

El pluralismo jurídico en Carbonnier

Por NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE

Universidad de León

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. «*El derecho es complejo*»: 1. La noción de sistema jurídico para Carbonnier. 2. El sistema jurídico como unidad de espacio y de tiempo.— III. El «estallido» del sistema jurídico: 1. La hipótesis del pluralismo jurídico: A) Diversidad de fenómenos. B) La adecuada fórmula del pluralismo jurídico para Carbonnier. 2. Lo infra-jurídico: A) El derecho folclórico. B) El derecho infantil. C) El derecho vulgar.—IV. *Los encuentros entre sistemas jurídicos*: 1. Las interacciones entre sistemas jurídicos. 2. La aculturación jurídica.— V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Jean Carbonnier, en su faceta de sociólogo del derecho, opta, sin afirmarlo expresamente¹, por una concepción amplia de la sociología jurídica, opción que le lleva necesariamente a tomar en consideración el llamado *Lebensrecht* que los partidarios de la concepción restrictiva sólo consideran con desconfianza. Esta actitud de gran apertura corresponde a una hipótesis inicial fundamental, la opción resuelta por el pluralismo jurídico: pero ¿qué es, para él, el pluralismo jurídico? y ¿cuáles son sus implicaciones?

¹ Cfr. ARNAUD, A. J., *Critique de la raison juridique- Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981, 466 pp., pp. 211-212.

II. «EL DERECHO ES COMPLEJO»²

Carbonnier –como jurista que es– no desconoce el hecho de que, por su complejidad³, el derecho desafía el deseo de unidad del derecho dogmático; afirma que si bien los juristas reconocen la existencia de esta característica del derecho positivo, no ven en ella una fatalidad, sino una enfermedad de nuestra época y cultivan el ideal de una vuelta a la «sencillez». Los sociólogos, por el contrario, tendrían la virtud de constatar, sin formular juicios de valor, lo que no sería más que «una diversidad un poco atormentada en esto»⁴.

El derecho, tal y como lo estudia la teoría dogmática –«a pesar de las decepciones que le inflige»⁵– se presentaría como una entidad coherente y monolítica que la sociología acostumbraría a pulverizar «en una infinidad de átomos»⁶, de combinaciones aleatorias. Siendo el átomo, para el autor estudiado, el fenómeno jurídico como variedad de fenómeno social. La palabra fenómeno recuerda que la investigación, desde un punto de vista socio-jurídico, se sitúa en el terreno de las apariencias, sin pretender alcanzar la realidad ontológica del derecho⁷. A pesar de ello, estima que, en nuestro tiempo, han surgido nuevas tendencias en las que se puede percibir una cierta nostalgia por la teoría del derecho. Sin abandonar los fenómenos, los sociólogos habrían vuelto a descubrir un interés por reagruparlos para formar conjuntos. Así es como la noción de sistema jurídico se habría implantado cada vez más en el corazón de la sociología. Para Carbonnier, no sería un error considerar que «el todo» tiene un significado sociológico distinto del de las partes; sin embargo, en su opinión, habría riesgo de «antisociología», si el «gran Todo», amparándose en la filosofía, acabara por erigirse en una entidad autónoma, una «hipóstasis invisible».

Los sociólogos, Durkheim en cabeza, hablaban indistintamente de hechos sociales y de fenómenos sociales. Pero Carbonnier tiene la virtud de advertir –sin duda fruto de su voluntad de que los juristas no den

² Con este revelador título comienza Jean Carbonnier el capítulo segundo de la tercera parte de la última edición de su *Sociologie juridique*, también muy significativa por su título: CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, 1.ª ed. Quadrige/PUF, 1994, 415 pp., pp. 331 ss.

³ En efecto, para él, el derecho «es demasiado humano para pretender al absoluto de la línea recta. Sinuoso, caprichoso, incierto, [...] durmiendo y eclipsándose, cambiando pero por casualidad, y a menudo rechazando el cambio esperado, tan imprevisible [...] ¡Flexible derecho! Para quererlo hay que empezar por desnudarlo. Su rigor, sólo lo tenía por afectación o por impostura»: CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, Paris, LGDJ-EJA, 8.ª ed., 1995, 441 pp., p. 6.

⁴ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331 ss.

⁵ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331.

⁶ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331.

⁷ Cfr. ARNAUD, A. J., *Critique de la raison juridique...*, cit., p. 24.

la espalda a este modo de abordar el derecho que es la sociología jurídica⁸— que la expresión «hecho jurídico» debe ser evitada,⁹. A pesar de sus esfuerzos, este jurista y sociólogo del derecho cree que los juristas se vieron algo «sorprendidos» porque partía de una sociología que veía el derecho como un fenómeno¹⁰⁻¹¹.

1. La noción de sistema jurídico para Carbonnier

Es ésta una noción que Carbonnier considera necesario desarrollar en mayor medida en la última edición de su *Sociologie juridique*¹², una noción que ya estaba presente en él, más que en otros, pero que habría que completar¹³.

Utiliza un concepto de sistema jurídico en cierta medida semejante al del derecho comparado, aunque precisa que la extensión de éste no es la misma en las dos disciplinas. Para él, es el derecho de una sociedad global¹⁴. Insiste en que se tenga en cuenta la importante idea que, según él, subyace bajo esta noción: saber que un derecho es un conjunto, que los elementos que lo componen¹⁵ lejos de estar agrupados de manera fortuita, están ligados entre sí por relaciones necesarias. Considera que mucho antes de que el estructuralismo¹⁶ hubiese extendido sus tesis, los comparatistas habían insistido en la coherencia interna de todo sistema jurídico, en la interdependencia que solidifica sus partes, en la rigidez, incluso la inmovilidad que de ello resulta; aunque reconoce que, en realidad, tenían a la vista estructuras lógicas más que sociológicas.¹⁷⁻¹⁸. Evidentemente, considera que la sociología del derecho no debe retomar el concepto de sistema jurídico bajo este aspecto principalmente formal; para describir la fisonomía propia de cada sistema, debe atender ante todo a su fondo sociológico. Pero, sí cree Carbonnier que debe conservar, de la misma manera que lo hace el derecho comparado, una hipótesis que no estaría exenta de importan-

⁸ Cfr. ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline. Entretiens et pièces*, Paris, LGDJ-EJA, 1995, 210 pp. (Colección Droit et Société, 12), p. 67.

⁹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 332.

¹⁰ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 13 ss.

¹¹ Cfr. ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit...*, cit., p. 45.

¹² CARBONNIER, J., *op. cit.*, nota 2.

¹³ ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit...*, cit., p. 57.

¹⁴ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 346.

¹⁵ Piensa sobre todo en las reglas y en las instituciones.

¹⁶ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 136-138.

¹⁷ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 347.

¹⁸ CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Mayenne, Forum-Flammarion, 1997, 276 pp., p. 16.

tes consecuencias: que, forma o fondo, la totalidad de un derecho tiene una existencia distinta de la de sus partes constitutivas –distinta y más duradera–.

El Decano piensa que si la teoría del sistema jurídico se hubiese limitado a la afirmación de una unidad interna del conjunto considerado, muchos no se habrían fijado en ella: no hubiera sido más que la representación gráfica de una exigencia de coherencia generalmente enseñada en derecho dogmático (incluso si esta exigencia maltrata a menudo, en su opinión, la diversidad de los estratos históricos que el azar ha podido reunir en una legislación). Pero algunos teóricos, como Niklas Luhmann, a esta afirmación *ad intra*, han añadido otra *ad extra*: la autonomía absoluta del sistema jurídico¹⁹ (de hecho, quizás simple subsistema en el seno del sistema social). Decretan la clausura del sistema sobre sí mismo: impermeable a toda acción exterior, estaría abocado a no poder más que auto-reproducirse. «Este endurecimiento de la tesis atrajo las críticas. Se le reprocha: su antropomorfismo (el eterno Leviatán); su antihumanismo (el individuo ya no tiene nada que hacer dentro de la máquina, que parece funcionar sola); sus consecuencias para la propia sociología del derecho (ésta tenía por misión estudiar las relaciones del derecho con la sociedad; ¿no pierde así su razón de ser si la posibilidad misma de estas relaciones es negada?)»²⁰.

