

# ¿Es un positivismo jurídico pluralista posible?\*

*Is Pluralist Legal Positivism Possible?*

MARCOS GARCÍA TORNEL CALDERÓN†

**Recibido:** 21 de julio de 2024

**Aceptado:** 17 de septiembre de 2024

## Resumen

Es frecuente que las posiciones teóricas que defienden el pluralismo jurídico tomen como punto de partida una crítica al positivismo jurídico, suponiendo una situación antitética entre ambas posturas. En este documento se hipotetiza que es posible –e incluso necesario– construir un modelo de iuspositivismo no monista que, a través de la

---

\* Este documento es parte de un proyecto de investigación mucho más amplio, vinculado a Pluralismo Jurídico y Estado Plurinacional. Como tal, representa una aproximación preliminar a algunos elementos contenidos en el proyecto de tesis doctoral del autor.

† Abogado, docente e investigador. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Máster en Filosofía y Ciencia Política por el CIDES-UMSA y candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Actualmente es docente en las Carreras de Derecho y de Relaciones y Negocios Internacionales de la Universidad Privada Boliviana.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5190-5176>

Contacto: [mgornel@gmail.com](mailto:mgornel@gmail.com)

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 8 N° 15, octubre 2024, pp. 11-50 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.202415106>

autonomía indígena originario campesina y la jurisdicción indígena originario campesina, compatibilice la definición tradicional de ordenamiento jurídico con un contexto de reconocimiento constitucional de formas de legalidad no estatales. Se propone tomar como punto de partida la noción de que existen diversas aristas del iuspositivismo y analizar tres posturas teóricas representativas del positivismo jurídico –Kelsen, Hart y Raz– para identificar si el centralismo (un elemento usualmente considerado determinante en las formas predominantes de positivismo jurídico) es realmente esencial para éste. Finalmente, se proponen algunas consideraciones básicas que debería tener una postura positivista y pluralista del derecho como un acercamiento a la forma de concebirlo, estudiarlo y aplicarlo.

*Palabras clave:* positivismo jurídico / pluralismo jurídico / sistema jurídico.

### **Abstract**

It is common for theoretical positions defending legal pluralism to start with a critique of legal positivism, assuming an antithetical situation between the two stances. This paper hypothesizes that it is possible – and even necessary– to construct, through indigenous autonomy and jurisdiction, a model of non-monist legal positivism that reconciles the traditional definition of legal order with a context of constitutional recognition of forms of legality that don't have its origin in the State. It proposes to start from the notion that there are diverse aspects of legal positivism and test the theories of three representative theoretical positions of legal positivism –Kelsen, Hart and Raz– to identify if centralism (an element usually considered determining in the predominant forms of legal positivism) is really essential for it. Finally, some basic considerations that a positivist and pluralist approach to law

should have are proposed as a way of conceiving, studying and applying it.

*Keywords:* legal positivism / legal pluralism / legal sistem.

## **1. Introducción**

### **1.1. Presentación**

Desde la segunda mitad del siglo pasado, una buena parte de la antropología se ha concentrado en mostrar que ciertas prácticas en sociedades no modernas deberían ser consideradas propiamente jurídicas en el sentido de que normas sociales, religiosas o familiares, por mencionar sólo algunas, constituyen –en un sentido amplio- formas efectivas de derecho y de ley. En esta perspectiva es probablemente fundacional la obra de Malinowski (1985), que propone construir una definición antropológica de derecho alejándose de las concepciones predominantes en la antropología anterior, basadas en que los códigos primitivos serían sólo formas de tabúes o prohibiciones. Esta nueva concepción se construyó sobre la evidencia de que estas formas jurídicas contienen mandamientos positivos con violaciones sancionadas, cuyo incumplimiento es castigado y, en ocasiones, ponen en funcionamiento dispositivos propiamente jurídicos.

Posteriormente le siguieron una serie de estudios antropológicos profundamente preocupados por demostrar el carácter jurídico, y no sólo normativo, de muchas prácticas sociales presentes en sociedades desarrolladas al margen del modelo civilizatorio moderno, pero -en muchos casos- en relación directa con éste. A partir de estos estudios antropológicos un núcleo de investigadores propiamente vinculados a las disciplinas legales comenzaron a cuestionar si la existencia de pueblos indígenas, originarios o aborígenes –entre otras posibles denominaciones–, en contextos sociales de diversidad cultural –usualmente en periodos post-coloniales–, implicaba la necesidad de

reconstruir la misma noción de derecho, tradicionalmente arraigada a la práctica estatal, para englobar además fenómenos no estatales a los que también se los debería calificar de jurídicos, promoviendo una serie de posiciones teóricas que hoy en día se denominan pluralismo jurídico.

En ese contexto, las herramientas analíticas construidas en los estudios de realidades jurídicas indígenas se expandieron a otras prácticas sociales ya bien integradas en contextos modernos; generando, como afirma Merry (2008), que el concepto de pluralismo jurídico recorra:

Un espacio que va del descubrimiento de las formas indígenas del derecho entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del derecho en el capitalismo avanzado. (p. 89)

Tal amplitud de aproximaciones podría resumirse en entender el pluralismo jurídico como la presencia de más de un orden jurídico en un único campo social, cualquiera que sea el contexto sociocultural en el que se presentan (Griffiths, 1986).

Más allá de las diferencias específicas de la postura particular de cada acercamiento al pluralismo jurídico, es innegable que, hoy en día, éste es un concepto central al analizar la relación entre derecho y sociedad. Es más, probablemente las críticas de la concepción pluralista al denominado monismo o centralismo sean algunas de las formas más fuertes de poner en duda el concepto clásico de derecho, sobre todo aquel de raigambre positivista decimonónica, aun cuando desde muy temprano algunos autores evidenciaron insuficiencias o críticas al alcance de la perspectiva pluralista, como el caso de Tamahana (1993), Roberts (1998) o, recientemente, Fabra-Zamora (2022); pero todos ellos coinciden en la relevancia actual de dicha perspectiva y/o su éxito

como uno de los conceptos dominantes en el campo de la antropología del derecho.

Esta trayectoria teórica debe analizarse en relación con un proceso cada vez más marcado de interés en el rol de la diversidad cultural y étnica en las organizaciones políticas. En gran manera, hubo una preocupación creciente respecto a la situación de marginalización política en la que se encontraban los pueblos indígenas al interior de cada Estado; que se expresó tanto en la dimensión sociopolítica como en la filosofía política. Teóricamente, fueron de gran relevancia inicial las críticas del comunitarismo al liberalismo a finales de los años 70 del siglo pasado que, si bien no lograron realmente cruzar la frontera hacia la implementación de sus propuestas, sí dieron lugar al multiculturalismo, que fue exitoso en influenciar políticas particulares tanto a nivel nacional como internacional –por ejemplo, la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989-.

Si bien estas propuestas no tenían como eje central el reconocimiento oficial de los sistemas jurídicos indígenas; es innegable que, al analizar figuras como el autogobierno o la institucionalidad propia de estas comunidades, la posibilidad del derecho propio se convirtió en un eje importante de reconocimiento a la institucionalidad propia, afirmando que la legislación nacional debería tomar en cuenta las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas (Convenio 169, 1989, art. 8). En algunos países estas condiciones calaron hondo y alcanzaron diversos niveles de influencia en la normativa estatal. En este marco, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 1994 reconoció el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia (art. 1); los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas (art. 171); y que las autoridades de las comunidades indígenas ejerzan funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, aplicando costumbres y procedimientos propios (art. 171).

Sin embargo, pese a la expansión de políticas de tipo multicultural, éstas fueron consideradas insuficientes, por lo que a inicios del siglo XXI se profundizó el reconocimiento de derechos indígenas, ahora en el marco de la libre determinación. Nuevamente, se puede ver este proceso tanto a nivel internacional como nacional; entre los instrumentos internacionales aplicables a nuestra región se pueden mencionar sobre todo dos: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. Entre los países latinoamericanos se puede observar que algunos de ellos hicieron profundas reformas al Estado, llegando incluso dos de ellos a modificar su misma cualidad estatal, al definirse como Estados plurinacionales: la Constitución Política boliviana de 2009 al afirmar que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art. 1) y la Constitución Política ecuatoriana de 2008 al establecer que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (art. 1). En el caso boliviano el cambio llega incluso a modificar el nombre oficial del país identificándolo como Estado Plurinacional de Bolivia.

