

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO¹

William TWINING

University College London (Reino Unido).

RESUMEN

La presente ponencia expone una visión de una Teoría General del Derecho necesaria para dar fuerza a la disciplina institucionalizada del derecho en un contexto cada vez más cosmopolita como es el de la “globalización”, y tratará sus posibles implicaciones.

La parte primera replantea la posición de la disciplina del derecho en torno a sus objetivos y a su naturaleza, así como el papel de la teoría del derecho, como parte teórica, a la hora de contribuir a la buena salud de ésta. La parte segunda aclara algunas cuestiones que se han venido planteando sobre esta concepción de la Teoría General del Derecho: (i) las implicaciones de la “globalización”; (ii) el significado de “Teoría General del Derecho” en ese contexto; (iii) la relación entre Teoría del Derecho, Filosofía Jurídica y los enfoques sociológicos del derecho; finalmente, (iv) la importancia del concepto de “derecho no estatal”. La parte tercera ilustra con ejemplos concretos algunas de las implicaciones de los posibles temas y aspectos propuestos por este modelo dentro las áreas de la teoría del derecho que se pueden caracterizar como analíticas, normativas, empíricas y críticas, así como un análisis crítico de los presupuestos y postulados que generalmente fundamentan los trabajos en campos dominantes como el derecho comparado, el derecho internacional público, el derecho religioso y los estudios socio-jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta ponencia es ofrecer una visión reavivada de una Teoría General del Derecho como parte de una disciplina cada vez más cosmopolita como es el derecho, para así aclarar algunas de las cuestiones que se han venido planteando últimamente sobre este tema e ilustrar algunas de sus posibles implicaciones y aplicaciones.

El texto está escrito con la perspectiva de un jurista inglés, que está interesado por el estado de la disciplina institucionalizada del derecho, especialmente en los países del derecho común, de aquí a los próximos quince o veinte años, ante el fenómeno de la “globalización”. Vivo en Londres, pero he viajado por todo el mundo y he trabajado en varios países, principalmente en el este de África, Estados Unidos, los países de la Commonwealth y, últimamente, en Holanda. Mi origen,

1. La presente ponencia es la continuación de *Globalisation and Legal Theory* (Butterworth, 2000) (de aquí en adelante *GLT*) y “Reviving General Jurisprudence”, en *The Great Juristic Bazaar* (Ashgate, 2003), Cap. 10 (de aquí en adelante *GJB*). También en Likosky (ed.) (2002) págs. 3-22. Véase también Twining (2003), (2003a), (2005a, b, y c).

mi experiencia y mi punto de vista son bastante cosmopolitas, pero mi cultura y prejuicios son británicos; mi formación es en derecho común y mi primer idioma es el inglés. El objetivo que me propongo es desarrollar una visión general de la teoría del derecho en estos primeros años del nuevo milenio. Probablemente, un jurista que viniese de una tradición diferente y con un enfoque distinto de los temas, expondría una imagen bastante diferente. Casi nadie de entre nosotros puede abstraerse de sus raíces intelectuales.

El trabajo presente se podría interpretar como una defensa de una teoría del derecho menos restringida. Incluso se podría ver como una polémica que plantea que, en los últimos años, la teoría del derecho anglo-estadounidense ha estado cerrada en cuanto a sus inquietudes, profundamente desconocedora de otras tradiciones jurídicas y con una tendencia etnocéntrica. En parte, esto ha sido así. Sin embargo, al hablar de “limitación” sería positivo distinguir entre procedencia, fuentes, destinatarios, temas centrales, perspectivas y relevancia.² Lo que yo planteo aquí es que deberíamos prestar más atención a otras tradiciones jurídicas; que los temas que trata la teoría del derecho tienen que revisarse y ampliarse; que el canon jurídico debería ensancharse, y que hay mucho que aprender con la adopción de una perspectiva mundial. Pese a ello, esta perspectiva también es, en cierto sentido, conscientemente limitada, pues refleja mis propios prejuicios y conocimientos limitados, así como el hecho de que me estoy dirigiendo a un público en su mayoría occidental, a pesar de tratarse de un congreso mundial.

En mi opinión, la teoría del derecho es la parte teórica del derecho, entendida ésta como una disciplina. El objetivo de una disciplina institucionalizada es el avance y la difusión de los conocimientos, además de un análisis crítico de los temas de ésta. Los estudiosos del derecho se preocupan tanto por el avance en los conocimientos como por el análisis crítico del derecho. El estudio académico del derecho es una parte de la disciplina del derecho que trata la difusión del conocimiento y el análisis crítico —lo cual incluye conocimientos, experiencia y fundamentos de sus temas y de su funcionamiento. En primer lugar, este trabajo tratará de la teoría y los estudios jurídicos —con todo lo que conlleva avanzar en el conocimiento del derecho desde una perspectiva mundial o transnacional y, sólo de forma indirecta, las implicaciones de ésta para la enseñanza del derecho.³

2. *GLT*, 128-29.

3. En este momento de la historia, la mayoría de las prácticas jurídicas internacionales y transnacionales están bastante especializadas. Por un lado, pocos estudiantes de derecho y estudiosos del derecho pueden centrarse exclusivamente en un único ámbito de competencias; por otro, estamos bastante lejos de una situación en la que la educación jurídica básica pueda orientarse de forma razonable a la formación de juristas mundiales, euro-juristas o, ni siquiera, especialistas en derecho internacional. Una disciplina cosmopolita no obliga a abandonar el conocimiento local. Pero, los estudiantes de derecho pueden salir beneficiados cuando se les muestran perspectivas amplias y se los hace conscientes de los diferentes niveles de ordenamientos jurídicos y sus diferentes interacciones. (Twining 2001, 2001a)

La forma en que se institucionaliza una disciplina varía dependiendo de la época, el lugar y la tradición. Con el derecho ocurre lo mismo. Dada su coyuntura histórica, no existe un núcleo central o una esencia de los temas que trata nuestra disciplina o del conocimiento jurídico.⁴ Aunque defenderé una interpretación amplia (y plural) de estos temas, soy completamente consciente de que no todo el público aquí presente estará de acuerdo conmigo. Los objetivos, los métodos y el alcance de la disciplina suelen rebatirse frecuentemente.