2. El sistema jurídico como unidad de espacio y de tiempo

Carbonnier cree que se imprime más fuerza a la idea de sistema jurídico relacionándola con datos observables tales como el espacio y el tiempo. Es la unidad de espacio y de tiempo la que haría el sistema.

En cuanto al espacio, piensa que se puede hablar de espacio jurídico de la misma manera que se habla de espacio social, aunque no desde un punto de vista estrictamente material. No duda de que el espacio jurídico tenga como soporte natural un territorio, una porción de «tierra» que está delimitada y marcada por una afectación. Lo que es natural no sería, sin embargo, siempre necesario²¹ y el espacio jurídico sería, en realidad, una construcción psicológica: estaría constituido por una red de relaciones de derecho. Más que el territorio, serían los hombres los que serían necesarios para la formación de un espacio jurídico: no, ciertamente, individuos aislados, sino hombres reunidos, agrupados.

¹⁹ Cfr. LUHMANN, N., «L'unité du système juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986, pp. 163-188; GARCÍA AMADO, J. A., «Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann», *Droit et Société*, 11-12, 1989, pp. 15-52; ARNAUD, A. J. y GUIBENTIF, P., *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 251 pp. (Colección Droit et Société, 5).

²⁰ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 348.

²¹ En efecto, en su opinión, una tribu de gitanos, absolutamente nómada, constituye un espacio jurídico sin soporte territorial, mientras que otras formas de nomadismo (mongoles, beduinos) incluyen una cierta noción de territorio en tanto que áreas de recorrido.

La agrupación sociológica por excelencia, sería la sociedad global. El sistema jurídico tendría, en principio, como campo espacial, el conjunto de la sociedad: más allá se extenderían otros sistemas jurídicos.²² El Decano mantiene que entre el individuo y la sociedad global se interponen, concurriendo a componer el espacio social, lo que la sociología llama²³ grupos o agrupaciones particulares²⁴. Los juristas, normalmente, hacen coincidir el espacio jurídico con la sociedad global, en términos modernos con el Estado; niegan, en consecuencia, que pueda existir generación espontánea del derecho en las agrupaciones particulares. Por lo contrario, los sociólogos del derecho tienden a admitir que las agrupaciones particulares tienen, en sí, un poder de creación jurídica; más generalmente, segmentan y diversifican el espacio jurídico: tal es el sentido que hay que atribuir, según Carbonnier, a la conocida hipótesis del pluralismo —más precisamente, del pluralismo jurídico—²⁵.

En cuanto a las relaciones entre el derecho y el espacio²⁶, este autor piensa que pueden ser abordadas tanto desde un punto de vista positivo como desde un punto de vista negativo: así, cree que los fenómenos de derecho, tal y como los determina el sistema jurídico de un país dado, se producen necesariamente en un espacio definido; pero entiende que pueden existir, dentro de este espacio, porciones que estén vacías de derecho²⁷. Y que si el espacio es una dimensión del derecho, el derecho puede, a su vez, ser una dimensión del espacio; cita, en este punto, el ejemplo del papel de la propiedad inmobiliaria y de instituciones satélite, como el deslinde y amojonamiento o el catastro²⁸.

Por otra parte, el sistema jurídico ocupa un lapso de tiempo. Dura, incluso si en su interior sufre transformaciones mientras que los subsistemas²⁹ que podrían existir en el seno del sistema jurídico recortarían, en el tiempo, paneles particulares de la vida social.

²² CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 349.

²³ Lo que la ciencia política clásica llamaba, al menos en algunos casos, los cuerpos intermedios.

²⁴ Carbonnier las describe como agrupaciones de formas y de volúmenes muy distintos, que van desde la pareja hasta el clan, desde el municipio hasta la región, que comprenden tanto las clases sociales como las clases de edad, tanto las corporaciones como las asociaciones, etc. La sociología general se suele ocupar de ellos: propone sus tipologías; de manera más penetrante, se esfuerza por descubrir las leyes psicológicas que rigen su vida interna. El interés de la sociología del derecho por este tipo de agrupaciones respondería a la voluntad de saber si un grupo particular, que forma un espacio social, forma también un espacio jurídico, o si esto es una prerrogativa reservada a la sociedad global.

²⁵ Cfr. CARBONNIER, J., «Les phénomènes d'internormativité», *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 42-44, acerca del pluralismo normativo, distinto del pluralismo jurídico.

²⁶ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 353.

²⁷ Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 26-81, y «L'État dans une vision civiliste», *Droits*, 15, 1, 1992, pp. 33-37.

²⁸ Sin embargo, reprocha a los sociólogos el que omitan a menudo, en su investigación, la dimensión jurídica.

²⁹ Carbonnier menciona como ejemplo el del sistema monetario francés y sus francos sucesivos.

Si la dogmática y la sociología del derecho tienen en común su objeto ³⁰, el derecho, la primera se ocuparía de un objeto parado, petrificado en el instante de la positividad, mientras que la segunda consideraría un objeto *in transitu*, llevado por el flujo de la evolución o del cambio. Dos circunstancias, según Carbonnier, habrían impedido, durante mucho tiempo, que los juristas admitieran estos conceptos: en primer lugar, la prodigiosa supervivencia del derecho romano en las sociedades occidentales, supervivencia que «parecía provenir de la propia eternidad» ³¹; en segundo lugar, la fuerza de las doctrinas del derecho natural, con todo su poder persuasivo para situar al derecho fuera del tiempo, poder persuasivo que, según él, parecen haber tomado prestado de la religión o de la metafísica.

Para los sociólogos del derecho, por el contrario, el evolucionismo ³² habría sido, desde el principio, una filosofía latente y quizás más un postulado que una verdad demostrada. Habría sido también una manera de distanciarse del derecho dogmático. El Decano no olvida que, durante un tiempo, el estructuralismo pareció contradecir al evolucionismo ³³. En todo caso, el postulado del evolucionismo habría sido, en su opinión, un postulado muy necesario, aunque no fuese más que por imperativos metodológicos, puesto que el empleo del método comparativo en el tiempo está condicionado por la movilidad supuesta del derecho ³⁴. Recuerda que el evolucionismo, de todos modos, se corrigió, pasando de ser categórico y unilineal a ser flexible y multilineal suponiéndole al derecho una tendencia general antes que una progresión continua. A pesar de lo cual no habría superado la subjetividad etnocéntrica que le sostiene: en efecto, descansaría en un juicio de valor, que lo moderno es *a priori* superior a lo primitivo. Aunque Carbonnier sostiene que a la mitología del progreso, no conviene oponer la del declive que en ciertas épocas habría obsesionado a numerosos dogmáticos ³⁵.

Sin embargo, una vez aceptada la idea de que el sistema jurídico es un campo sujeto a transformaciones, se plantea cuál es el sentido de este devenir. Si muchos abogan por un progreso lineal del derecho (más seguridad, más justicia, más verdad, etc.), representación optimista que hoy se encontraría en el arsenal propagandístico de todos los servicios legislativos, este autor, al igual que otros sociólogos, sin negar el movimiento, piensa que no es un movimiento sin vueltas atrás, sin «ricorsi» en el sentido de Vico. La evolución del derecho, para el autor estudiado, se cumpliría por ciclos, aunque se pregunta si es realmente necesario encontrar un sentido a la evolución del derecho. En el fondo, piensa que es muy posible que desde un punto de vista humano, este

³⁰ Cfr. CARBONNIER, J., «La sociologie juridique en quête de ses frontières», *Sociologia del Diritto*, I, 1974, pp. 15-18.