Respecto a la administración de justicia, y como muestra clara del éxito de las propuestas del pluralismo jurídico vinculadas a pueblos indígenas, existen referencias explícitas al reconocimiento de la justicia indígena por parte del derecho oficial como parte de sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DNUDPI], 2007, art. 5); y al derecho explícito a los sistemas jurídicos indígenas (Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DADPI], 2016, art. XXII). En Bolivia, esto implica: el reconocimiento del pluralismo jurídico como uno de los fundamentos del país (Constitución Política del Estado [CPE], 2009,

art. 1); la igual jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina (CPE, 2009, art. 179); el desarrollo de la jurisdicción indígena originario campesina con normas y procedimientos propios (CPE, 2009, art. 190), propios fundamentos y ámbitos de aplicación (CPE, 2009, art. 191); y el carácter obligatorio de esta jurisdicción, tanto para particulares como autoridades públicas (CPE, 2009, art. 192), entre otros.

## **1.2. Acercamiento y metodología**

Este doble proceso de desarrollo del pluralismo jurídico (por un lado, su desarrollo teórico y, por otro, su reconocimiento formal por parte del derecho oficial) exige repensar el pluralismo jurídico como teoría del derecho. En este sentido, es necesario contrastar la existencia de diversos sistemas jurídicos vigentes en el mismo espacio social con uno de los paradigmas dominantes en el derecho en la época moderna: el positivismo jurídico. Esto es particularmente importante porque es muy común que los defensores del pluralismo jurídico partan de una crítica fuerte a la capacidad del iuspositivismo para explicar el fenómeno jurídico más allá del derecho moderno, que es típicamente estatal.

Esta contrastación requiere un método analítico y comparativo; que permita partir de las teorías seleccionadas tomadas como fuentes primarias para, a través de una comparación y análisis sistemático y estructural, identificar los mecanismos teóricos que se deben plantear para describir adecuadamente el fenómeno jurídico en un contexto de reconocimiento formal a prácticas no estatales de Derecho.

De esta forma el presente documento inicia describiendo las principales críticas del pluralismo jurídico al positivismo jurídico. En segundo lugar, muestra que no se puede entender el positivismo jurídico en un único sentido y describe algunas de las aristas o dimensiones que tiene este concepto. En tercer lugar, contrasta las

obras fundamentales de tres de los autores positivistas más importantes del positivismo jurídico del siglo XX –Kelsen, Hart y Raz– con la coexistencia de sistemas jurídicos para analizar la posibilidad de compatibilizar el iuspositivismo con el pluralismo jurídico. En cuarto lugar, analiza la posibilidad concreta de construir un positivismo jurídico pluralista.

Se debe notar que el documento no presenta conclusiones en el sentido clásico, porque ellas son identificadas explícitamente en el transcurso del texto; en su lugar, finaliza identificando consideraciones mínimas que debería tener un positivismo jurídico pluralista (en su dimensión teórica como concepto de derecho, en su dimensión científica como estudio del derecho y en su dimensión práctica como aplicación del derecho) que puedan guiar un proceso posterior de desarrollo más estricto de este posible positivismo jurídico pluralista.

## **2. Desarrollo**

### **2.1. El pluralismo jurídico y su crítica al positivismo jurídico**

En general, gran parte de los autores que defienden el pluralismo jurídico parten de una crítica al positivismo jurídico, en particular en la acepción de éste que identifica el fenómeno jurídico con el fenómeno estatal (como parecería ser el caso en la mayor parte de la tradición jurídica moderna). Esto muestra una tensión tal entre positivismo jurídico y pluralismo jurídico que se podría afirmar, como lo hace Serrano (2015), que el resurgir del pluralismo jurídico implicaría una crisis del positivismo jurídico. Esta crisis se sostendría en que la concepción pluralista del derecho rechaza que sea jurídico exclusivamente lo codificado y legislado por el Estado.

Estos elementos típicos en las formas más comunes del positivismo jurídico pueden ser identificados como un componente ideológico del

mismo y se lo suele llamar *centralismo*, *formalismo* o *monismo*. Según Wolkmer (2006), el máximo exponente de este formalismo jurídico occidental sería Kelsen; y, a partir de este autor, se habría terminado de consolidar la sinonimia casi automática entre derecho y Estado iniciada en la exégesis francesa. (Sinonimia que es usada como elemento diferenciador de los fenómenos propiamente jurídicos respecto de otros fenómenos normativos, describiendo el carácter propio de lo jurídico en lo coercitivo. Una opinión similar tiene Sánchez-Castañeda (2016) cuando afirma que para Kelsen “la construcción monista del derecho resultaba inevitable” (p. 475)).

La gran mayoría de los autores pluralistas conciben que esta versión positivista, formalista, centralista y monista del derecho tiene como punto de partida un presupuesto equivocado —el carácter únicamente estatal del derecho—. A partir de allí, tendría una insuficiencia fundacional al describir la realidad jurídica: reducirla innecesariamente al Estado moderno en una búsqueda ideal de separarlo de contenidos morales; lo que a su vez repercute en problemáticas como la obediencia o la validez del derecho.

Este tipo de críticas a la concepción centralista del derecho tienen una validez casi evidente en los contextos en los que el pluralismo jurídico no es reconocido formalmente por el derecho estatal; pero, como expone Hoekema (2002), dicha concepción no sólo se presenta en lo que él denomina *pluralismo jurídico social*, sino también está presente en ciertos modelos de reconocimiento estatal del derecho consuetudinario, en las cuales dos o más sistemas de derecho coexisten de forma reconocida por el derecho estatal —incluso a nivel constitucional— pero esconden una ideología centralista en tanto el derecho oficial se reserva la facultad de determinar por sí mismo la legitimidad y ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos; denomina a este modelo *pluralismo jurídico formal unitario*. Sin embargo, este modelo podría complementarse con un

*pluralismo jurídico formal de tipo igualitario* cuando no sólo haya autonomía del derecho indígena, sino también cuando en las leyes nacionales se tome en cuenta la cosmovisión y cultura específica de los pueblos indígenas, bajo un aspecto propiamente pluricultural.

Es esta última posibilidad la que exige reexaminar la aparente sinonimia entre derecho y Estado argüida por los pluralistas jurídicos; no tanto por sus efectos nocivos frente a la comprensión misma del derecho, sino para determinar si un modelo de pluralismo jurídico formal de tipo igualitario implica necesariamente un alejamiento del paradigma positivista del derecho. En particular, esto es fundamental en un contexto en el que no sólo algunos Estados reconocen constitucionalmente cualidades multiétnicas, pluriculturales o plurinacionales en su composición social y de la que derivan modelos de pluralismo jurídico –como es el caso de Bolivia y Ecuador– sino más aún en un contexto donde el Derecho Internacional de Derechos Humanos cada vez profundiza más su defensa de las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas en el marco del ejercicio de su libre determinación, como en la DNUDPI de 2007 y la DADPI aprobada el 2016.

En este contexto jurídico, parece necesario cuestionarse si es posible una lectura de dichos instrumentos que permita una interpretación tanto positivista como pluralista<sup>1</sup>; de forma tal que los operadores jurídicos no perciban al pluralismo jurídico como una concepción necesariamente antagónica con su propio paradigma jurídico, pues esto en última instancia únicamente dificulta su implementación.

En los últimos años, Harari (2022) se ha preocupado por la paradoja que presenta el reconocimiento del pluralismo jurídico en sistemas

---

<sup>1</sup> Es evidente que lograr dicha meta excede los alcances posibles en un artículo como éste; sin embargo, sí es posible plantear una aproximación inicial que genera el esqueleto, o una ruta crítica, de acercamientos posteriores.

positivistas; pero concluye que un sistema jurídico positivista en una realidad plural es contradictorio y poco adecuado, por lo que sería necesario tener un sistema legal pluralista sin incidir en la forma específica que tendría este sistema ni en qué medida se podría adaptar el sistema positivista a dicha realidad. En cambio, Mac Amhlaigh (2020) considera que los problemas que presenta el pluralismo a la teoría legal general se podrían resolver con adaptaciones que le permitan teorizar a formas normativas no estatales, advirtiendo que dichas adaptaciones son un trabajo pendiente, pero siempre como algo a construirse en el futuro.