Si adoptamos una perspectiva mundial y un período de tiempo extenso, aun a riesgo de simplificar, podemos diferenciar tendencias e inclinaciones generales en la cultura académica occidental del derecho que en este contexto de la “globalización” se están poniendo continuamente en tela de juicio. A grandes rasgos, estas tendencias se pueden resumir en una serie de afirmaciones un poco simplistas y de carácter más bien ideal:

- (a) El derecho consta de dos tipos fundamentales de ordenamiento: el derecho estatal interno y el derecho internacional público (que tradicionalmente se considera como el ordenamiento de las relaciones entre Estados) (“el dúo westfaliano”).
- (b) Los Estados-nación, las sociedades y los sistemas jurídicos son, en gran medida, entes cerrados e independientes que se pueden estudiar de forma aislada.
- (c) El derecho y la teoría del derecho modernos son laicos, fundamentalmente apartados de sus raíces histórico-culturales en la tradición judeocristiana.
- (d) El derecho del Estado moderno es principalmente racional-burocrático e instrumental —que sirve como medio para lograr determinados fines sociales y con unas funciones bien definidas.
- (e) El derecho se puede comprender mejor con una perspectiva “de arriba abajo” (gobernantes, funcionarios, legisladores, élites), por lo que el punto de vista de los usuarios, consumidores, víctimas y otros sujetos queda en un lugar, como mucho, secundario.⁵
- (f) Los principales temas de la disciplina del derecho son ideas y normas, más que el estudio empírico de hechos sociales.
- (g) El derecho del Estado moderno es casi exclusivamente una creación del Norte (europea y anglo-estadounidense), extendida por casi todo el mundo a través del colonialismo, el imperialismo, el comercio y las influencias postcoloniales de nuestros días.
- (h) El estudio de las tradiciones jurídicas no occidentales es una parte secundaria y poco relevante del derecho académico occidental.

4. Sobre la idea del “núcleo” de una disciplina, véase Twining (1994a), cap. 7.

5. *GLT*, cap. 5; Tamanaha (2001) 239-40.

- (i) Los valores fundamentales que subyacen bajo el derecho moderno son universales, aunque los fundamentos filosóficos son muy diversos.⁶

Resumiendo, antes y durante el siglo XX, la cultura académica occidental del derecho ha tendido a centrarse en el Estado y a ser laica, positivista, “de arriba abajo”, *Norte-céntrica*, poco empírica y universalista en relación con la moral. Por supuesto que todas estas generalizaciones son muy someras y siempre hay excepciones, pero ninguna de ellas ha pasado inadvertida dentro de la tradición jurídica occidental, y los temas que giran en torno a ellas constituyen gran parte de los temas de discusión de la teoría del derecho occidental moderna. No obstante, esta simple y llana caracterización ideal pone de relieve, de forma general, algunos puntos cruciales de esas ideas y afirmaciones que cada vez están más en tela de juicio.

La teoría del derecho, como parte teórica de la disciplina del derecho, tiene que cumplir una serie de tareas o funciones para contribuir al buen estado de salud de esta última.⁷ Esto requiere alguna aclaración: la “Teoría del derecho”, la “Teoría Jurídica” y la “Filosofía Jurídica” no tienen significados establecidos ni en la tradición anglo-estadounidense, ni en la europea continental. Con el fin de ser breve, aclararé la forma en que utilizaré aquí estos términos, en lugar de entrar en polémicas que son en parte semánticas, aunque también ideológicas. Como veremos en la Parte IIc, para mí la teoría del derecho y la teoría jurídica son sinónimos, mientras que la filosofía jurídica es sólo una parte —la más abstracta— de la teoría del derecho.

En este sentido, la teoría del derecho se puede considerar como una herencia, una ideología; también como la *actividad* de teorizar, es decir, plantear, replantear, responder y discutir sobre las cuestiones generales en relación con los temas del derecho como disciplina. La idea de la herencia hace hincapié en la continuidad, mientras que la ideología, en sentido no peyorativo, establece una relación entre las propias ideas sobre el derecho y las creencias propias más generales sobre el mundo —sean o no sistemáticas. En el sentido peyorativo, marxista, del término, la noción de ideología nos recuerda los estrechos vínculos existentes entre las creencias, los intereses personales, los prejuicios y las falsas ilusiones.

Como una actividad dentro de nuestra disciplina, la teoría tiene varias funciones: elaborar visiones generales o totales (la función de síntesis o de estructuración); dilucidar, elaborar y ajustar conceptos; desarrollar teorías normativas, hipótesis iniciales y teorías generales válidas para sus actores; construir puentes con otras disciplinas (la función de vehículo); la historia intelectual; y, lo más importante, examinar de manera crítica los postulados subyacentes bajo los diferentes discursos del y sobre el derecho.⁸ Esta concepción pragmática de la teoría jurídica destaca

6. Por ejemplo, el derecho natural, el utilitarismo y el neo-kantianismo son todos ellos universalistas. [Cf. diferentes significados de universalismo].

7. Para una discusión más extensa, véase Twining (1997), caps. 6 y 7.

8. *Ibid.*, cap. 1.

el papel fundamental de la teoría del derecho en el desarrollo del derecho como disciplina, si bien lo natural y, en ocasiones, lo más saludable, es que en una disciplina tan centrada en sus actores como ésta, la práctica vaya por delante de la teoría.