³¹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 350.

³² Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 10-16.

³³ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 354.

³⁴ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 351.

³⁵ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 355.

devenir no lleve a ninguna parte ³⁶ y que quizás lo importante sea poder encontrar respuestas a la pregunta de cómo va a reaccionar el derecho frente a las demandas de una sociedad en profunda mutación, y sobre todo, en mutación acelerada según un ritmo sin precedentes.

III. EL «ESTALLIDO» DEL SISTEMA JURÍDICO

Carbonnier considera que la sociología del derecho no puede dejar de intentar captar los sistemas jurídicos no tanto en su movimiento, sino abstracción hecha de éste ³⁷. Como una hipótesis de estructura, habría que suponer la inmovilidad de un sistema y tratar de descubrir, en su naturaleza, en un momento dado, rasgos esenciales, caracteres que serían como llaves para la comprensión sociológica de los fenómenos de derecho.

El sistema jurídico, tal y como es descrito por los sociólogos contemporáneos –un monolito constituido por auténtico derecho– presenta una firmeza de contornos que se debe más, según él, al razonamiento filosófico que a la observación sociológica. En el terreno de los hechos, observa que el bloque, a menudo, parece agrietarse, lo que habría dado lugar a la hipótesis del pluralismo jurídico.

1. La hipótesis del pluralismo jurídico

Cuando los juristas de un país consideran su sistema jurídico nacional, hacen de él una presentación monista: el derecho sería un todo homogéneo, un bloque sin fisuras y es que lo identifican con el Estado; por otra parte, en un territorio dado, en un momento dado, no parece que quepa más de una soberanía. Si se manifiestan excepciones a esta unidad del sistema jurídico, procurarán hacerlas volver al lugar que les parece que les corresponde suponiendo que los derechos aparentemente distintos sólo son realmente eficaces por una delegación que el Estado ha consentido de su monopolio legislativo. Así es como explicarán que una ley extranjera pueda venir a hacer la competencia a una ley nacional ³⁸, o que los estatutos de una asociación puedan regir la vida de la agrupación como una especie de ley interna. Estos fragmentos de derecho no estatal sólo tendrían fuerza derivada.

La sociología jurídica, para Carbonnier, debe proceder desde un punto de vista del todo opuesto en virtud del cual el derecho es esencialmente múltiple y heterogéneo. Se ha de considerar que en el mismo momento, en el mismo espacio social, pueden coexistir varios

³⁶ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 351.

³⁷ Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 16 ss.

³⁸ Lo que sucede a menudo por aplicación de los principios del derecho internacional privado.

sistemas jurídicos: el sistema estatal, ciertamente, pero otros con él, independientes de él, eventualmente sus rivales. Es, para este autor, la hipótesis del pluralismo jurídico. Hipótesis ante todo científica, que se quiere constatación de los hechos, que puede ser entendida también como una doctrina de política legislativa que critica el monopolio del Estado en la formación del derecho y reclama una descentralización de la actividad legislativa, una multiplicación de las fuentes. Pero Carbonnier prefiere ignorar³⁹ estas implicaciones políticas⁴⁰ aunque hayan podido contribuir a dar un impulso a la teoría⁴¹.

Carbonnier resume la tesis de Gurvitch –quien habría construido sistemáticamente el pluralismo en Francia– recordando que, según éste, el monismo de los dogmáticos habría correspondido a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados nacionales desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII: se habría implantado en la doctrina occidental como un reflejo de la monarquía absoluta, y se habría consolidado luego como una proyección del gobierno jacobino y de la centralización napoleónica. De lo que se deduce que nada hay en ello que tenga que ver con la esencia misma del derecho, deducción que vendría confirmada por el largo periodo pluralista⁴² que habría conocido Europa con anterioridad. Y en el siglo XX, de nuevo, aunque no en las mismas direcciones que en el pasado, la unidad instaurada por el racionalismo de las codificaciones habría «estallado».

Por lo tanto, siguiendo a Gurvitch, habría que admitir, como una hipótesis fundamental, que *a priori*, en un territorio dado, no hay un solo derecho que sería el estatal, sino una pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infra-estatales, supra-estatales; si el admitirlo supone ya estar de acuerdo con una forma bastante acentuada⁴³ de pluralismo jurídico, según Carbonnier, la sociología jurídica puede, hoy, ir más lejos, tratando de demostrar que no hay un pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico, fenómenos múltiples, pertenecientes a categorías diversas, y que conviene distinguir, aunque

³⁹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 356.

⁴⁰ Implicaciones políticas que se pueden observar en Gurvitch en particular, «cuya fe pluralista se fortificaba», CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 357; cfr. GURVITCH, G., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, 710 pp., y *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Éditions A. Pédone, 1935, 299 pp., ver también: CARBONNIER, J., «Gurvitch et les juristes», *Droit et Société*, 4, 1986, pp. 347-351.

⁴¹ CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit...*, cit., p. 10.

⁴² Carbonnier nos recuerda que en la Edad Media, de la misma manera que en el mismo territorio circulaban varias monedas, cada espacio social era una mezcla de sistemas jurídicos: costumbres, locales o generales, derecho romano y derecho canónico, estatutos municipales, estatutos de las corporaciones, tantos sistemas concurrentes.

⁴³ Cfr. BELLEY, J. G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1, abril de 1986, pp. 11-32.

una consecuencia común derive de ellos: «el derecho estatal deberá sufrir la competencia»⁴⁴.

A) *Diversidad de fenómenos*

Para Carbonnier, considerando el pluralismo sólo como un asunto de fuentes, y por así decirlo, de derecho constitucional, no se agotan todas sus posibilidades⁴⁵. En realidad no existiría «un pluralismo» sino «fenómenos de pluralismo», de una extrema diversidad, que habría que intentar clasificar.

Varias clasificaciones son, para él, posibles, que pueden, de hecho, entrecruzarse: en primer lugar, existirían *fenómenos colectivos* y *fenómenos individuales* de pluralismo. Desde el primer punto de vista, el pluralismo⁴⁶ consistiría en la práctica, por un grupo particular, de un derecho diferente del derecho estatal. Precisa que poco importa que se trate de una agrupación organizada⁴⁷ o de una agrupación inorganizada e incluso inestable⁴⁸. Por otra parte, mantiene que el pluralismo también puede manifestarse como fenómeno individual; en este caso residiría en la conciencia individual, en el individuo que experimenta el sentimiento de pertenecer cumulativamente a dos órdenes jurídicos. Sería el caso de aquel que se siente dependiente, en cuanto al matrimonio, del derecho canónico como católico, del derecho civil como ciudadano⁴⁹.

También se darían *fenómenos de concurrencia* y *fenómenos de recurrencia*: los teóricos del pluralismo piensan en los primeros. En efecto, al derecho actual del Estado, oponen otros derechos igualmente actuales: habría una simultaneidad de mandatos, conflicto posible⁵⁰. Pero puede ocurrir y Carbonnier piensa que no se debe olvidar, que el conflicto sea engendrado por una sucesión de las normas en el tiempo, el mandato desaparecido volviendo a las actitudes colectivas o a las conciencias individuales. En otros términos, cree que no se debe confundir la derogación dogmática con la derogación sociológica: la ley derogada en los textos puede, en su opinión, sobrevivir en los hechos durante más o menos tiempo⁵¹.