Estas diferentes perspectivas no responden a una cuestión que podría considerarse anterior, particularmente importante en una situación jurídica en la que los operadores jurídicos tienen una tradición positivista fuertemente arraigada: la posibilidad teórica de adaptar el positivismo jurídico, o alguna versión de este, a un contexto pluralista. Para analizar la posibilidad de reinterpretación que permitiría reconciliar el positivismo jurídico con el pluralismo jurídico, parece adecuado desarrollar inicialmente esta posibilidad a partir de sus versiones más populares o comunes. Para este fin, es fundamental discutir antes si el término positivismo jurídico se utiliza siempre en el mismo sentido.

## **2.2. Diversas aristas del positivismo jurídico**

En general, se puede dar una definición mínima de positivismo jurídico, entendiéndolo como una corriente iusfilosófica que “concibe al derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos y asigna como tarea a la ciencia del derecho estudiar, y a la práctica del derecho aplicar, el derecho en dicho sentido” (Scarpelli, 2021, p. 211)<sup>2</sup>, entendiendo que este conjunto de normas es establecido por la organización política predominante, que en las sociedades modernas

---

<sup>2</sup> Publicado originalmente en italiano en 1965.

sería el Estado. En concreto, se suele identificar como una de las tesis centrales del positivismo jurídico la separación de derecho y moral, de acuerdo con la descripción propuesta por Kelsen (2012). En este sentido, en ocasiones se resume al positivismo jurídico a partir de su oposición al iusnaturalismo, aunque Bobbio (2007) advierte que, aunque se trate de aclarar estos términos en oposición, es imposible reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa.

Sin embargo, de esta misma conceptualización se puede observar que el término mismo de positivismo jurídico conjuga diferentes aspectos que, por muy relacionados que se encuentren, se refieren a dimensiones diferentes. Parece adecuado diferenciar el concepto de positivismo jurídico en por lo menos tres instancias: como una teoría jurídica que conceptualiza el derecho en cierta forma particular; como una metodología jurídica que estudia el derecho como una forma particular; y como una práctica jurídica que aplica el derecho de una forma particular. Estas tres dimensiones del positivismo jurídico se entrelazan estrechamente y, en cierta medida, son consecuencias una de la otra. Sin embargo, no se debe perder de vista que son expresiones diferentes del positivismo.

Se debe recordar que existe una versión inicial del positivismo jurídico, que Bobbio (2007) denomina formalismo jurídico, y que a veces es difícil de distinguir una de la otra. Sobre el formalismo jurídico, él sospecha “que esta expresión significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables” (Bobbio, 2007, p. 15).

Entre estas cosas que puede significar el formalismo jurídico, desarrolla cuatro que considera centrales para su correcta comprensión, aunque advierte que no pretende que sean los únicos significados del término. 1) como una concepción formal de justicia; es decir, como una teoría de la justicia que subsume lo que es justo a lo que es conforme a la ley; 2) como una teoría particular del derecho que pretende describir

el derecho tal cual es, con una forma relativamente constante frente a un contenido generalmente variable; 3) como una ciencia formal, que tiene por objeto de estudio las calificaciones normativas de hechos; y 4) como forma de interpretación del derecho, en el sentido de un método por el cual se interpretan las leyes, dando preferencia a la interpretación lógica y sistémica, y/o función atribuida al interprete, al considerar que el juez meramente declara la ley vigente y aplicable sin crear nuevo derecho. Sin embargo, es fundamental comprender que estos cuatro significados pueden o no presentarse unidos; por ejemplo, de acuerdo con Bobbio (2007) “Kant es formalista en la definición del derecho, pero no lo es en la definición de justicia” (p. 24).

Es más, Bobbio (2007) admite que el formalismo no es la única manera de entender el positivismo jurídico y que, para caracterizar adecuadamente el positivismo jurídico, habría que tomar en cuenta tres aspectos diferentes de éste: “1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia” (p. 44).

Cuando este autor se refiere al modo de acercarse al derecho, va más allá del simple uso de instrumentos o técnicas –porque, respecto al método, el positivismo jurídico no tendría ninguna característica particular–; y se preocupa también por la misma delimitación del objeto de investigación. Al referirse a la teoría da cuenta de cómo el positivismo jurídico entiende la realidad jurídica misma, dando una descripción y una explicación global de ella. Respecto a la dimensión ideológica entiende la toma de posición frente a la realidad jurídica, fundada sobre un sistema de valores (Bobbio, 2007).

Entonces, el positivismo jurídico no sería una doctrina única; y los diferentes sentidos de formalismo jurídico y de positivismo jurídico no tienen entre sí una relación necesaria o inherente; pudiendo presentarse unidos o por separado. Por lo que concluye que: 1) para describir y analizar una doctrina concreta no es suficiente describirla como

iuspositivista; sino que habría que describir sus diferentes dimensiones; y 2) que aceptar y aprobar, o descartar y condenar, alguno de estos aspectos no implica necesariamente aprobar o condenar los otros (Bobbio, 2007).

Si bien se debe tomar en cuenta que estas diferentes dimensiones y aristas del formalismo y del positivismo jurídicos son fundamentales; para el análisis de una posible compatibilidad entre el pluralismo y el positivismo jurídicos tiene mayor utilidad la dimensión teórica del mismo, pues las dimensiones metodológica, ideológica y práctica serían consecuencias de la concepción misma del derecho y del sistema jurídico que se tenga.

Asumir que no existe un único positivismo jurídico y que no todas las doctrinas positivistas lo son en las mismas dimensiones (por obvia que parezca tal primera conclusión) tiene por efecto que para discutir la relación posible entre positivismo jurídico y pluralismo jurídico no parece adecuado hacerlo en abstracto y en general, sino en concreto y en específico. Esto implica que para realizar el intento de compatibilizar ambas posturas no es suficiente hacerlo sobre la base del positivismo jurídico como una doctrina única y unidimensional, sino que debe hacerse sobre doctrinas concretas; delimitándose a autores específicos.

A tal efecto, es adecuado iniciar con autores muy influyentes en el positivismo jurídico contemporáneo, que no sólo se siguen cronológicamente, sino que siguen entre sí una secuencia lógica evidente. A tal efecto, existen tres obras ineludibles en esta primera aproximación: *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen<sup>3</sup>, *El concepto*

---

<sup>3</sup> Texto publicado originalmente en alemán en 1934, y revisado en una edición expandida de 1960.

de *Derecho* de H.L.A. Hart<sup>4</sup>, y *El Concepto de Sistema Jurídico* de Joseph Raz<sup>5</sup>.

### 2.3. El formalismo jurídico y el pluralismo jurídico

La *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen es indudablemente una obra fundamental en el positivismo jurídico del siglo XX. Es, quizás, la obra paradigmática –aunque no necesariamente la más acabada– de esta corriente.

Entre los diferentes aspectos que fundamentan la teoría pura –como, por ejemplo, la separación entre derecho y moral, y su crítica a la definición del derecho del iusnaturalismo–, existen dos particularmente importantes respecto al pluralismo jurídico: la concepción del derecho como un fenómeno puramente coercitivo y estatal, y la concepción del orden jurídico como conjunto dinámico de normas que derivan de una única norma fundamental (Kelsen, 2012).

Respecto al concepto de derecho, Kelsen (2012) afirma que pertenece al mundo de las normas; pero que la característica que lo diferencia de otros ordenes normativos se presenta porque “en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo” (p. 56), es decir, que el derecho se presenta como un orden necesariamente coactivo, pues si no fuese coactivo, no sería propiamente derecho. En este sentido, no se aleja del positivismo jurídico del siglo XIX, que ya entendía que la norma jurídica es una norma coercitiva. “Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza” (Kelsen, 2012, p. 59). En este sentido, la función del derecho para Kelsen (2012) es establecer un monopolio del uso de la fuerza en favor de “ciertos individuos especialmente autorizados a ese efecto” (p. 59).

---

<sup>4</sup> Publicado originalmente en inglés en 1961.

<sup>5</sup> Publicado originalmente en inglés en 1970.