Los estudiantes que se enfrentan por primera vez a la Teoría del Derecho quedan a menudo desconcertados y abrumados por la abundancia desordenada del legado que tenemos del pensamiento jurídico. En una destacada obra dirigida a estudiantes británicos, se trataban las ideas de más de cien pensadores y, sin embargo, en el Prólogo a la séptima edición, el autor se disculpaba por no haber podido dar cabida a muchas otras figuras importantes.⁹ Al analizar la obra, queda patente que se trata de una teoría del derecho casi totalmente occidental moderna y, mayormente, anglo-estadounidense. En el índice no se hace mención a la teoría del derecho hindú, islámica o judía, y sólo hay pequeñas referencias a las tradiciones china, japonesa, latinoamericana y africana. Así pues, en esta obra sólo se presenta una visión parcial de todo el legado de la teoría jurídica.

Incluso centrándonos únicamente en juristas anglo-estadounidenses, el panorama que se nos presenta es enorme. Por ejemplo, el número reducido de estudiantes que estudian la obra de Jeremy Bentham se centran en unos pocos capítulos de su primera obra, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Esto representa menos de un 1% de sus *Obras Completas*, que abarcan de sesenta y ocho a setenta sustanciosos volúmenes. Sin embargo, Bentham es sólo uno de los casi cien pensadores ingleses y estadounidenses que aparecen en *Introduction to Jurisprudence*, de Lloyd y Freeman. Ninguna historia de la Teoría del Derecho puede reducirse a los pensadores del mundo jurídico anglófono. Incluso las concepciones más cerradas de la teoría del derecho reconocen que hay algunos temas centrales que se comparten con otras disciplinas. Por ejemplo, todo lo relacionado con la justicia y los derechos es compartido por la ética, la teoría política, la teoría literaria, la teología, la psicología, la economía y la sociología, entre otras.

La amplitud y diversidad de la herencia de la teoría del derecho anglo-estadounidense plantea problemas de selección incluso dentro de esa misma tradición cuando se quiere hacer con propósitos específicos, como puede ser la enseñanza del derecho y, de forma más general, para la comunidad de expertos, así como para los particulares. Los textos y autores se “canonizan”, en parte, al atribuirse los méritos que en la mayoría de las ocasiones son bastante arbitrarios. No hay un criterio establecido de selección. La inercia, la moda, la ideología, el poder, el

9. Freeman (2001). Otro reciente manual estudiantil de Teoría del Derecho, el de Penner, Schiff, Lacey y Nobles, *Jurisprudence and Legal Theory* (Butterworth, 2002), trata heroicamente de ofrecer una visión general con una perspectiva histórica, traspasando a menudo los límites de la disciplina y yendo más allá de los autores anglo-estadounidenses y de clásicos como Tomás de Aquino, Kant, Kelsen y Weber; así, incluyen autores modernos del continente europeo, como Derrida, Foucault, Lacan, Habermas y Luhmann. Aunque la obra se extiende a más de mil páginas, los editores, al igual que Freeman, se lamentan de que se han visto forzados a realizar omisiones significativas por motivos de espacio.

interés publicitario propio y la intuición suelen tener una gran influencia a la hora de determinar las elecciones. Sin embargo, tanto los estudios realizados sobre los cursos de teoría del derecho como las estadísticas de citas coinciden a la hora de hacer una lista bastante consensuada de los autores comúnmente leídos y estudiados en una época determinada.¹⁰ Existe una corriente dominante y algo parecido a un canon central, aunque ese canon está en continuo proceso de cambio y hay un pluralismo bastante positivo en torno a él.

Las versiones más ortodoxas de la tradición anglo-estadounidense muestran a ésta como si abarcara varios siglos, de forma multidisciplinar, y nunca relegada exclusivamente a los autores anglófonos. Platón y Aristóteles, Kant y Kelsen, Marx y Weber, Foucault, Habermas y los posmodernistas han sido asimilados por la tradición anglo-estadounidense. Sin embargo, si adoptamos una perspectiva mundial, esta herencia se presta a la crítica por ser bastante reducida y “limitada”, fundamentalmente por tres razones.

En primer lugar, casi todos los teóricos del derecho anglo-estadounidenses, incluidos los que afirman hacer teoría general del derecho, trabajan exclusivamente dentro de la tradición jurídica occidental. Su perspectiva es generalmente laica y prestan poca o ninguna atención a las religiones que no sean el Cristianismo, así como a las culturas y tradiciones no occidentales.

En segundo lugar, y relacionado con esto, casi toda la teoría occidental del derecho se ha centrado en el derecho del Estado, especialmente el de los Estados-nación soberanos e industrializados. Pero, como desarrollaré en la Parte II, en muchos países y en un nivel transnacional, es posible que haya formas de ordenamientos jurídicos, religiosos, tradicionales y normativos que surjan de la autorregulación o de las prácticas comerciales, y que sean más importantes en algunos contextos que el derecho interno.

La tercera razón, y la más importante desde una perspectiva global, es que el *programa* de la teoría del derecho anglo-estadounidense dominante parece bastante limitado. Ésta se ha concentrado, a veces de forma obsesiva, en un reducido número de temas, la mayoría de los cuales parece bastante alejado de las preocupaciones de los líderes mundiales y de los pueblos del Sur. Desde una perspectiva mundial, hay que plantearse la contribución real y potencial del derecho y de la teoría jurídica a los problemas más acuciantes de nuestro tiempo, como la división Norte-Sur, la guerra, el genocidio y el medio ambiente, o los que se señalaban en la Cumbre del Milenio —el hambre, la pobreza, la educación básica, la salud, la seguridad nacional e internacional, el colonialismo, los desplazados, el comercio justo, la corrupción, entre otros.¹¹ Con este punto de vista, nuestra herencia puede parecer bastante reducida y poco prolífica; reducida en cuanto a sus inquietudes, desconocedora de otras tradiciones y con un carácter etnocéntrico. En resumidas

10. Véase, por ejemplo, la serie de estudios realizados sobre la enseñanza de la Teoría del Derecho en el Reino Unido por Cotterrell y Woodliffe (1974), Barnett y Yach (1985), y Barnett (1995) (que también incluyen Australia y Canadá).