⁴⁴ CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., p. 18.

⁴⁵ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 358.

⁴⁶ Ésta es la forma en que se pensaría primero.

⁴⁷ Por ejemplo, las reglas de estacionamiento de un municipio, el código de deontología del Colegio de Abogados.

⁴⁸ Como una cola de espera que aplicaría espontáneamente la máxima *prior tempore potior iure*.

⁴⁹ En cambio, Carbonnier piensa que la objeción de conciencia no parece *a priori* suponer un pluralismo jurídico, porque la ley estatal entra en conflicto con una prescripción puramente espiritual, pero cree que puede suceder que la religión confiera el alcance de una regla de derecho a algunas de estas prescripciones: como es el caso del derecho canónico.

⁵⁰ Así, los inmigrantes que siguen observando, incluso después de su naturalización, reglas de su derecho originario, compatibles o no con el derecho del país de acogida.

⁵¹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 359: Es este pluralismo de «supervivencia» el que se habría constatado, incluso en nuestra época, en algunas partes del país

Los fenómenos de pluralismo también podrían ser, según el autor estudiado, *categoricos* o *difusos*: el pluralismo sería cuando el orden jurídico que coexiste con el derecho del Estado forma, como él, una categoría de contornos definidos, lleva los rasgos indubitables de un derecho positivo ⁵². En cambio, algunos fenómenos como los llamados fenómenos de mercado negro, economía sumergida, etc., serían de naturaleza diferente. En efecto los usuarios del mercado negro se autojustificarían invocando contra la legalidad vigente un orden jurídico que juzgan anterior y superior a los textos del momento.

B) *La adecuada fórmula del pluralismo jurídico para Carbonnier*

No niega todo lo que la hipótesis del pluralismo haya podido tener de estimulante, ni la utilidad de su función crítica en relación con una concepción demasiado unitaria del derecho. Sin embargo, plantea, por su parte, la necesidad de considerar lo equívoco de algunas fórmulas. En efecto, uno puede caer en la tentación de encerrar la hipótesis del pluralismo en un dilema: los fenómenos descritos como constitutivos de otro derecho son tomados en consideración por el sistema jurídico global, por lo tanto, enlazados con él, integrados en él de un cierto modo, y la unidad es restaurada a través de este sistema global que asume el conjunto; o los fenómenos del pretendido otro derecho permanecen fuera, no integrados en el sistema, en estado «salvaje» y no pueden ser calificados de derecho, todo lo más de infra-derecho. Ahora bien, piensa que lo jurídico y lo infra-jurídico no pueden formar un conjunto, porque no tienen idéntica naturaleza.

Para algunos de los fenómenos descritos como fenómenos de pluralismo jurídico entiende que la integración es manifiesta. «Si, por ejemplo [...] en Francia, la ley canónica puede aplicarse en concurrencia con el derecho laico, en la medida en que no lo contradice, es que encuentra en este derecho mismo una regla de no-intervención, de desinterés bajo los auspicios del principio de laicidad [...]; utilizando el principio, toma la atadura, sin que lo parezca, del sistema jurídico del que emana. La prueba está en que los interesados podrán obtener, ante los tribunales civiles, consecuencias jurídicas –de derecho laico– de la situación creada por las disposiciones canónicas» ⁵³.

vasco francés o del Béarn: el principio de la igualdad entre herederos, tal y como fue instituido por el «Código Napoleón», tuvo que luchar durante mucho tiempo, y debe luchar aún contra la recurrencia de las antiguas costumbres y del privilegio del hijo mayor.

⁵² A modo de ejemplo, Carbonnier se refiere al hecho de que después de que la revolución hubiese abolido las rentas feudales o cuasi-feudales, numerosos colonos, sobre todo en el oeste de Francia, siguieron pagándolas durante mucho tiempo todavía. Los dos derechos que se habían sucedido –el feudal y el revolucionario– eran, en su opinión, muy reconocibles en tanto que derechos: este pluralismo por recurrencia sería un pluralismo categorico.

⁵³ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 360.

Otros ejemplos, sin embargo, no podrían ser explicados a través de la integración. Así, en Francia, el derecho anterior a 1945 preveía entre propietarios y aparceros un reparto de los frutos por mitad. El estatuto de 1945 lo sustituyó por una regla imperativa según la cual sólo debía ser entregada una tercera parte al arrendador. A pesar de todo en algunos lugares, los interesados siguieron, durante mucho tiempo dividiendo los frutos por mitad. De la misma manera, algunos inmigrantes musulmanes siguen practicando el repudio de la mujer, en contra de la concepción de orden público internacional del país de acogida. Para Carbonnier está claro que, en estos casos, el sistema jurídico nacional global no integra estos disidentes: cuando no les condena, es que se le han «escapado». Esto significaría que, en casos semejantes, las normas que hacen actuar a los interesados –incluso si éstos las creen jurídicas– no lo son. Es evidente que no lo son según el derecho dogmático; pero no lo serían más desde el punto de vista de la sociología del derecho. Ya que cualquiera que sea el criterio de la juridicidad⁵⁴ que uno adopte, este criterio faltaría. Todo lo más, se podrían entrever formas borrosas, «embrionarias»: una presión psicológica que provendría del entorno, una esbozo de consulta familiar.

En realidad, siguiendo al Decano, las cosas no ocurrirían «derecho contra derecho», y si los fenómenos infrajurídicos se parecen a los jurídicos, sostiene que son sustancialmente diferentes⁵⁵.

El verdadero pluralismo jurídico, para Carbonnier, bien podría encontrarse más allá «en el espesor de los hechos», cuando, dejando de oponer reglas entre sí, se opone, para una misma regla, diferentes maneras de aplicarla. Esta reflexión lleva al observador desde la regla de derecho hacia la sentencia. Si el Juez crea derecho, la multiplicidad de los Jueces en el seno de un sistema sería susceptible de engendrar fenómenos de pluralismo jurídico. A lo que los juristas dogmáticos pueden objetar que pocos son los países en los que, precisamente para evitar este riesgo de pluralismo, no hayan sido organizados mecanismos para asegurar la unidad de la jurisprudencia. Carbonnier opina que es cierto, pero que las disidencias jurisprudenciales, incluso aunque sean anormales, son realidades con las cuales una sociología del derecho ha de contar. Aún más, existiría un pluralismo judicial que tendría de alguna manera, un carácter estructural: el que resultaría del llamado «poder soberano de apreciación de los jueces». Afirma que según la manera en que este poder es utilizado, se puede llegar a derechos prácticos muy diferentes⁵⁶. Cuando la diversidad judicial –ya sea de interpretación o

⁵⁴ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 305-330.

⁵⁵ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 361.

⁵⁶ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 361-362; Carbonnier menciona los siguientes ejemplos: el que una misma herida no sea indemnizada de la misma manera en todos los lugares; el que el interés de la familia, que condiciona el cambio de régimen matrimonial, se conciba de manera más estricta en París que en Burdeos; el que las probabilidades (por otra parte débiles) de perder en una demanda de divorcio se multiplicaran por dos o más, hace veinte años, si se emigraba al «Poitou».

de apreciación— traduce sólo el humor individual, aunque sea el habitual, de un Juez, este autor es consciente de que puede parecer que no concierne un análisis sociológico que se quiere objetivo; aunque cree que, a menudo, las actitudes originales de una jurisdicción están determinadas por condiciones objetivas —las condiciones históricas o geográficas, económicas o culturales del medio social particular sobre el cual tiene competencia—; incluso si los magistrados no se reclutan en este medio, piensa que se puede suponer que están particularmente influenciados por las corrientes de opinión que los rodean. El particularismo local o regional en el manejo de las leyes nacionales adquiriría entonces bastante estabilidad y una naturaleza lo suficientemente colectiva para que esta situación pueda ser descrita como la creación de un subsistema de derecho.