Son este tipo de afirmaciones las que muchos críticos a la obra kelseniana utilizan para afirmar que el concepto de derecho de Kelsen es necesariamente estatal; en el entendido de que se asimila este monopolio del uso de la fuerza al Estado; en tanto el Estado moderno pretende, justamente, monopolizar el uso legítimo de la fuerza. Sin embargo, se debe notar que Kelsen (2012) no afirma que el Estado sea el único contexto en el que se produce un orden jurídico; es más, es explícito al afirmar que la consecuencia imputada es un acto coactivo que se llama *sanción*, y que “en el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada” (p. 56), dando a entender que otras formas de derecho tendrían otras maneras de sanción. Lastimosamente, Kelsen (2012) no desarrolla en la sección dirigida al concepto de derecho de su obra magna estas otras posibles formas de sanción en otros tipos de ordenamientos de normas; pero implícitamente muestra la posibilidad de ellos. Por el contrario, sí es cierto que parece referirse únicamente al derecho estatal en el resto de su análisis, concentrándose en aspectos formales de las reglas del derecho, aunque incluya uno que otro aspecto material.

Probablemente, la posición monista del Estado de Kelsen (2012) se expresa con más fuerza en su desarrollo de la relación entre Derecho y Estado en el Capítulo XII, en el que afirma que el Estado es un orden jurídico que regula la conducta de los hombres, aunque aclara que “El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado” (p. 150), construyéndose un orden jurídico estatal cuando se alcanza cierto grado de centralización. En este sentido, Kelsen (2012) efectivamente afirma que “en tanto no haya un orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana” (p. 151); pero no niega por ello la existencia de otros órdenes jurídicos al interior del ordenamiento del Estado y contenidos por él. Efectivamente la teoría del Estado de Kelsen se concentra en el nivel

Estatatal, pero no rechaza en sí misma la existencia de otros órdenes jurídicos a nivel local o sub-estatal.

Por otro lado, Kelsen (2012) sí desarrolla un breve<sup>6</sup> pero interesante análisis de un orden normativo supra-estatal, en el último capítulo de su obra, al describir el Derecho Internacional, que tendría como norma fundamental “una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados” (p. 160). En particular, de este análisis interesa como segunda conclusión que, para Kelsen, es posible que existan órdenes jurídicos no estatales en comunidades jurídicas de otra naturaleza, ya sea a nivel sub-estatal o supra-estatal.

Un siguiente punto de análisis radica en si existe o no relación entre los diferentes órdenes normativos y, de ser así, cómo sería esta relación. Esto es importante porque parece evidente que en la descripción básica de la estructura del derecho kelseniano existen diferentes órdenes jurídicos; pero si estos no se relacionan entre sí existiría una pluralidad de ordenamientos absolutamente separados, por lo que sería imposible afirmar la coexistencia real de sistemas y, con ello, de algún tipo de pluralismo jurídico. El mismo autor nos da una respuesta clara al respecto, al afirmar que a los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional “es necesarios reunirlos en una construcción lógicamente

---

<sup>6</sup> Es importante recordar que otras obras de este autor analizan con más especificidad la relación entre el derecho internacional y el estatal. Por ejemplo, en *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, publicada casi quince años antes que su *Teoría Pura del Derecho*, el autor defiende una posición monista entre ambos sistemas, con supremacía del derecho internacional. Al analizar la lógica kelseniana en el pluralismo internacional, Hjorth (2022) afirma que es posible encontrar un punto medio entre el monismo y el dualismo en el constitucionalismo pluralista en el contexto de la Unión Europea, en la que este constitucionalismo pluralista no es una pluralidad de diferentes sistemas legales, sino una constitución genuinamente pluralista.

coherente” (Kelsen, 2012, p.163), a través cierto tipo de relaciones recíprocas, ya sean de subsunción o de coordinación<sup>7</sup>.

De esta forma, Kelsen (2012) estaría afirmando la existencia de cierto tipo de pluralidad jurídica entre el derecho estatal nacional y el derecho internacional y, a su vez, entre los diferentes derechos nacionales; sólo que a una escala diferente de la que interesa a los autores que se centran en el pluralismo jurídico actual. Sería, entonces, una diferencia de escala, pues Kelsen (2012) pensaría en un pluralismo jurídico entre la escala global y la escala nacional<sup>8</sup>, mientras que el pluralismo jurídico en su versión más común lo piensa entre la escala nacional y la escala local. Como tercera conclusión, se consideran posibles las relaciones entre ordenamientos jurídicos deferentes y, por lo tanto, su coexistencia. Pero no por ello se podría afirmar que Kelsen conciba que esto sea compatible con un esquema de pluralismo jurídico subnacional; para ello se debe analizar su concepción de orden normativo unido por una única norma fundamental.

Al describir la estructura jerárquica del orden jurídico, Kelsen (2012) parte por la inevitable cuestión de si existe unidad cuando existe una pluralidad de normas jurídicas, es decir, cuándo se puede afirmar que pertenecen a un orden jurídico determinado las diferentes normas; esta cuestión la responde a través de su conocida hipótesis de la *norma fundamental*, afirmando:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de

---

<sup>7</sup> Kelsen (2012) analiza esta posible reunión entre el orden jurídico y el derecho internacional en el marco del debate posiciones monistas y posiciones dualistas al respecto.

<sup>8</sup> Por utilizar la denominación presente en la descripción de las escalas del Derecho existente en la obra de Boaventura de Sousa Santos (2009), un autor por cierto muy querido por los defensores del pluralismo jurídico en Latinoamérica.

todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. (p. 111)

En este sentido, diferentes normas pertenecen a un mismo sistema cuando su validez puede ser subsumida, en última instancia, a la misma norma fundamental común. Cabe recordar que esta subsunción puede darse en un sentido material vinculado a su contenido, pero en el caso de las normas jurídicas esta validez no se subsume por su contenido sino formalmente cuando fue creada de una forma particular, siguiendo aquello que Dworkin (1989) denomina el *pedigree* de la norma. Este punto parece más difícil de conciliar con el pluralismo jurídico, porque en el modelo pluralista del derecho coexisten órdenes jurídicos distintos –el estatal y los no-estatales– con relaciones no subsumibles entre ellos; pero quizás sí de coordinación.

Cuando hay una negación de los otros sistemas de derecho por parte del derecho oficial existirían dos o más órdenes jurídicos completamente diferentes; cada uno con su propia norma fundamental y sin relación formal entre ellos, ni de subsunción ni de cooperación. Sin embargo, la figura cambia cuando existe un reconocimiento formal del derecho oficial –estatal– a los demás sistemas, pues al reconocerlos necesariamente debe establecer mecanismos de relación entre ellos, ya sean los de subsunción o sean los de cooperación.

Entonces, es posible que dos o más sistemas jurídicos, diferentes en sí mismos y cada uno con su propia norma fundamental, coexistan entre ellos con reconocimiento formal mutuo. Esto es una aparente imposibilidad en el modelo de Kelsen si se acepta el carácter exclusivo del Estado como productor del derecho; pero, como se mostró previamente, tal relación no es tan automática como parecía inicialmente. De esta manera, la cuestión no está en si hay una única norma fundamental, pues en una misma realidad jurídica podría coexistir una diversidad de normas fundamentales: la norma fundamental de cada ordenamiento nacional, la norma fundamental del

sistema internacional y la norma fundamental de cada otro sistema jurídico reconocido.

Cada una de estas normas fundamentales convive con las otras, sin que la validez de una dependa de otra; convivirían de forma *coordinada*. Al analizar la relación entre derecho internacional y el orden nacional, Kelsen (2012) afirma que “no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro” (p. 168); y lo mismo podría suceder entre el derecho nacional y derechos indígenas reconocidos formalmente. Es decir, que en tanto afirma que “Nada impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único” (Kelsen 2012, p. 170), se puede establecer como cuarta conclusión que, por más que tengan normas fundamentales diferentes, debido a su relación de coordinación y porque sus ámbitos de validez están jurídicamente delimitados entre sí, los diversos órdenes o sistemas jurídicos conviven positivísticamente entre sí.

Por lo descrito, se puede concluir que, una vez reconocido formalmente un sistema jurídico no-estatal no existe ningún impedimento que permita al positivismo jurídico, aún en su expresión más formalista, abarcar modelos de pluralismo jurídico. Es más, en cierta manera ya lo hace en tanto algunos ordenamientos territoriales nacionales se componen de órdenes jurídicos subnacionales unidos por subordinación; por ejemplo, en los casos de Estados independientes que se aglutinan en un mismo Estado federal, perdiendo su independencia y subordinando sus propios órganos a la Constitución federal. En este caso, la subordinación a la Constitución –y, junto con ella, a su norma fundamental que es la voluntad del primer constituyente– es producida *ex post* al unirse a la federación, aunando así dos normas fundamentales que anteriormente estaban separadas.