11. Sobre los posibles programas, véase la Parte III.

cuentas, a pesar de la riqueza y complejidad de nuestra herencia, con una perspectiva mundial y colectiva, se nos podría acusar de miopía, ignorancia, etnocentrismo e irrelevancia. El argumento central de este trabajo es que tanto la práctica como la disciplina del derecho son cada vez más cosmopolitas y la teoría del derecho, como parte teórica de éste, necesita afrontar una serie de desafíos.

En *Globalisation and Legal Theory*, señalo que la “globalización” plantea tres desafíos concretos para la teoría jurídica tradicional:

- a. Cuestiona las teorías de la “caja negra” que consideran a los Estados-nación, las sociedades, los sistemas y los ordenamientos jurídicos como entes cerrados e impermeables, que se pueden estudiar de forma aislada.
- b. Cuestiona la idea de que el estudio del derecho y de la teoría jurídica puedan limitarse a dos tipos de ordenamiento jurídico: el derecho del Estado y el derecho internacional público, que se considera que trata de las relaciones entre Estados soberanos.
- c. Cuestiona la validez de gran parte del marco conceptual actual y del vocabulario del discurso jurídico (tanto del derecho como sobre el derecho) para tratar de los fenómenos jurídicos que tienen lugar en las diferentes jurisdicciones, tradiciones y culturas.¹²

La Parte II del trabajo presente intenta aclarar y, en la medida de lo posible, modificar, esta tesis general en referencia a los cuatro temas que normalmente se plantean en los debates. Posteriormente, en la Parte III, intentaré concretar la idea de una teoría general renovada del derecho con algunos ejemplos.

IIa. LA IMPORTANCIA DE LA “GLOBALIZACIÓN”

Imparto un curso llamado “Globalización y Derecho”. En la primera clase prohíbo a mis alumnos todas las “palabras que empiezan por g” —“global”, “globalizado”, “globalización”, etc. No obstante, hay dos excepciones a esta norma: la primera, que para la gran parte del curso adoptaremos una perspectiva global; la segunda, que cualquier estudiante puede usar una “palabra que empiece por G” siempre que pueda justificar su utilización en un contexto determinado y pueda demostrar que lo ha hecho con precisión y claridad.

Hay dos motivos para esta norma. El primero es obvio: “las palabras que empiezan por g” son ambiguas y tienden a utilizarse de manera muy vaga. Se abusa de ellas de muchas formas, a menudo como parte de generalizaciones que son falsas, exageradas, engañosas, sin sentido, superficiales, etnocéntricas, o un

12. Citado de *GLT*, pág 252.

poco de todo.¹³ Esto se puede ver claramente en las conversaciones sobre derecho global, gobierno global, bufetes globales de abogados, etc.

El segundo motivo es especialmente relevante para los juristas: la bibliografía sobre globalización tiende a pasar directamente de lo puramente local o nacional a lo mundial, y deja de lado todos los niveles intermedios. También es tentador aceptar que los diferentes niveles de relaciones y ordenamientos están cuidadosamente hilados en una jerarquía de círculos concéntricos que van desde lo más local hasta más allá del espacio exterior, pasando por lo subestatal, lo regional, lo continental, las relaciones Norte-Sur y lo mundial. Pero el panorama es mucho más complicado: hay imperios, alianzas, coaliciones, diásporas, redes, rutas y movimientos comerciales; “sub-mundos”, como el del derecho común, el mundo árabe, el mundo islámico y el Cristianismo; grupos especiales de poder, como el G7, el G8, la OTAN, la Unión Europea, la Commonwealth, las multinacionales, las mafias, y otras organizaciones y redes no gubernamentales. Todos ellos trascienden toda jerarquía vertical simple, y se solapan e interactúan entre ellos de forma compleja. Es muy importante que los juristas sean conscientes de la importancia de los límites, las fronteras, las jurisdicciones, las relaciones que surgen de los tratados y las tradiciones jurídicas.

Incluso a pesar de ser una categorización geográfica muy escueta y de no dar referencias históricas, la prohibición de las palabras que empiezan por *G* es un claro mensaje de complejidad. También hace hincapié en la idea de que, en lo que se refiere a los complejos procesos que están haciendo a los individuos, a los grupos y a los pueblos cada vez más interdependientes, gran parte de la transnacionalización del derecho y de las relaciones jurídicas está teniendo lugar en un nivel sub-mundial. Además, existen también procesos y relaciones locales y transnacionales que, en mayor o menor medida, pasan por encima del Estado. Entre ellos, podemos mencionar Internet, las redes de ONG, y gran parte de las relaciones internas y externas de las grandes empresas.

El objetivo de esta prohibición de las “palabras que empiezan por *g*” no es dar la impresión de que los procesos que de forma general se incluyen en el saco de la “globalización” no sean importantes; más bien, lo que se pretende es advertir que si adoptamos una perspectiva global a la hora de estudiar y teorizar sobre el derecho, debemos centrar nuestra atención en todos los niveles de las relaciones y los ordenamientos, no sólo en la típica trilogía de lo mundial, lo local y lo nacional, por muy importante que ésta sea.