Por otra parte, el Decano recuerda que la aplicación de las leyes no siempre depende de los jueces, sino que puede depender también de los justiciables o de sus asesores. Así, si la mayoría de los contratantes, en un determinado lugar, recurre a un tipo contractual que no suele ser utilizado en otra parte, se dibujaría un derecho diferente. Si una población siente, de una provincia a otra, de una clase a otra, una propensión (o una repugnancia) desigual a practicar tal o cual comportamiento jurídico, se va a constituir un mosaico de derecho ⁵⁷.

En resumen, siguiendo a Carbonnier, habrá pluralismo cuando, colectivamente e individualmente, se practique un derecho diferente del derecho estatal; cuando fenómenos de concurrencia hagan surgir, en oposición al derecho en vigor, mandatos simultáneos. Aunque si la hipótesis del pluralismo sólo tiene sentido en la medida en que los fenómenos que constituyen un conjunto de reglas contrarias, no son tomadas en cuenta por el sistema jurídico total, no están integradas en él, ¿cuáles son estas reglas.

2. Lo infra-jurídico

La observación de los diferentes fenómenos de pluralismo jurídico nos ha revelado ya una parte de lo que constituye, para Carbonnier, lo infra-jurídico. Sin embargo, éste considera que merece ser estudiado por la sociología del derecho en profundidad y de manera independiente, ya que puede encontrarse también fuera de toda rivalidad con un orden jurídico de Estado.

Ante la posible objeción de que es ésta una noción que no tiene consistencia alguna, puesto que se podría considerar que ya está necesariamente comprendido lo infra-jurídico dentro de lo social no jurídico, en la «masa» de los usos sociales, el Decano contesta que, entre todos los fenómenos de los que aquí se trata «sacan de su proximidad, de su parecido con el derecho, una cierta peculiaridad. Y precisamente

⁵⁷ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 362.

de este parecido con el derecho se derivaría el interés científico de su estudio, ya que se podría esperar de él que arrojara “una luz analógica”⁵⁸. En realidad, no pretende, con el uso de esta expresión, determinar un ámbito que se situaría por debajo del derecho. Se trataría de una expresión útil para designar algo que hasta entonces carecía de nombre, precisamente porque los juristas no estaban interesados en ello: «Del mismo modo que el infrarrojo no tiene nada que ver con el rojo, pero permite situar un color inexistente (el infrarrojo) respecto a un color conocido (el rojo), el término infra-derecho [permitiría] ubicar una realidad (aquellos fenómenos que no forman parte del derecho, pero que dependen de las relaciones sociales próximas al derecho) con referencia a otra realidad (la del derecho en sentido estricto)»⁵⁹.

Carbonnier piensa que, sin duda, la ausencia o la presencia de la juridicidad marca una diferencia capital entre las dos series de fenómenos. Sin embargo, para él, no es imposible aislar, en la formación compleja de una regla o de un comportamiento jurídico, algunas fases de desarrollo que se sitúan más allá de la sanción legal. Son estas fases del desarrollo las que podría ser fructífero superponer a fases similares de lo infra-jurídico⁶⁰.

Para él, los fenómenos infra-jurídicos tienen normalmente como sede no la sociedad global, sino fracciones de población, grupos más o menos extendidos. Un cierto aislamiento del conjunto social sería necesario para que un sistema autónomo de reglas y de conductas pueda constituirse y para que puedan conservarse estas subculturas que los sociólogos contemporáneos habrían aprendido a observar en el seno de las más modernas sociedades. Lo infra-jurídico, al menos en muchas de sus manifestaciones, sería, en el fondo, un derecho de las subculturas y, por efecto reflejo, una subcultura. De ahí, una cierta torpeza, algo de rudimentario y de bárbaro en lo que sería un «calco» del derecho.

Encerrado generalmente en un medio estrecho y popular, lo infra-jurídico sería un sistema de normas y de juicios *a priori* incapaz de poseer una técnica y técnicos. Aunque este contraste con el derecho no se refiera más que a la forma, Carbonnier opina que es considerable. Lo infrajurídico sería, además, algo muy variado, en la medida en que las agrupaciones que le sirven de soporte también lo son: clases sociales y clases de edad, «islotos» geográficos y minorías étnicas, familias y oficios.

A primera vista, nada tienen en común, a pesar de ello, algunas manifestaciones de lo infra-jurídico habrían dado lugar al nacimiento de categorías, incluso de disciplinas autónomas: el derecho folklórico, el derecho infantil y el derecho vulgar.

⁵⁸ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 365.

⁵⁹ ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M.^a J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1996, 335 pp., p. 161.

⁶⁰ Así, estima que no sería absurdo intentar captar lo que es el sentimiento de la responsabilidad por daños en los bienes antes de toda sanción, observándola comparativamente en el adulto expuesto a la demanda de indemnización (jurídica) y en el niño sometido a la disciplina familiar (infra-jurídica).

A) *El derecho folclórico*

El objeto del folclore jurídico ⁶¹ –como rama especial del folclore entendido como ciencia de las tradiciones populares– serían fragmentos de derecho antiguo (a menudo muy antiguo) que sobreviven en los medios populares en estado de costumbre orales, locales, sin muchas más sanciones que las satíricas. Derecho de supervivencia y derecho popular, tal sería la doble esencia del derecho folclórico, según Carbonnier. De ahí se deduce que no pertenece al orden jurídico del Estado, que no es un derecho verdadero, sino sólo un conjunto de fenómenos infra-jurídicos.

El interés del folclore jurídico, de acuerdo con él, residiría en que, a menudo, parece ocuparse, mucho más que de las propias instituciones jurídicas, de las fiestas, las ceremonias, los ritos que las rodean ⁶² ; en efecto, el Decano –como civilista que es– no olvida que la forma es una dimensión necesaria del derecho y que, por otra parte, los usos ceremoniales permiten a menudo penetrar en el fondo mismo de las instituciones.

Advierte que no se debe tomar por derecho folclórico toda supervivencia sociológica de una ley antigua mal derogada. Las huellas de la positividad anterior deben ser todavía identificables, aún cuando la positividad de un derecho folclórico se pierda «en la noche de los tiempos» ⁶³. El objeto propio del folclore jurídico sería el resurgimiento, en las sociedades modernas, de un derecho muy arcaico.

Por definición, el derecho folclórico tiene como medio, no la sociedad globalmente considerada, sino solamente la parte «popular» de ésta. Pero, más precisamente, se conservaría mejor en el campo que en la ciudad, sería más activo en la juventud que en la edad madura. Para Carbonnier, este último rasgo es importante ⁶⁴, en efecto, tal y como subsisten entre nosotros, los fenómenos del folclore jurídico evocarían una actividad gratuita de juego ⁶⁵, más que el mecanismo utilitario que acostumbramos a buscar en el derecho.

B) *El derecho infantil*

En los grupos de niños ⁶⁶ o incluso en este grupo complejo que nace del contacto de los niños con ciertos adultos, se manifestarían fenóme-

⁶¹ Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 366-368 y 373.

⁶² Por la palmada que acompaña a la venta de ganado, por las arras desembolsadas para solemnizar un matrimonio.

⁶³ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 367.

⁶⁴ Carbonnier se refiere en este punto a una hipótesis plausible, que habría que relacionar con la teoría de Shurz sobre las clases de edad, y que presentaría algunos fenómenos del folclore jurídico como una especie de derecho autónomo de la juventud, supervivencia de una época primitiva donde los adolescentes, constituyendo su propio grupo aparte de la sociedad adulta, podían ejercer contra ella derechos singulares; ver también CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 373-374.