Esa cuarta conclusión, a su vez, abre un nuevo cuestionamiento respecto a la validez normativa del reconocimiento mutuo de los sistemas

jurídicos, pues en tanto el reconocimiento en sí mismo no establece consecuencias o sanciones, podría considerarse un elemento *jurídicamente irrelevante*. Para resolver esto, y analizar a más profundidad la posible reconciliación entre pluralismo y positivismo, es necesario apartarse del formalismo kelseniano, que sólo daría por válido el reconocimiento siempre y cuando se cumpla el mencionado *pedigree* del instrumento normativo por el cual se presente, y adentrarse en una versión del positivismo jurídico que amplíe el concepto de norma, tal como lo hace H.L.A. Hart.

#### **2.4. El reconocimiento estatal de fuentes no estatales del derecho y la “regla de reconocimiento”**

Así como se presentó la *Teoría pura del Derecho* como una obra emblemática del positivismo jurídico del siglo XX, también es necesario analizar la posibilidad del pluralismo desde la óptica del positivismo post-kelseniano. Para ello, la revisión del modelo positivista en *El concepto de derecho* de Hart es un paso fundamental.

Probablemente, el mayor impacto de esta obra de Hart radica en demostrar que la concepción de derecho expresada tradicionalmente – Hart utiliza a Austin como ejemplo de dicha concepción– como un conjunto de reglas respaldadas por amenazas debería ser puesto en duda. Jurídicamente existiría más de un tipo de regla; no sólo por la autoridad que las crea, sino también porque no todas tienen siempre el mismo carácter obligatorio; algunas sí son obligatorias en el sentido clásico, pero existen también reglas que no son necesariamente aplicadas por la fuerza. En este sentido, para Hart (2009), el carácter propio del derecho no es el acto coactivo, sino que las reglas jurídicas tienen consecuencias precisas y oficialmente organizadas, de las cuales la sanción es tan sólo una posibilidad entre varias consecuencias posibles; a partir de lo cual diferencia normas jurídicas, mandatos y órdenes. Considera así que la amenaza de la violencia presente en la

versión de Austin, aunque parece inicialmente ser fundamental, no termina de explicar el carácter jurídico, pues

Dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes son generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. (p. 32)

Hart (2009) razona que esta idea de Austin es en sí misma incompleta; pero no por ello deja de ser importante a este análisis, porque se vincula directamente a su concepción de unidad del sistema jurídico: “un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de *supremacía* dentro de su territorio y de *independencia* respecto de otros sistemas ... Estas dos nociones no son tan simples como pueden parecer” (p. 31).

Según como entiende Hart la versión de Austin, la independencia y supremacía relativas serían esenciales para definir un único sistema jurídico, pues si diferentes órganos no fueran subordinados a un mismo ente supremo —una persona o cuerpo de personas que no obedece a nadie habitualmente— habría una pluralidad de sistemas. De esta forma, Austin no comparte el criterio de Kelsen bajo el cual lo que daría unidad a un sistema jurídico es una norma fundamental, acercándose más a la idea de que dicha unidad se da por *elementos supremos* y *elementos subordinados*; no en base a una norma fundamental hipotética, sino a la sumisión a un mismo ente soberano. En esta versión la soberanía, por simple que parezca, sería en última instancia el fundamento de todo sistema jurídico.

Se podría responder a esto de forma similar a cómo se ha mostrado en el subtítulo anterior: la existencia de normas fundamentales diversas no impide la construcción de un sistema único conformado por órdenes

jurídicos diferentes. Pero de esto nace la cuestión de si existe, o debe existir, un único ente o ser soberano; cuestión que podría responderse, por ejemplo, a través del rol que puede tener la Constitución como elemento de unión de la diversidad de sistemas. Este sería un debate de segundo orden, ya que la misma concepción inicial que le da nacimiento sería en sí misma objetable; por ejemplo, porque no todas las normas jurídicas nacen de un ser determinado –como es el caso de la costumbre– o porque el ente soberano puede estar en sí mismo sometido a sus mismas normas – como es el caso en cualquier contexto con un mínimo de Estado de Derecho–, por lo que el modelo basado únicamente en la soberanía requiere ciertas modificaciones.

Al desarrollar las modificaciones o correctivos que requiere el modelo de Austin, Hart (2009) afirma que se necesita “una concepción nueva de la legislación como introducción o modificación de pautas o criterios generales de conducta a ser seguidos generalmente por la sociedad” (p. 55). Estas modificaciones son, principalmente, su diferenciación de las reglas primarias y las reglas secundarias. Este segundo grupo incluye la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación, siendo esta inclusión –en particular de la regla de reconocimiento–, uno de los argumentos claves de la propuesta de su concepto de derecho como respuesta al modelo de la amenaza de la violencia para explicar el fenómeno jurídico.

Hart (2009) afirma que una sociedad sin institucionalidad jurídica de ningún tipo sería posible, pero únicamente cuando exista una estructura de reglas primarias de obligación, como en una “pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentido común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable” (p. 114) donde se pueda vivir en un régimen de reglas no oficiales con un buen resultado. Pero fuera de estas circunstancias ideales e idílicas, el control social basado únicamente en este tipo de reglas primarias sería insuficiente y defectuoso por varios motivos: en primer lugar, por la

falta de certeza de cuáles son las reglas si no existiese algún tipo de, por decirlo así, reglas que especifiquen qué es regla y qué no; en segundo lugar, por el carácter estático que tendrían estas reglas primarias de obediencia y la dificultad que se presentaría porque una sociedad no podría adaptarlas a circunstancias cambiantes; y un tercer defecto sería la difusa presión social para hacer cumplir las reglas si no existe un órgano especial con facultades explícitas y autoridad para determinar la violación a una regla.

Es precisamente por estos tres defectos que un sistema jurídico no estaría compuesto únicamente por reglas que establezcan obligaciones, complementando estas reglas primarias con reglas secundarias: El defecto producido por la falta de certeza se resuelve con lo que Hart (2009) denomina *regla de reconocimiento*, entendiendo por tal a una regla que, sea cual sea su forma de expresión, identifica qué característica debe tener una aparente regla para ser considerada tal de forma indiscutible. El remedio para la cualidad estática está en las *reglas de cambio*, que facultan a un individuo o cuerpo a introducir nuevas reglas primarias o a dejarlas sin efecto. El defecto del carácter difuso se resuelve con las *reglas de adjudicación*, que identifican a los individuos que pueden juzgar, por ejemplo, al conferir jurisdicción; pero también los procedimientos que deben seguirse.

En particular, la inclusión de otros sistemas jurídicos en paralelo al derecho oficial presenta una serie de retos concretos cuando se los analiza desde el punto de vista de las reglas secundarias: El primero de ellos, y probablemente el más crucial, se vincula a la idea de la regla de reconocimiento.

En un contexto pluralista, las reglas se vuelven más complejas. Ciertamente Hart (2009) afirma que la regla de reconocimiento puede tomar casi cualquier forma, y que cuanto más complejas son las sociedades, más detallada se vuelve ésta. En una situación de pluralismo jurídico formal existe una regla de reconocimiento

específica que determina qué normas jurídicas de otro sistema son válidas, pero también determina reglas de cambio y de adjudicación.

Por ejemplo, en el caso de la Constitución boliviana (2009), al declararse el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.II.4) y, como consecuencia de ello, a la Jurisdicción Indígena Originario Campesina (en adelante IOC), que implica el ejercicio “de sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades ... [aplicando] sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190.I), y a la Autonomía IOC. Tanto la Jurisdicción IOC como la Autonomía IOC implican la validez de las normas propias (regla de reconocimiento y de cambio), así como el ejercicio de funciones jurisdiccionales bajo procedimientos propios (regla de adjudicación). La dificultad radica en que las reglas secundarias expresadas así son ambiguas, porque salvo algunos límites muy generales el contenido específico de las mismas no contempla ningún lineamiento, dejándose las mismas a cada comunidad propia. Es decir, se abren de tal manera las reglas secundarias que podrían dejar de dar certeza.

