien de interderecho e interlegalidad”. Siguiendo esto el pluralismo se encuentra dentro de los sistemas jurídicos y sociedades Latinoamérica definiendo que es derecho. Siendo esta la clave para que se sostenga los campos sociales en un contexto.

Antecedentes del pluralismo jurídico

Es necesario entender los planteamientos de varios autores como Ehrlich, Bobbio, Arnaud. Ehrlich fue uno de los precursores del pluralismo del derecho al señalar la arbitrariedad de un solo orden jurídico al decir que el derecho no se encuentra en la ley o en la jurisprudencia ni en la ciencia sino en la sociedad el derecho según Ehrlich tiene su origen en la sociedad y orden está en las relaciones sociales. Por un lado, Santi romano da nacimiento al concepto

de pluralismo nace de la crisis de los Estados modernos y se fue edificando paralelamente en oposición del Estado y que no son aceptados por los mismo. Romano señala que el derecho no es el que existe en el orden jurídico si no estudiarlos con los otros sistemas.

Gurvitch nos dice que el pluralismo de justifica por los hechos normativos es decir el poder normativo se ubica en todas las comunidades el derecho se funda en el derecho también que la diversidad ha entrado en el derecho ha generado una pluralidad dependiendo de la realidad existente. Jean Carbonnier hace una crítica al pluralismo al decir que no es pluralismo sino fenómeno del pluralismo y que estos fenómenos pueden ser colectivos o individuales por otro lado dice que en vez de confrontar las reglas debe ir más allá de los hechos. Para Arnaud el pluralismo coge sentido cuando el fenómeno constituye un conjunto de reglas contrarias que no son consideradas derecho finalmente Bobbio plantea que el pluralismo jurídico se desarrolla desde dos tendencias una estatista y otra institucional la primera existen no un solo ordenamiento sino muchas que tienden a desarrollar, mientras la segunda mientras exista un sistema jurídico hablar una institución esta teoría contraponiendo la idea de universalidad.

Conclusiones preliminares

Para terminar el pluralismo jurídico dentro del pensamiento colonial es de necesario estudio en el derecho ya que esta hace parte por si misma de la realidad sociales existen en Latinoamérica y haciendo parte de esas realidades sociales crean lo que es la interlegalidad e interculturalidad conceptos estudiados por Gracia Villegas y santos es por ello que no son independientes o excluyentes como las tesis monistas sino integradoras en su esencia. Muchos autores han abordado el tema desde distintos ángulos concluyendo que los sistemas impuestos siempre van a tener una cierta dominación hacia otras instituciones dentro los sistemas plurales, pero con la constitucionalización se dio paso para que se reconociera a estas instituciones sus derechos esas instituciones me refiero a (grupos sociales, políticos, étnicos etc.). el pluralismo se ha convertido en la voz de los sectores silenciados y censurados por las instituciones del poder y esa voz que por fin fue escuchada para reclamar lo que le habían arrebatado ahora que se ha levantado busca recuperar un poco de su memoria y no ser llamada otra vez, en si el pluralismo jurídico es la crítica al control y la dominación cultural, política, educativa y de muchas otras cosas busca en lo profundo de su ser aceptada como igual a todas, mientras la otra busca ahogarla con las mismos modelos que rigen en un contexto.

Bibliografía

- Agamben, G. (2003) *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Madrid: Pretextos.
- del Capiro Rodríguez, C. M. (2011) *Pluralismo jurídico, derechos humanos a la identidad cultural*. Granada: Editorial Universidad de Granada.
- Engle, M. S. (2007) *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- Fitzpatrick, P. (1993) *Marxism and Legal Pluralism*. Australian Journal of Law & Society.

- García Ochoa, N. (2002) Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico. Ciudad de Guatemala: Cholsamaj.
- García Villegas, M. (2003) Derecho y sociedad en América Latina: Propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Ilsa Colección.
- Pospicil, I. (1971) The anthropology of law: comparative theory of law. New York: Harper and Row.
- Santos, B. (1991) Estado, derechos y luchas sociales. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Santos, B. (1998) La globalización del derecho. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.
- Santos, B. (2001) A crítica da razão indolente. Brasil: Cortez Editora.