He escrito extensamente sobre algunas de las consecuencias de la “globalización” (en sentido amplio) para la teoría jurídica.¹⁴ No volveré, por tanto, a tratar esta cuestión, aunque sí que mencionaré dos ideas que están directamente relacionadas con el tema de la ponencia. Ambas hacen referencia al derecho como

13. Twining (2001).

14. *GLT*.

una disciplina académica que ha sido institucionalizada en lo que generalmente se denomina “Occidente”.

En los últimos 150 años, el derecho académico, los estudiosos del derecho, la enseñanza del derecho y la teoría jurídica se han centrado en el derecho interno de los Estados-nación. Esto ha sido así no sólo en el derecho sustantivo y procesal, sino también en temas relacionados. El derecho comparado ha estado, al menos hasta hace poco, dominado por la “tradición occidental y nacional”, que mayormente ha tratado de las comparaciones del derecho privado en los sistemas “primigenios” del derecho común y del derecho civil.¹⁵ La tradición más abierta de los “Grandes Sistemas” ha sido a menudo criticada por falta de rigor y simplicidad. En la teoría jurídica, los casos en que los juristas occidentales han ido más allá del derecho interno de los Estados han sido muy excepcionales: en la tradición anglo-estadounidense, casi todos los juristas canónicos, positivistas y no positivistas, desde Bentham y Austin hasta Dworkin, Raz y Duncan Kennedy, han tratado del derecho interno del Estado. Las escasas excepciones, como Ehrlich, Maine y Llewellyn¹⁶ se han considerado generalmente secundarias. En los últimos tiempos, los principales teóricos normativos, especialmente Rawls y Dworkin, han retrocedido claramente a una especie de particularismo. Dworkin afirma que las “teorías interpretativas abordan por su propia naturaleza una cultura jurídica determinada, que es por lo general la cultura a la que pertenecen los autores”.¹⁷ Rawls hace una restricción similar en el caso de las sociedades liberales o, al menos, respetables;¹⁸ incluso los estudios socio-jurídicos y la sociología del derecho se han centrado, prácticamente desde su comienzo y casi de forma exclusiva, en el derecho interno de sus propias “sociedades”.

Podemos apreciar una situación parecida en la Europa continental. El fenómeno es conocido, bien documentado, poco extraño y, en gran medida, está perfectamente explicado. De forma general, una razón para esto es que, especialmente en la tradición del derecho consuetudinario, la cultura del derecho académico ha estado “centrada en sus actores” y, al menos recientemente, la formación y la práctica jurídica profesional (por parte de jueces, fiscales y profesionales en el ámbito privado) ha estado prácticamente orientada al derecho nacional. En el contexto actual, una de las consecuencias más importantes de esto es que casi todos nuestros conceptos y teorías son también relativamente locales o, al menos, están encaminados hacia una única tradición jurídica. De hecho, casi todos los conceptos jurídicos, incluida gran parte de los “conceptos jurídicos fundamentales” sobre

15. Edge (2000).

16. Los analistas estadounidenses tienden a considerar a Llewellyn como un realista jurídico y un jurista comercial, pero restan importancia a su “teoría de las tareas del derecho” (*the law jobs theory*), que es considerada como probablemente su aportación más significativa por parte de los juristas europeos. Véase Drobnič (ed.) (1994).

17. Véase, por ejemplo, Dworkin (1986), 102.

18. “Los objetivos de la filosofía política dependen de la sociedad a la que están dirigidos” (“The Idea of an Overlapping Consensus” Rawls, reedición (1999), 421. Cf. *idem*, 306-7).

los que se han centrado los juristas analíticos son “conceptos populares”.¹⁹ Unos de los principales retos de la teoría analítica general del derecho es la aclaración y elaboración de conceptos analíticos que “se puedan mover” por las diferentes tradiciones y culturas jurídicas.²⁰

La segunda idea es que la adopción de una perspectiva “global” puede fomentar las tendencias reduccionistas —búsqueda de universales, elaboración de grandes teorías generales, y una tendencia a destacar lo mismo en lugar de lo otro. Tales tendencias son especialmente visibles en el movimiento generalizado de armonizar, normalizar y homogeneizar las leyes.²¹ En 1977 se inauguró el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social bajo el solemne título de “Una Teoría General del Derecho para la Era Moderna”. Dicha teoría no tuvo lugar. Mi contribución, titulada “El Gran Bazar Jurídico”, fue vista como una sátira del título principal y hacía hincapié en la riqueza, el pluralismo y la complejidad del legado mundial de la teoría del derecho.²² Yo no soy un particularista extremo, pero considero que hay que tener muy presente que, en el tipo de teoría de que estamos tratando aquí, los problemas que puede causar la generalización de los fenómenos jurídicos —conceptual, normativa, empírica y jurídicamente— son los problemas fundamentales de una nueva teoría general del derecho.

Al prohibir en clase las “palabras que empiezan por g”, hago una excepción general. Animo a los estudiantes a adoptar una perspectiva global como punto de partida para abordar los temas del curso. El establecimiento de un marco general es principalmente útil para poder contar así con un contexto en estudios más específicos. Las grandes teorías sintetizadoras, como la explicación de las tradiciones jurídicas de Glenn, o las teorías organizadoras como la de Tamanaha también tienen su utilidad. Constituyen ejemplos de la función de síntesis de la teoría del derecho. También pueden tener gran valor a la hora de intentar elaborar un atlas histórico del derecho para todo el mundo —tarea en la que mis propios esfuerzos sólo han conseguido ilustrar algunos de los obstáculos ante los que nos podemos encontrar al emprender una tarea tan enorme; a saber, la multiplicidad de niveles en las relaciones y ordenamientos humanos, los problemas de distinguir los diferentes sistemas jurídicos y normativos, la complejidad y variedad de los fenómenos que se tratan en nuestra disciplina y el relativo poco desarrollo de conceptos y datos necesarios para elaborar dicha panorámica general.²³ El hecho de adoptar una perspectiva mundial también ayuda a conocer el grado de nuestro

19. Sobre el número reducido de conceptos tratados por los juristas analíticos del siglo XIX, véase *GLT*, cap.2.

20. Este es el tema central tratado en Twining (2005). Sobre algunas de las dificultades metodológicas, véase Glenn (2004) 44-51.