Sin embargo, esta aparente ambigüedad puede ser contrapuesta con dos argumentos: Primero, porque en gran medida se considera que las comunidades indígenas se encontrarían en las condiciones en las que las reglas secundarias son menos necesarias, aunque esta concepción es un tanto idealista<sup>9</sup>. En segundo lugar, porque este reconocimiento no se presenta en el vacío, en el entendido de que los sistemas jurídicos de las comunidades se presentan en coordinación –y en algunos casos subordinación– a elementos externos a él, como la misma Constitución que los reconoce o los Derechos Humanos; de forma similar a los órganos estatales que se encuentran igualmente limitados por estos

---

<sup>9</sup> Esta concepción es evidentemente ficticia, pero en cierta medida sustenta una buena parte de la bibliografía académica sobre derecho indígena en Bolivia. He trabajado anteriormente esta idea en un par de textos ya publicados.

elementos. Adicionalmente, debe mencionarse que las reglas secundarias en un contexto de pluralismo jurídico formal de tipo unitario cedidas a comunidades particulares siguen subordinadas a la voluntad unilateral del derecho oficial de legitimar o aceptar las prácticas consuetudinarias. Pero incluso en el caso de un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario se mantiene la idea de que puedan – o deban– existir límites a la vigencia del derecho indígena. Es decir, que la existencia de pluralismo jurídico no debe ser nunca entendida como una soberanía *ilimitada*, lo que coincide en gran manera con lo argumentado por Hart.

Como quinta conclusión a la posible reconciliación entre positivismo y pluralismo, se evidencia que la coexistencia de sistemas jurídicos plurales no contradice la idea misma de reglas secundarias como las propone Hart, aunque sí vuelve más compleja la determinación específica de éstas al depender las reglas de reconocimiento, modificación y adjudicación de las normas y procedimientos propios de cada comunidad jurídica reconocida. De ésta, con relación a las anteriores, se desprende una sexta conclusión: el incluir entre las reglas secundarias una apertura a otros sistemas jurídicos debe hacerse en el contexto de límites comunes y reglas de coordinación.

Sin embargo, esto deja sin resolver una cuestión que ha rondado este análisis: si reinterpretar la unicidad del sistema jurídico da lugar propiamente a considerar posible un sistema jurídico inherentemente plural, o sólo a sistemas jurídicos diferentes y separados, con únicamente relaciones de coordinación momentánea (algo así como sucede con el derecho internacional privado, en el que sin unir ordenamientos jurídicos nacionales diferentes se dan situaciones jurídicas en las que se involucra más de una soberanía legislativa). Para resolver esto, se requiere un análisis más profundo del concepto de sistema jurídico del que ofrecen Kelsen o Hart.

## 2.5. De la coexistencia de más de un sistema jurídico

Si bien tanto Kelsen, al referirse a los órdenes jurídicos, como Hart, al concebir un sistema jurídico como la unión de reglas primarias y secundarias, presentan una teoría del derecho positivo como sistema, sus herramientas parecen insuficientes para determinar en última instancia si un sistema jurídico puede, sin realmente dividirse en subsistemas completamente separados, ser pluralista. Responder esta siguiente cuestión requiere un análisis más detallado de una concepción positivista de sistema jurídico, como el que ofrece *El concepto de sistema jurídico* de Joseph Raz, bajo una clara influencia de la ya analizada obra de Hart; aunque en su análisis particular, además de centrarse en las obras de Austin y Kelsen, incluye a Bentham.

Raz (1986) considera que tres características importantes del derecho son ser coactivo, institucionalizado y normativo; pero no que estas características agoten la totalidad de éste. Una teoría completa del sistema jurídico debería responder cuatro cuestiones: el problema de la existencia –bajo qué criterios se determina si un sistema jurídico existe en los hechos–, el problema de la identidad –bajo qué criterios se determina a cuál sistema jurídico pertenece una determinada disposición jurídica–, el problema de la estructura –determinar si existen estructuras comunes entre los sistemas jurídicos–, y el problema del contenido –determinar si hay disposiciones comunes que se presentan en los sistemas jurídicos–. En este texto, Raz (1986) se propone dar solución a los primeros dos problemas, existencia e identidad, pues considera que son la parte necesaria de cualquier definición de sistema jurídico.

Igual que lo hizo Hart, critica la concepción de Austin de sistema jurídico basado en el concepto de soberanía; pero explicita a su vez que “Kelsen no usa ningún concepto de soberanía similar al de Austin [...]”. Sin embargo, resulta interesante que esto no le impidió adoptar una

teoría del sistema jurídico que es similar a la teoría de Austin” (Raz, 1986, p. 121). Esta similitud radicaría en que ambas posiciones consideran que la unidad del sistema jurídico reposa en un *principio de identidad* y en un *principio de independencia*. Por el contrario, Raz (1986) afirma que dichos principios, así como el *principio de eficacia*, son inconvenientes como fundamento para explicar el sistema jurídico. Razona que el principio de identidad es una consideración de origen, por el cual el sistema jurídico existe porque, en última instancia, sus componentes se subordinan a un mismo elemento: el soberano en el caso de Austin y la norma fundamental en el caso de Kelsen.

El criterio de Austin para la membresía de una disposición jurídica en un sistema es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si y sólo si fue legislada por el soberano que legisló todas las otras disposiciones de tal sistema. El criterio de Kelsen es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si y sólo si fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental que confirió las facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas (Raz, 1986, p.124).

Raz (1986) afirma que tanto Austin como Kelsen comparten la idea de que dos normas son parte de un sistema jurídico cuando comparten una *cadena de validez*, formando así un conjunto de normas unidas a la misma raíz común. Esta idea es denominada la *arborescencia* por Raz.

El principio de *independencia* se refiere a que tanto Austin como Kelsen identifican cada disposición jurídica como una norma individualizada, como un átomo. Por el contrario, Raz (1986) afirma que en algunos casos habría que considerar las disposiciones jurídicas como parte de una norma; un ejemplo de ello es que “Kelsen no hace

justicia a las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas” (p. 147)<sup>10</sup>.

Por el contrario, Raz (1986) imagina las disposiciones jurídicas como parte de una intrincada red, en la que tienen relaciones estrechas entre sí. Por ejemplo, las disposiciones regulatorias se refieren a los deberes establecidos en las disposiciones que establecieron dichos deberes, así como su aplicación. Para entender esto, el autor presenta un ejemplo relativamente sencillo, pero ilustrativo:

Considérense, por ejemplo, disposiciones jurídicas que confieren facultades a funcionarios para casar a las personas. Estas disposiciones dependen, en cuanto a su efecto jurídico, de otras disposiciones jurídicas que crean el status de casados, esto es, disposiciones jurídicas que imponen deberes y confieren facultades a las personas casadas. Estas disposiciones que confieren facultades, a su vez, dependen, en cuanto a sus efectos jurídicos, de otras disposiciones jurídicas cuya aplicación regulan (p. 197).

Este concepto de sistema jurídico aparta a Raz de los estudios anteriores. Según él, éstos consideran que las disposiciones jurídicas son igual a normas y, por ende, los sistemas jurídicos son sistemas de normas; mientras que Raz (1986) afirma que los sistemas jurídicos son sistemas de disposiciones jurídicas, y las disposiciones jurídicas no son siempre normas. Dados por “presupuestos el contenido mínimo y complejidad mínima de los sistemas jurídicos y dado un aceptable

---

<sup>10</sup> Esta crítica también la tiene Hart y, justamente por ello, propone las reglas secundarias. Curiosamente, Raz no menciona explícitamente a Hart en esta crítica a la concepción de sistema jurídico preexistente, concentrándose principalmente en Kelsen y secundariamente en Austin; aunque sí menciona que las modificaciones que propone utilizan tanto ideas de Bentham como de Hart. En capítulos posteriores sí centra su análisis en este autor, evidenciando así la fuerte influencia que tuvo en la concepción que tiene Raz de sistema jurídico.

conjunto de principios de individuación, hay en cualquier sistema jurídico algunas disposiciones que no son normas” (Raz, 1986, p. 203).