⁶⁵ Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit*, cit., pp. 364-436.

⁶⁶ Cfr. JAKUBOWSKA, I., «Droit et justice chez les enfants et les adolescents», *Droit et Société*, 19, 1991, pp. 287-295.

nos normativos y de conducta parecidos a los fenómenos de derecho que constituirían uno de los aspectos de lo infra-jurídico. Carbonnier opina que la sociología del derecho no ha sacado todo el partido posible de la observación de este campo de lo infra-jurídico.

Se plantea si está legitimada, desde un punto de vista práctico, la inducción de las observaciones que pueden ser hechas sobre los grupos de niños a los fenómenos jurídicos de la sociedad de adultos. Existe, en este campo, una hipótesis «obsesiva»⁶⁷ que Haeckel habría formulado en términos de biología: «la ontogénesis resume la filogénesis». Moreno la habría retomado en términos de psicología: la organización espontánea de los grupos de niños o de adolescentes se desarrollaría de año en año pasando sucesivamente por fases de integración análogas a las de las sociedades ancestrales en el transcurso de su evolución histórica. Si fuera cierto, sólo tendríamos que mirar cómo viven –y sobre todo juegan– los grupos de niños para descubrir el pasado profundo de las instituciones jurídicas; e incluso podríamos, actuando sobre ellos, hacer cómodamente experiencias de sociología jurídica, mientras que toda experimentación directa sobre la sociedad adulta es muy difícil. Carbonnier piensa que sería peligroso admitir que el niño no es más que un primitivo, pero también cree que sería un error dejar de hacer algunas aproximaciones sugestivas.

Lo que se entiende por derecho infantil presenta diferentes aspectos y, dependiendo del predominio, en la determinación de estas normas y de estas conductas, de los factores externos (las influencias de la sociedad adulta) o internos (propios del propio grupo infantil), se podrá hablar de derecho o de derecho «espontáneo».

Bajo una primera forma, el derecho infantil adoptado puede ser un derecho que es impuesto al niño por la sociedad adulta, en la familia primero y sobre todo, pero también en el colegio, incluso en la calle: el niño que se somete a estas consignas, es, como lo subraya Piaget, porque respeta a los «mayores»⁶⁸. Ahora bien, para Carbonnier, este respeto por los mayores, los ancestros, es el mismo mecanismo elemental que funda la fuerza obligatoria de la costumbre, prototipo de la regla de derecho. El derecho infantil, por otra parte, puede adoptar la forma de la «imitación», la del derecho infantil imitado. Los niños imitan en sus juegos los juegos jurídicos de sus padres. Es un derecho de caricatura; pero la exageración derivada de la caricatura facilitaría la observación. A veces, por lo demás, la imitación se complicaría con la tradición: el calco se habría hecho antiguamente, luego se habría conservado a través de las generaciones por medio del singular folklore infantil. De manera que los niños de hoy podrían dar a conocer una cierta imagen del derecho arcaico, a menos que en realidad cada generación hubiese dado cada paso por sí misma.

En efecto, mantiene que, colocados frente a una situación determinada, los niños son muy capaces de responder a ella por el mismo razo-

⁶⁷ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 369.

⁶⁸ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 369.

namiento legislativo que los adultos: así se crearía el derecho infantil espontáneo, y esta creación ingenua podría proyectar algunas luces sobre la formación de los mecanismos similares en derecho adulto. La comparación sería convincente sobre todo para los fenómenos jurídicos más elementales. Carbonnier piensa que es muy posible que a nuestras teorías sobre el origen del derecho de propiedad, por ejemplo, les falte haberse basado en la observación científica de la génesis de la apropiación en el niño ⁶⁹.

C) *El derecho vulgar*

Según el Decano, la sociología del derecho emplea la expresión «derecho vulgar» en un sentido un tanto alejado del que le prestaban los romanistas alemanes. El *Vulgärrecht* era esta mezcla de costumbres locales y de derecho romano, clásico o imperial, más o menos degenerado, deformado, que, en el Bajo Imperio, se aplicaba de hecho en las provincias, al menos en las clases populares. Detrás del hecho histórico preciso, se vuelve a descubrir una constante sociológica: la tendencia de los medios no técnicos a constituirse una especie de derecho inferior, combinando con usos autónomos elementos sacados del orden jurídico del Estado. Considerar que las normas y las conductas que se derivan de ellas, so pretexto de que permanecen por debajo de la sanción legal, son sólo simples usos sociales, equivaldría, para nuestro autor, a desconocer todo lo que les aporta la proximidad con el derecho; en su opinión, se trata de una nueva zona de lo infra-jurídico, y hay que insistir sobre la relación dinámica –otros dirán dialéctica– que mantienen con el sistema de derecho positivo, sobre los movimientos de flujo y de reflujo que se producen entre ellos.

«A veces el derecho vulgar corromperá al derecho culto; otras veces, el derecho culto intentará, con mayor o menor éxito, hacer retroceder al derecho vulgar a golpe de nulidades y de penas; otras veces incluso, se establecerá un compromiso, estimando el derecho culto que es más conveniente desde el punto de vista político incorporarse una dosis de derecho vulgar» ⁷⁰. Carbonnier observa que incluso en nuestras sociedades de tipo legalista, una enorme franja de derecho vulgar está presente y se desarrolla paralelamente al sistema jurídico positivo. A los ojos de los juristas, es «hecho» y no «derecho» y es inútil prestarle atención. Menos en ocasiones, si sucede que este derecho vulgar, encubierto por alguna cláusula general del derecho «culto» intenta obtener el reconocimiento de los tribunales, a fin de obtener el benefi-

⁶⁹ En este sentido, Carbonnier cita a Piaget, que demostró operando sobre las reglas del juego de canicas, que el niño, a diferentes edades, no percibía de manera idéntica el carácter obligatorio de la regla; que partiendo, hacia los siete u ocho años, de la convicción de que en ello sólo había un decreto arbitrario de los niños mayores, llegaban, después de los diez años, a ver en ello un libre convenio entre jugadores: el sentimiento que una sociedad adulta tiene del carácter obligatorio de sus costumbres (*opinio necessitatis*) podría pasar por las mismas fases de evolución.

⁷⁰ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 371.

cio de la sanción estatal. Es el problema de las llamadas situaciones de hecho y de su paso al derecho. La unión libre, al margen del matrimonio, la separación de hecho, al margen de la separación legal y del divorcio, serían sus aspectos más visibles. Se ha dicho a menudo que estos fenómenos están en fase de expansión⁷¹. Aunque pocos son los fragmentos de derecho vulgar que pasan al estado contencioso.

Carbonnier cree que una forma de derecho vulgar merece especial atención: es aquella en la que, paradójicamente lo infrajurídico se constituye a partir de una intervención del Estado. Este fenómeno es de siempre: una vez que el poder ha instituido órganos propiamente jurídicos, de estilo técnico, y en particular estos órganos jurídicos por excelencia que son los órganos judiciales, encargados de cumplir el derecho por la vía intelectual y ritual del proceso y de la sentencia, nace espontáneamente la necesidad de tener otros canales de comunicación entre el derecho y la masa –menos formalistas, más accesibles, más expeditivos, más «toscos». Así se va a implantar, y primero para el uso de las clases inferiores, una especie de subjusticia, destinada a hacer efectivo al menos un cuasi-derecho⁷². Al final, estos procedimientos infra-jurídicos, siendo más activos, suelen sustituir a los jurídicos⁷³. Aunque lo importante, para el autor en cuestión, es ver cómo el derecho vulgar vive entre nosotros. No estaría ausente del derecho «culto», ni siquiera del derecho civil, el más técnico de todos; si queremos saber cómo volver a instaurar la paz entre coinquilinos, cuál es el primer recurso del esposo abandonado o de los padres del niño que se ha fugado, etc., la respuesta estaría en las comisaría de policía o en los cuartelillos de la guardia civil. En ellos se ejercería toda una jurisdicción sumaria de derecho vulgar, una infra-jurisdicción mezcla de derecho y de hecho.