21. Se puede encontrar una crítica contundente de la tendencia de conceder prioridad a lo mismo en lugar de a lo otro en Legrand, en Legrand y Munday (2003).

22. (1979) reeditado en *GJB*, cap. 11.

23. *GLT*, cap. 6. Cf. Woodman (2004), sobre la “imposibilidad” de elaborar un mapa del derecho.

desconocimiento colectivo. Por muy cosmopolita que se vuelva nuestra disciplina, la mayor parte de la atención se centrará en cuestiones específicas. Los juristas y los estudiosos del derecho no pueden vivir sólo de abstracciones.

Resumiendo, es posible que no podamos suprimir por completo de nuestro vocabulario las palabras que empiezan por *G* —pues ciertamente, hay algunos fenómenos y temas que son genuinamente globales. Pese a ello, el discurso de lo *Global* tiende a ser reducido y bastante rígido. Una perspectiva global puede ser útil a la hora de establecer un contexto amplio y presentar panorámicas y mapas generales. Pero, siempre que oigamos “una palabra que empiece por *G*”, deberíamos detenernos y pensar: ¿se está utilizando en este contexto correctamente o es exagerada, superficial, engañosa, simplista, etnocéntrica, falsa o, simple y llanamente, sin sentido?

IIb. “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO”

Con el término “teoría general del derecho”, ocurre algo parecido al uso desmedido de “global”. En este contexto, “general” tiene, al menos, cuatro acepciones: a) Abstracto, como en *théorie générale du droit*. b) Universal, en cualquier tiempo y lugar. c) Generalizado, geográfica y temporalmente. d) Más de uno, hasta el infinito.

La distinción que se hace en inglés entre teoría general y particular del derecho no se usa con la misma frecuencia en la Europa continental. Mark van Hoecke, en su libro *What is Legal Theory?*, estudia la historia de las concepciones civiles del término “teoría general del derecho” (*théorie générale du droit, allgemeine rechtslehre*) y se centra en los altibajos de una subdisciplina que intentó establecerse entre la filosofía del derecho abstracta y la dogmática del derecho.²⁴ La ciencia jurídica alcanzó su paroxismo antes de la Segunda Guerra Mundial, en la *Revue Internationale de la théorie du droit*, editada por Kelsen, Duguit y Weyr. En esta interpretación, el término “filosofía del derecho” es abstracto y metafísico, lejano a la realidad de los sistemas jurídicos. La “teoría general del derecho” era empírica y se dedicaba al análisis de sistemas jurídicos reales con un grado relativamente alto de generalidad. En este contexto, “general” hace referencia al nivel de abstracción, más que al alcance geográfico y la “teoría general del derecho” se interpreta como una teoría de rango intermedio. Por otra parte, en la tradición analítica inglesa, “general” hacía referencia a la dimensión espacial. Bentham, por ejemplo, distinguía entre teoría del derecho universal y local. Austin distinguía entre la teoría general del derecho propia de los sistemas más avanzados y la teoría del derecho que subyace bajo un sistema jurídico concreto.

Por tanto, hemos de definir “generalidad” respecto de los niveles de abstracción, del alcance geográfico y de la extensión. La telefonía móvil o Internet

24. Van Hoecke (1986).

tienen un gran alcance geográfico, sin ser abstractos. Los teléfonos móviles son numerosos. El concepto neerlandés de *bileid* (billete), por lo que yo entiendo, es bastante abstracto pero muy local.²⁵ A menudo, sin embargo, la generalización conlleva abstracción.

Durante el siglo XIX, los juristas ingleses asumieron que la teoría del derecho era general. La tradición del derecho natural tendía a universalizar. Bentham desarrolló una ciencia de la legislación universal. Austin, más cauto, desarrolló una teoría general y analítica del derecho, para las naciones más avanzadas. Holland alegaba que la teoría general del derecho era una ciencia y, por tanto, debía ser general. Las máximas figuras de la Escuela Histórica, como Maine, se anticiparon a las rompedoras generalizaciones darwinianas acerca del derecho y el cambio social.²⁶ Sin embargo, en los albores del derecho como disciplina académica, en Inglaterra y EEUU, se prestó atención a algo más concreto. Ello se debió, en parte, a que el estudio de las concepciones fundamentales del sistema jurídico propio se consideraba más práctico y relevante para la totalidad del plan de estudios. Austin, Pollock, Gray y otros autores se centraron a propósito en la práctica. También hubo signos de un relativismo jurídico tácito, del que es ejemplo W. W. Buckland.²⁷

En el siglo XIX, los partidarios de la teoría general del derecho, influidos por los modelos científicos de investigación (por ejemplo, el darwinismo) y por el universalismo de la ética (el utilitarismo y el derecho natural), tendieron a dar por sentada la universalidad de sus teorías. Hoy por hoy, sin embargo, los alegatos de universalidad y generalidad se han de considerar problemáticos. Una de las cuestiones centrales de una teoría general del derecho reavivada debería ser la siguiente: ¿Hasta qué punto es viable, deseable y pertinente generalizar las tradiciones y las culturas legales conceptual, normativa, empírica y jurídicamente? ¿Hasta qué punto los fenómenos jurídicos son específicos de cada contexto y cultura? Si se considera que la generalización es problemática, la acepción (d) puede revelarse como la más útil, dada su flexibilidad.