A partir de esta idea, las relaciones entre las disposiciones jurídicas pueden ser genéticas, si se ocupan de la forma en que las disposiciones jurídicas fueron creadas; u operativas, si se ocupan del efecto de las disposiciones jurídicas que existen en un determinado momento. En este sentido, la estructura genética permite identificar qué disposiciones jurídicas son, o fueron, válidas en un determinado momento y qué facultades tienen los órganos concretos para crear futuras disposiciones jurídicas; mientras que la estructura operativa de un sistema se ocupa únicamente de los efectos de las disposiciones jurídicas en tanto éstas existan y sean válidas (basándose en las relaciones punitivas y regulativas), por lo que la estructura operativa siempre se define en base a un sistema jurídico momentáneo (Raz, 1986).

Para analizar la posibilidad de un sistema jurídico que contengan pluralidad de sistemas jurídicos momentáneos a la vez –por seguir el vocabulario de Raz–, interesa especialmente el análisis del problema de la identidad, pues permite identificar a cuál sistema jurídico pertenece una determinada disposición jurídica particular y del problema de existencia, permite determinar si más de un sistema jurídico existe en una misma sociedad y qué implicaciones tendría si así fuese.

Al referirse al problema de la identidad de los sistemas jurídicos, en particular, al criterio para determinar si dos o más sistemas momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico, Raz (1986) rechaza que –como lo hacen Austin y Kelsen– la existencia de disposiciones jurídicas idénticas sea la prueba de que pertenezcan al mismo sistema. También rechaza como único criterio la concepción kelseniana de la continuidad constitucional; es decir, que se podría afirmar que hay un solo sistema jurídico no momentáneo cuando las

disposiciones de un sistema jurídico momentáneo distintas a las de otro, fueron creadas por la autoridad y la forma autorizada por este otro. Raz (1986) considera que esta continuidad es un criterio entre otros y, por cierto, no el más importante. Pueden existir disposiciones creadas de forma no autorizada que no irrumpen el sistema, salvo que sean disposiciones de gran importancia; porque cambios suficientemente significativos e inconstitucionales podrían modificar la identidad de la entidad social de la cual el sistema jurídico es parte.

En general, Raz (1986) considera que la mayoría de los teóricos se concentran en los creadores del derecho como criterio de identidad; es decir, que sería uno de los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos los modos particulares de creación de las disposiciones jurídicas. Por el contrario, este autor afirma que no todo derecho es creado siempre por los órganos creadores predeterminados. Esto no pretende quitar importancia a la legislación como método creador del derecho moderno, pero no por ello es un rasgo distintivo de todos los sistemas jurídicos. Sí se podría concluir que, desde su punto de vista, “todo sistema jurídico instituye órganos aplicadores del derecho que reconocen todo el derecho del sistema” (p. 229), aunque existirían casos fronterizos.

Se concibe entonces que, en un sistema jurídico momentáneo todos los órganos, o por lo menos los órganos primarios aplicadores del derecho, reconocen el conjunto de disposiciones jurídicas. Esta perspectiva deriva en una visión que se concentra en la naturaleza institucional del derecho porque asume que los órganos jurídicos aplicadores primarios son un criterio esencial para establecer la membresía de una disposición al sistema jurídico; recordando que, al aplicar una disposición jurídica, se reconoce al menos indirecta o implícitamente a todas las disposiciones jurídicas del sistema momentáneo porque están necesariamente relacionadas entre sí. De esto se concluye que no todo sistema normativo es un sistema jurídico, pues podrían existir sistemas

normativos que no establecen órganos primarios de aplicación del derecho.

De esta forma se expresa uno de los contenidos centrales para Raz (1986): las disposiciones jurídicas son *razones para decidir* actuar o no de cierta manera. Sin embargo, apunta que no son las únicas razones, pues existen otras; por ejemplo, consideraciones de justicia.

Al analizar el problema de la membresía, Raz (1986) analiza la regla de reconocimiento hartiana, advirtiendo que esta regla sería siempre consuetudinaria y no legislada, porque existe por el hecho mismo de ser aplicada, al margen de lo que establezcan otras disposiciones. Analizando esta regla de reconocimiento, Raz concluye que debería ser interpretada como una disposición que establece deberes dirigida a los funcionarios, al indicarles cómo actuar. Por esto, la existencia de la regla de reconocimiento se determinaría por su aplicación, no de la población general, sino de los funcionarios. Sin embargo, considera que Hart no justifica de forma adecuada la existencia de una regla de reconocimiento única, porque “no es el caso de que en todo sistema jurídico haya sólo una regla de reconocimiento” (p. 239); pudiendo haber, en los hechos y el comportamiento de los funcionarios, más de una regla de reconocimiento que prescriban el reconocimiento de varios tipos de disposiciones jurídicas.

El mismo Raz (1986) afirma que existen diversos sistemas jurídicos, de los cuales el sistema jurídico estatal es tan sólo uno de ellos; en este entendido:

Los sistemas jurídicos son siempre sistemas jurídicos de formas complejas de vida social, tales como religiones, estados, regímenes, tribus, por mencionar algunos ejemplos. Los sistemas jurídicos constituyen uno, pero únicamente uno, de los rasgos definitorios de éstas” (p. 227).

Por lo expuesto, la séptima conclusión a la reconciliación entre positivismo y pluralismo implica que el positivismo aceptaría que en la vida social se presentan de manera simultánea formas complejas en las que cada una de ellas podría tener su propio sistema jurídico.

Esta concepción parece fácilmente compatible con una concepción básica necesaria para el pluralismo, que es la existencia de más de un sistema a la vez; sin embargo, no responde a la cuestión de en qué medida estos sistemas interactúan, porque esta interacción da lugar a condiciones en las que es difícil (dando como ejemplo de esto al derecho internacional privado)

Distinguir entre el reconocimiento que hace un órgano de las disposiciones de su propio sistema jurídico y el reconocimiento que hace de disposiciones jurídicas de otros sistemas jurídicos en virtud de las direcciones de sus disposiciones jurídicas. (Raz, 1986, p. 235)

El mismo Raz (1986) considera que, al analizar el problema de la existencia del sistema jurídico, además de la eficacia práctica como prueba de existencia, deben distinguirse dos preguntas: la primera con relación a si existe un sistema jurídico en una sociedad particular y la segunda vinculada a cuál sería dicho sistema jurídico que gobierna cierta sociedad en concreto. Para responder a la primera pregunta, utiliza la prueba preliminar de eficacia; pero para resolver la segunda propone una prueba adicional, que denomina la prueba de exclusión.

Esta prueba de exclusión permitiría identificar “si las reglas de una sociedad primitiva son un sistema jurídico” (Raz, 1986, p. 247). Esta prueba sería efectiva precisamente porque una sociedad “puede ser gobernada por dos sistemas jurídicos, por ejemplo, uno religioso; el otro, un sistema jurídico estatal, los cuales, aún si en algunas ocasiones entran en contradicción, son compatibles” (Raz, 1986, p. 247). Según Raz (1986), dos organizaciones sociales del mismo tipo son, en

general, excluyentes –por ejemplo, no puede haber dos sistemas jurídicos estatales a la vez–, mientras que dos organizaciones de distinto tipo sí podrían ser compatibles. La compatibilidad e incompatibilidad se vería, entonces, por el grado de conflicto entre los sistemas. La prueba de exclusión permitiría determinar cuál es el que gobierna una sociedad en el caso de que sean incompatibles. Es decir, que si los sistemas jurídicos son compatibles subsisten a la vez; pero si no lo son, la prueba de exclusión permite identificar a través de la intención de los individuos cual gobierna efectivamente una sociedad y, por tanto, descartar los sistemas incompatibles con éste.

En este sentido, como octava conclusión, se aceptaría como posible la existencia de varios sistemas jurídicos que gobiernan una misma sociedad, únicamente si estos sistemas son compatibles entre sí.

Por lo expuesto, resulta claro que no es necesaria una reinterpretación a la teoría positivista de Raz para compatibilizarla con un esquema de pluralismo jurídico; pues él mismo considera que en una sociedad pueden coexistir más de un sistema jurídico sin mayor dificultad, cuando sean compatibles o no tengan un grado de conflictividad demasiado alto. En este caso, más que una adaptación a su teoría se requiere una complementación que permita establecer criterios mínimos, a través de los cuales las conexiones entre sistemas jurídicos se desarrollen, para evitar que la conflictividad entre sistemas se ahonde en tal medida que se vuelvan incompatibles entre sí.