IV. LOS ENCUENTROS ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS

Carbonnier reflexiona acerca del hecho de que ningún sistema jurídico ha estado solo en el planeta: ni siquiera el derecho romano, el que más se acercó a la universalidad ignoraba que existían leyes bárbaras más allá de sus fronteras; hoy en día, la O.N.U. emite textos con pretensión universal⁷⁴, pero sólo son *ratione materiae* parcelarios, no forman por lo tanto un sistema de derecho; Europa tampoco, en sus diversas encarnaciones, ha llegado a alcanzar «la totalidad jurídica». De

⁷¹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 371.

⁷² En Roma, la *cognitio extra ordinem* de los funcionarios administrativos por debajo del *ordo* del Pretor; en Francia, la investigación oficiosa de la policía por debajo de la instrucción reservada al Juez.

⁷³ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 372.

⁷⁴ La declaración de los Derechos del Hombre de 1949, el Convenio de 1989 sobre los Derechos del niño.

hecho, el derecho de cada pueblo tiene una singularidad histórica que le opone a todos los demás y que, en combinación con otros elementos –en particular, la lengua– concurre a componer una cultura. Si una cultura propia de un pueblo entra en contacto con la cultura de un pueblo diferente, surgen fenómenos que no se pueden determinar de antemano. Si, como consecuencia este contacto intercultural o de una manera independiente, un sistema jurídico se manifieste en el área, el espacio de otro, se pueden esperar interacciones de varios tipos. Según él, uno de estos tipos ha adquirido una particular importancia: la aculturación jurídica que por otra parte, sería un fenómeno de pluralismo jurídico «de grupo»⁷⁵.

1. Las interacciones entre sistemas jurídicos

En cuanto a las interacciones entre sistemas jurídicos, la etnología y la historia han observado toda una gama de actitudes posibles de la sociedad autóctona, descubriendo lo extranjero extraño a su derecho.

En las sociedades tradicionales, una reacción frecuente sería la de cerrarse sobre sí misma. El espíritu de la tribu cuidaría el «tesoro» de las costumbres como un tesoro cuyo conocimiento y aplicación deben ser reservados a los nativos. Estas costumbres sacarían su autoridad de haber sido reveladas a un gran antepasado: los descendientes se expondrían a desgracias si dejaran que los extranjeros penetrasen en la herencia. Pero también existe la actitud diametralmente opuesta: la apertura al extranjero, la hospitalidad, la atracción del viaje, el gusto por el exotismo y la comunicación. Lo mismo sucede para el derecho y para el resto –el ornato, las técnicas, los usos sociales–. El derecho venido de otro lugar sacaría de su carácter extranjero, de su «misterio», un «plus» de autoridad.

En las sociedades modernas, según Carbonnier, la apertura es en ellas, a menudo, el rasgo característico de algunas élites. «Sin embargo, en estas sociedades, la actitud a tomar hacia el extranjero y su derecho es ante todo una *res politica*, a su vez atravesada por el fenómeno del nacionalismo. El nacionalismo es un fenómeno social total en el cual están implicadas múltiples variables, los usos sociales tanto como la fuerza militar, la economía tanto como la música»⁷⁶. Una de sus facetas sería el nacionalismo jurídico. Este autor mantiene que su táctica puede ser puramente defensiva: cierra el sistema nacional a la influencia de los sistemas extranjeros; aunque este nacionalismo proteccionista también podría ir acompañado por un nacionalismo de conquista. Opina que los juristas son los primeros en mostrarse expansionistas para su propio derecho: los Jueces llamados a dirimir un conflicto en derecho internacional privado, harán prevalecer tendenciosamente la *lex fori*; los representantes de los diferentes países en la

⁷⁵ Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 18-19.

⁷⁶ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 376 y p. 384.

preparación de un tratado, sólo concebirán el acuerdo sobre la base de su propio derecho. Sin embargo, detrás de las actitudes de los técnicos, podría esconderse una estrategia de hombres de Estado, ya que existen casos en los que el derecho es el vehículo de ideas y de fuerzas políticas ⁷⁷.

2. La aculturación jurídica

Forjada en 1880 por el etnólogo americano Powell, la palabra aculturación entró en el vocabulario de los sociólogos franceses ⁷⁸. Por aculturación, en efecto, hay que entender, según Carbonnier, todo «injer-to» de una cultura sobre otra. El término *contacto cultural* que se usó a veces, sería menos significativo: un contacto puede establecerse sin penetración; ahora bien, si dos culturas se ponen en contacto sin penetrarse, aún no habría aculturación. Puesto que toda cultura contiene derecho, se ha llegado fácilmente a la idea de una aculturación jurídica, a la idea de que un sistema jurídico podía incorporarse a otro, por causas y con efectos que serían de la incumbencia de la sociología del derecho.

Sin embargo, cree que la aculturación no es un mecanismo irresistible. Integrar derecho extranjero no sería una situación natural. En la medida misma en que el sistema autóctono ya es sentido por sus propios sujetos como una fuerza eventualmente agobiante, incluso hostil, sería tranquilizador para ellos comprenderlo, por lo que, en cuanto al proceso de aculturación, no faltarían las resistencias, los roces –más o menos importantes según su fuente: la autoridad pública o las fuerzas privadas–.

En cuanto a la aculturación jurídica que procede de la autoridad pública, ésta podría ser más o menos amplia. En las reformas históricas, la intención al menos, solía ser que la aculturación fuera total. En nuestras sociedades, es más frecuente que se lleve a cabo a través de pequeñas «pinceladas», tomando un elemento aislado de una legislación extranjera después de sopesar sus ventajas y sus inconvenientes. La aculturación global sería, desde un punto de vista sociológico, la más significativa, porque, a través de ella, se llevaría a cabo una verdadera mutación cultural. Carbonnier considera que, lógicamente, la aculturación parcial debería ser condenada incluso *a priori* por una concepción estructuralista del derecho: al presumir ésta el equilibrio del sistema, remover una parte, equivaldría a amenazar el todo de derrumbamiento. Los hechos prueban sin embargo que existen «imi-

⁷⁷ Carbonnier nos recuerda que Napoleón contaba con su Código civil para acabar con los regímenes feudales en los países satélite. Más tarde, el «trasplante» del sistema jurídico europeo en los países de ultramar fue un instrumento de la colonización: era la política de *asimilación*. Los soviéticos, por su parte, habían conseguido temporalmente incrementar su dominación sobre los países vecinos haciendo de su sistema jurídico el modelo de toda una familia de derechos, llamados *derechos socialistas*.

⁷⁸ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 377.

taciones fragmentarias» que tienen éxito: «Todo lo que se puede decir, es que, cuando tienen por objeto una institución esencial –en particular una de las que afectan a lo más íntimo de la personalidad del sujeto de derecho (si por ejemplo la poligamia es sustituida por la monogamia en un país africano)– por una serie de reacciones en cadena su alcance real podría al final superar con mucho su alcance aparente y primario»⁷⁹.

Entre los actos de la autoridad pública que pueden servir de vehículo para una aculturación jurídica, el más visible sería la ley; sería también el que por su solemnidad, su efecto de dramatización, puede contribuir mejor a asegurar el éxito de la operación; sin embargo, la aculturación jurídica, puede ser tanto judicial como legal.