Mientras que Bentham y otros juristas del siglo XIX equipararon los términos “general” y “universal” (b),²⁸ Austin y otros autores restringieron explícitamente el alcance de sus teorías a sociedades “avanzadas” o “maduras” (c). Lo mismo hicieron Hart y sus seguidores, al estudiar el derecho del Estado moderno como un paradigma de la casuística. El alcance geográfico de una generosa porción del discurso jurídico contemporáneo es asombrosamente indeterminado.²⁹ El término

25. Blankenburg y Bruinsma (1994).

26. Para más información, véase *Globalization and Legal Theory*, cap. 2.

27. *Ibid.*

28. La concepción que tiene Tamanaha de la teoría general del derecho tiende a universalizar: “La habilidad de recabar información de *todo* tipo de escenarios sociales, de todo sistema jurídico estatal y de otros tipos de derecho es precisamente lo que califica esta propuesta de teoría general del derecho”. (Tamanaha, 2001, 233).

29. *Globalization and Legal Theory*, cap. 2. Por ejemplo, en ocasiones, es difícil saber con seguridad si la teoría del fallo judicial de Dworkin se centra en el derecho federal estadounidense, el derecho estadounidense, el derecho anglo-estadounidense o el derecho común.

“general”, en sus acepciones (c) y (d), es una categoría relativa y flexible, al contrario que los términos “mundial” y “universal”.³⁰

En el siglo XIX, el término “teoría particular del derecho” hacía referencia al estudio de los conceptos y supuestos de un sistema jurídico, y el término “teoría general del derecho” hacía referencia al estudio de dos o más sistemas jurídicos, avanzados o “civilizados”. La teoría universal del derecho venía a ser como la teoría mundial del derecho, pero quedaba restringida al derecho de los Estados-nación soberanos. La generalidad y la universalidad son cuestiones relativas. La globalización tiene implicaciones para el derecho y su estudio, pero eso no implica que lo necesario sea una teoría mundial del derecho, si eso conlleva estudiar el derecho exclusiva o fundamentalmente con una perspectiva global. Eso sería acortarlo demasiado. El viejo término “Teoría General del Derecho” es más amplio y flexible que el término “global”. Aquí, emplearé el término “teoría general del derecho” para referirme al estudio teórico de dos o más tradiciones, culturas u órdenes jurídicos —incluidos los que pertenecen a la misma familia o tradición jurídica³¹— desde el micro-comparativo al universal.³²

¿Cómo es que hablo de “reavivar” la teoría general del derecho, si hay juristas contemporáneos de renombre, como Hart y Raz, que afirman estar haciendo “teoría general del derecho”? Mi respuesta es que, si bien gran parte de su trabajo vale como ejemplo de teoría general del derecho, su concepción de la “teoría general del derecho” es muy restringida, pues la limitan al derecho del Estado visto con la perspectiva occidental. Mi concepción es mucho más amplia que la suya y, además, nos devuelve a una época en que juristas tan dispares como Bentham, Austin, Maine, Holland y los defensores del derecho natural, se interesaban en distintos aspectos de la “teoría del derecho”. En sí, la etiqueta carece de importancia, aunque, en ocasiones, se ha usado mal. Además, los juristas contemporáneos que por regla general teorizan sobre el derecho son una excepción, pues la mayor parte de la teoría de la tradición anglo-estadounidense se limita a los sistemas jurídicos de los Estados occidentales, sobre todo, de EEUU y del Reino Unido. Por último, mi concepción de la teoría general del derecho pretende desafiar a las tendencias, a menudo latentes, que proyectan preconcepciones etnocentristas o provincianas hacia tradiciones, culturas y órdenes jurídicos no occidentales.

30. *GJB*, 338-41.

31. Este trabajo aborda, fundamentalmente, la forma de teorizar en diversas culturas y tradiciones jurídicas. Sin embargo, la comparación y la generalización *dentro de* una cultura o tradición jurídica dada también puede ser problemática y, por norma general, los juristas de derecho comparado las han descuidado. Sobre el derecho consuetudinario comparado, véase *Globalization and Legal Theory*, 145-48.

32. Esta concepción tiene cierta afinidad con su uso del siglo XIX, pero se diferencia de él en tres sentidos. 1) Considera la generalización de los fenómenos jurídicos como problemática. 2) Toma en consideración todos los niveles del orden jurídico, no sólo el derecho nacional y el derecho internacional público. 3) Sitúa los fenómenos del pluralismo jurídico y normativo en el centro de la teoría del derecho.

IIC. TEORÍA DEL DERECHO, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

Los términos “teoría del derecho”, “ciencia jurídica” y “filosofía del derecho” no tienen significados unívocos, ni en la tradición anglo-estadounidense ni en la europea continental.³³ Aquí, utilizaré los términos “teoría del derecho” y “ciencia jurídica” como sinónimos y, con el término “filosofía del derecho”, haré referencia a una parte —la más abstracta— de la teoría del derecho. La teoría del derecho es, pues, la parte teórica del derecho, una disciplina que cumple una serie de tareas y funciones para el bienestar del derecho.³⁴ Una cuestión teórica no es ni más ni menos que una pregunta planteada con un nivel relativamente alto de abstracción. Algunos temas, como las teorías de la justicia, las cuestiones metafísicas, la epistemología o la metaética pertenecen exclusivamente a la filosofía del derecho. Algunas preguntas, como la de qué constituye un argumento convincente en el contexto de un fallo judicial, son, en parte, filosóficas, pues atañen a la naturaleza del razonamiento, pero también implican elementos en los que los filósofos no son expertos, como son la distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, y la naturaleza del fallo judicial.³⁵ No se puede dar por sentado que los tribunales y jueces están institucionalizados de la misma manera en los Países Bajos e Inglaterra, y mucho menos en la totalidad del planeta.³⁶ No se puede esperar de los filósofos que arrojen mucha luz sobre estas cuestiones; y, sin embargo, las teorías sobre los fallos judiciales y la legislación son una parte importante de la teoría general del derecho.