Este proceso de desarrollo teórico evidencia la marcada cadena de influencia entre las posturas teóricas analizadas: de Kelsen a Hart y de Hart a Raz; aunque existen diferencias fuertes en las conclusiones que se pueden obtener de un análisis de estas. Por ejemplo, se parte de una aparente negación de la diversidad de ordenamientos en Kelsen, y se termina en la aceptación de la pluralidad de sistemas normativos en una misma sociedad en Raz. Sin embargo, no por ello se califica a Raz de

no-positivista, sino al contrario, se lo suele identificar como un autor fuertemente vinculado al positivismo jurídico.

Terminada esta ruta de análisis ante la posibilidad de compatibilizar el pluralismo jurídico con las teorías de positivismo jurídico de los tres autores propuestos; se debe destacar que el universo de doctrinas positivistas es demasiado amplio para realizar una descripción exhaustiva<sup>11</sup>. Sin embargo, la revisión de estos tres autores, que podrían ser calificados de positivistas jurídicos *fuertes*, parece suficiente para demostrar que, pese a que el monismo es una condición habitual del positivismo jurídico; ciertamente no es una condición necesaria del mismo. En particular, porque sin descartar la teoría del derecho y del sistema jurídico desde una perspectiva positivista, sí es posible descartar el centralismo estatal.

Aclarada esta cuestión, la siguiente labor sería proponer una teoría positivista que abarque en su explicación del derecho la condición plural de los sistemas jurídicos. Tal hazaña excede con creces el alcance de este documento; sin embargo, sí parece posible plantear una aproximación inicial a la cuestión, a ser desarrollada con mayor amplitud a futuro.

## **2.6. Hacia un positivismo jurídico pluralista**

Metodológicamente, el positivismo jurídico propone estudiar al derecho tal cual es, y en muchas sociedades el derecho es, en los hechos, plural. Esto implica que el positivismo jurídico debe construir una teoría que, al explicar el derecho tal cual es, incluya en su estudio esta cualidad plural.

---

<sup>11</sup> Es más, debería también, en su momento, ampliarse a teorías y doctrinas no-positivistas para analizar la misma compatibilización. Por ejemplo, podría ser interesante analizar la posibilidad de construir un pluralismo jurídico desde el punto de vista del iusnaturalismo contemporáneo como el de Finnis; del realismo jurídico como el de Ross; o desde concepciones interpretativas del Derecho como la de Dworkin.

Esto presenta una disyuntiva, pues es fundamental diferenciar el derecho vigente en una sociedad; pero, a la vez, en dicha sociedad pueden existir diversos sistemas jurídicos en un mismo momento. Para solucionar esto, sería posible imaginar que existe en una sociedad particular un ordenamiento, no sólo de normas y disposiciones, sino de sistemas jurídicos. Estos sistemas jurídicos serían, a la vez, autónomos y conectados entre sí.

La autonomía de los sistemas se presenta porque cada uno contiene sus propios principios básicos, disposiciones jurídicas, normas jurídicas y autoridades institucionalizadas e, incluso, su propia norma fundamental y sus propias reglas de reconocimiento. La conexión se presenta porque los sistemas se relacionan estrechamente entre sí: cooperan y coordinan, pero también se contradicen y entran en conflicto.

Para describir adecuadamente esta situación, habría que imaginar el orden vigente como un archipiélago de sistemas jurídicos que tiene algún criterio de unidad. Sin embargo, este criterio de unidad no podría ser ya una cadena de validez, pues cada sistema es válido en sí mismo; entonces, la unidad se presenta de manera relacional, en tanto los sistemas tienen entre ellos reglas concretas de relación mutua. En este sentido, el ordenamiento general se convierte en un meta-sistema ordenado de relaciones entre sistemas que, a su vez, son relaciones ordenados de disposiciones. Si, como afirma Raz, cada sistema tiene arborescencia, un ordenamiento pluralista sería un bosque de sistemas, en el que éstos conviven de forma conectada, pero no dependiente entre ellos.

Esto da pie a una primera interrogante, respecto al lugar donde se expresa este conjunto de reglas de relación entre sistemas y en relación a qué rol tiene esta meta-regla; si la superposición de sistemas está en la misma sociedad y se la puede encontrar en el comportamiento e intención de los individuos –porque si no fuesen compatibles, la regla

de exclusión así lo determinaría—. Sin embargo, en las sociedades modernas jurídicamente pluralistas dichos sistemas usualmente se expresan explícitamente a partir de su reconocimiento en instrumentos normativos, típicamente a nivel constitucional dentro de cada Estado. Pero se debe aclarar que este reconocimiento no implica que la Constitución se convierta en sí misma en el criterio de unidad; sino únicamente en el medio por el cual éste se expresa.

Esto permite una novena, y de momento última, conclusión: para describir el derecho *tal cual es*, en sociedades plurales, debe construirse un positivismo jurídico integral que en sus diferentes dimensiones contemple adecuadamente las relaciones entre diversos sistemas jurídicos coexistentes. Se podría denominar a esto un positivismo jurídico pluralista.

Además, se presenta una última interrogante: cómo sería este positivismo jurídico pluralista. Pero responder esta pregunta con detalle excede por mucho las posibilidades de este primer acercamiento. Sin embargo, en base a lo analizado, se pueden presentar algunas propuestas de lo que mínimamente debería contemplar este tipo de positivismo jurídico en sus tres dimensiones principales: como una forma de concebir el derecho, como una forma de estudiarlo y como una forma de aplicarlo. Esta identificación no pretende describir con detalle la forma particular que debería tener un pluralismo jurídico positivista; sino únicamente dar tres líneas básicas que guíen un desarrollo posterior:

- a) Respecto a la concepción del derecho: sobre la base de una visión no únicamente estatal del derecho, debe apartarse de una concepción puramente legalista para construir un concepto de derecho y una teoría jurídica integrales.
- b) Respecto al estudio del derecho: sobre la base de la coexistencia de los sistemas jurídicos, debe construir un

método de acercamiento al fenómeno jurídico que le permita asimilar esta diversidad práctica de sistemas jurídicos.

- c) Respecto a la aplicación del derecho: sobre la base de archipiélagos jurídicos coexistentes, debe construir un ordenamiento meta-sistémico que estructure las relaciones de cooperación y solución de conflictos entre los sistemas, que podría expresarse inicialmente a nivel constitucional.

### 3. Referencias

#### 3.1. Doctrinales

- Bobbio, N. (2007). El problema del positivismo jurídico. Fontamara.
- de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica*. Trotta.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Fabra-Zamora, J. L. (2022) The Conceptual Problems Arising from Legal Pluralism. *Canadian Journal of Law and Society*, 36(1), 155-176.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism?. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Harari, A. (2022) A Critical Study of Legal Positivism as a Legal System in a Pluralist Country. *Kne Social Sciences*, 7(15). 563-572.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *El Otro Derecho*, (26/27), 63-98.
- Hjorth, R. (2022). Kelsen's Legal Logic of International Pluralism. *Austrian Journal of Political Science*, 51(3), 62-71.
- Kelsen, H. (2012). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Mac Amhaigh, C. (2020). Does Legal Theory have a Pluralism Problem?. En B. Schiff. (Ed.), *The Oxford Handbook of Legal Pluralism*. (pp. 266-298). Oxford University Press.
- Malinowsky, B. (1985). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Planeta de Agostini.
- Merry, S. E. (2008). Pluralismo jurídico. En *Pluralismo jurídico* (pp. 87 – 142). Pontificia Universidad Javeriana.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. UNAM.

- Roberts, S. (1998). Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 30(42), 95 – 106.
- Sánchez-Castañeda, A. (2016). Los orígenes del pluralismo jurídico. En *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (T. I, pp. 471-485). UNAM.
- Serrano, O. H. (2015). Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico. *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (8), 171-187.
- Scarpelli, U. (2021). ¿Qué es el positivismo Jurídico?. Zela.
- Tamahana, B. (1993). The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, (20), 192-217.
- Wolkmer, A. C. (2006). Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del derecho. Editorial Mad.

### **3.2. Legales**

- Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).
- Constitución Política del Estado [CPE]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).
- Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989.
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DADPI], 15 de junio de 2016.
- Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DNUDPI], 13 de septiembre de 2007.