Por lo que se refiere a la aculturación jurídica que procede de las fuerzas privadas, Carbonnier ve en el contrato un instrumento eficaz, sin embargo, considera que no es siempre una voluntad consciente la que opera. Sucede que las fuerzas privadas pueden crear un clima, que será favorable a la penetración de las instituciones extranjeras. El cosmopolitismo jurídico ha tenido aspectos famosos, como la «anglomanía» de los filósofos. Pero, aunque menos brillante, porque menos literaria, restringida al pequeño mundo de los juristas, una influencia como la de las universidades italianas al final de la Edad Media, fue tan importante como la romanización de los derechos occidentales que de ella se siguió. La aculturación jurídica a menudo ha circulado a través de canales doctrinales. El «derecho popular» en cambio, no se internacionaliza tan fácilmente.

En cuanto a los efectos posibles de la aculturación, Carbonnier destaca que: «Nunca se encuentran dos sistemas jurídicos»⁸⁰. De este encuentro resultan efectos que afectan tanto a las *instituciones* como a los *individuos*. Se producen múltiples fenómenos de psicología social⁸¹, que para nuestro autor, son también fenómenos jurídicos.

En cuanto a los efectos que pueda tener sobre las instituciones, el principal se referiría al destino del elemento extranjero una vez introducido en el sistema autóctono: ¿habrá éxito o fracaso? Por lo que se refiere a la aculturación en general, muchos sociólogos estarán de acuerdo en que nunca podrá existir un éxito perfecto. Tendrán esta opinión por partir de un presupuesto determinista: si todo viene determinado por el medio social, no hay trasplante fuera del medio social que no sea una aventura y que no deba, al menos, saldarse por una deformación del elemento trasplantado. Quizás la aculturación jurídica se prestará a una apreciación más matizada ya que todo en el derecho no está determinado, y no se puede eliminar la parte de la voluntad y la coacción –la coacción lograda– pueden tomar en ella. Lo que es cierto, para Carbonnier, es que, en la aculturación jurídica no menos que en

⁷⁹ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 378.

⁸⁰ CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 380.

⁸¹ Cfr., Munné, F., «Sobre Carbonnier. Delimitación conceptual de la psicología social del derecho», *Sociología y Psicología Jurídicas*, Anuario 1979, pp. 21-31.

las otras clases de aculturación, hay que desconfiar de los éxitos teóricos; si la introducción de las instituciones extranjeras se limita a una modificación de los textos autóctonos sin acompañarse de *efectividad* en la aplicación, no tendrá, según él, valor sociológico. Incluso observando esta precaución parece que se pueda encontrar en la historia –sobre todo en la historia moderna– ejemplos perfectos de aculturación jurídica: el contrato de seguros, la sociedad anónima, funcionan a la europea, sin alteraciones sensibles, en las tierras del Islam donde han sido importados; pero también hay rechazos célebres y casos intermedios. El mestizaje del derecho es un fenómeno que bastaría con constatar; sobre todo cuando se refiere a un sistema jurídico entero, tendría esta amoralidad que hay que reconocerles a las grandes transformaciones históricas.

Si, en el campo de la sociología jurídica el efecto principal a observar es el del trasplante sobre el propio objeto trasplantado, no hay que excluir la eventualidad de efectos secundarios que se manifestarían alrededor, propagándose en el conjunto del cuerpo social receptor. En este cuerpo social, la aculturación jurídica puede determinar confusiones, rupturas de equilibrio, que van mucho más allá de la «prótesis» operada por el legislador. Secuelas patológicas de este tipo le habrían sido imputadas, en particular, al viento de Oeste que, en el siglo pasado, sopló sobre el derecho privado de las naciones balcánicas, después de que hubiesen reconquistado su independencia.

En lo que se refiere a los efectos sobre los individuos, según una opinión defendida en sociología general, sólo habría verdadera aculturación en la medida en que la personalidad de los individuos se ve transformada desde el interior. Para aplicar este criterio a la aculturación jurídica, habría que admitir que el derecho tiene su propio papel en la formación de la personalidad. De hecho, Carbonnier admite que si el sistema jurídico nacional contribuye a modelar lo que se llama la psicología de un pueblo, es razonable suponer que la importación de una institución extranjera se traduce siempre por un cierto cambio en las actitudes mentales de los autóctonos. La dualidad de modelos normativos podría someter al individuo a una especie de «esquizofrenia» si no encontrara en su «propio instinto de supervivencia»⁸² reacciones de defensa: eliminando el modelo exótico o reteniendo solamente de él un medio para reinterpretar y, por lo tanto, perpetuar el modelo autóctono.

Por lo tanto, siguiendo a Carbonnier, los fenómenos de aculturación jurídica se traducirán sociológicamente por un pluralismo jurídico. En efecto, en su opinión, habrá siempre una especie de conflicto, a nivel institucional o individual, entre las reglas autóctonas y las reglas de origen extranjero. Sociológicamente, los dos órdenes que se encuentran, sean o no órdenes de derecho positivo, tendrán el mismo valor.

⁸² Carbonnier habla de «vouloir-vivre».

V. CONCLUSIÓN

El concepto de pluralismo jurídico en la teoría iussociológica de Carbonnier es pues un concepto totalmente desvinculado de cualquier intencionalidad de carácter político. Para él, esta «hipótesis» no tiene más finalidad que la de ayudar a descubrir la realidad jurídica que no sólo descansa en los dictados del Estado, con el fin de proceder mejor a su estudio, estudio que a su vez puede ser de gran utilidad para la actividad legislativa del propio Estado. Es también un concepto descriptivo, realista y plural y en ello reside la originalidad de su teoría. Con lo que queda claro que este autor propone una investigación socio-jurídica como ciencia de la sociedad captada desde las categorías ordenadoras del sistema jurídico, pero siguiendo las técnicas de investigación sociológicas. Carbonnier es, por otra parte, prudente; en sus escritos, no ha dejado de recordar que la sociología jurídica, útil para conocer tanto los deseos de una sociedad como la efectividad y la eficacia de las normas jurídicas, no puede pretender mucho más. En su opinión, se trata de una disciplina auxiliar, útil, a menudo necesaria, pero cuyo único papel consiste en ofrecer datos al Legislador o al Juez, que, aún considerando estos datos, actuarán como les parezca adecuado según lo dispuesto en la Constitución o el derecho en vigor. Según el Decano, si el sociólogo jurista razona en términos de jurista, se verá obligado, para introducir aquello que no es estrictamente de derecho positivo, a adoptar como objeto de estudio una materia jurídica que englobe elementos que no son reconocidos por los juristas positivistas como pertenecientes a su ámbito. Por tanto, admitirá que la sociología interviene para hacer conocer lo que sucede al margen del derecho o cuando las normas jurídicas entran en *conflicto* con otras normas. Como sociólogo del derecho cuya formación fue principalmente jurídica, se percibe en él una propensión a conferir un estatuto superior al derecho del Estado en relación con los demás «órdenes jurídicos» y una tendencia a restringir el interés científico de la noción de pluralismo jurídico a su aportación para una comprensión crítica del derecho estatal concebido como objeto de estudio privilegiado de la sociología del derecho. A la vez que reconoce el pluralismo jurídico como una hipótesis fundamental de la disciplina, duda en hablar de pluralismo jurídico cada vez que nos encontramos en presencia de un marco de derecho correspondiente a un grupo particular, ya que los «órdenes jurídicos menores» serían generalmente tenidos en cuenta, sino autorizados o creados por el derecho estatal. El verdadero pluralismo jurídico se encontrará más bien, según él, en sus diferentes manifestaciones.