Herbert Hart afirmaba que las fronteras que dividen los problemas de las distintas ramas de la ciencia jurídica y los problemas de la filosofía del derecho son difusas.³⁷ Asimismo, decía que de poco sirve establecer las distinciones tradicionales entre filosofía del derecho, teoría del derecho (general y particular) y ciencia jurídica.³⁸ Estoy de acuerdo con su primera afirmación, pero disiento de la segunda por varios motivos. Ante todo, en los últimos años, se ha tendido a considerar que la filosofía del derecho y la teoría del derecho tenían el mismo alcance. Esto se debe a la tendencia a centrarse exclusivamente en las cuestiones más abstractas y descuidar otras cuestiones menos abstractas, pero importantes.

33. Para más información, véase Twining (2003).

34. Tratado anteriormente.

35. Si descendemos un nivel en la abstracción, aumenta la necesidad de conocimiento local. Por ejemplo, la pregunta de qué constituye un argumento válido, convincente y apropiado en el fallo judicial, en el derecho común británico, requiere un conocimiento más detallado de los contextos cultural e institucional, sobre todo, si la pregunta se refiere a un tribunal en concreto (la Cámara de los Lores, el Tribunal de la Corona), a un juez específico o a un caso en particular.

36. Los tribunales, los fallos judiciales y los jueces, como conceptos analíticos, son problemáticos (*Globalization and Legal Theory*, 65). Véase Shapiro (1981), que hace un valioso intento de desarrollar una teoría general del fallo judicial.

37. Hart (1967).

38. *Ibid.*

Igualmente, se ha tendido a criticar a todos los juristas en lo referente a la filosofía.³⁹ Ahora bien, no todas las cuestiones de la ciencia jurídica son exclusiva o principalmente filosóficas, y no todos los juristas son filósofos.

La idea de que existen cuestiones y conceptos de importancia filosófica puede salvar la brecha entre el derecho y la filosofía, pero también puede desviar la atención, y alejarla, de conceptos y temas importantes desde el punto de vista de la teoría del derecho.⁴⁰ La justicia, los derechos, las reglas, la causalidad y las razones son ejemplos conocidos de conceptos que competen a la teoría del derecho y que son de interés filosófico. La tradición, la cultura, la institución, la corrupción y la tortura podrían ser de interés filosófico, pero aún no han recibido la atención que merecen. Sin embargo, hay otros conceptos a los que podrían beneficiar los métodos de deducción conceptual desarrollados por filósofos analíticos, incluso si no suscitan cuestiones de importancia filosófica, como, por ejemplo, los conceptos de jurista, litigio, tribunal, jurisdicción o la falta de protección jurídica.⁴¹

En los años 50, la reavivación de la estrecha relación entre la teoría del derecho y la filosofía analítica, de la que Herbert Hart fue artífice, ha llevado a un extenso trabajo que ha hecho una gran aportación a la tarea de comprender el derecho. Además del trabajo personal de Hart acerca de la teoría del derecho, general y particular o especial, entre sus sucesores se cuentan figuras muy destacadas, como Dworkin, Finnis, MacCormick y Raz, por citar a los más celebres. Si bien algunos de los debates sobre el positivismo parecen haber rayado en la obsesión y parecen haber quedado en riña, Brian Leiter nos ha recordado las aportaciones de la siguiente generación de filósofos analíticos en una amplia gama de temas.⁴²

En los cincuenta años que han seguido a la ponencia inaugural de Hart, ha habido mucho que celebrar, no sólo la abundante y sofisticada bibliografía, sino también la configuración de una comunidad interdisciplinaria, animada y flexible, que incluye a filósofos interesados en el derecho, a juristas interesados en una o más áreas de la filosofía, a estudiosos de ambas disciplinas y a filósofos que

39. V. gr. Leiter (1997) (revisión de Neil Duxbury *Patterns of American Jurisprudence*).

40. *GJB*, 569-71.

41. Por ejemplo, los problemas de la elaboración de categorías analíticas adecuadas para la comparación de profesiones jurídicas y la educación jurídica han acaparado por completo las discusiones sobre estos temas. En un estadio mucho más mundano, parece probable que el subdesarrollo de estadísticas globales e internacionales acerca de los fenómenos jurídicos se deba, en parte, a la falta de conceptos normalizados y apropiados para este propósito. *Globalization and Legal Theory*, 153-57.

42. Leiter (2004). Leiter incluye la teoría del derecho penal, los pilares morales y conceptuales del derecho privado, la definición de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica abstracta (autoridad, motivos, reglas y convenciones), la reanimación de la teoría del derecho natural y una introducción a las implicaciones de la filosofía del lenguaje, la metafísica y la epistemología, respecto de cuestiones tradicionales de filosofía del derecho y de exploraciones de las bases de varios campos de derecho sustantivo y adjetivo (ídem 166-70). Se podría añadir una extensa bibliografía a caballo entre la ciencia política y la jurídica, especialmente acerca de la teoría de la democracia liberal, y algunas aportaciones excelentes a la historia intelectual, también muy relacionada con la obra de Bentham.

han trabajado para aprender de derecho local lo suficiente como para que se los considere juristas honorarios. Por tanto, hay toda una fuente, grande y variada, de talento, preparada para hacer frente a cuestiones frescas.

A pesar de los numerosos logros, en los últimos años, ha ido aumentando el sentimiento de descontento con el modo dominante de la filosofía analítica del derecho, dentro y fuera de su restringido círculo. Es un asunto complicado, porque las críticas provienen de distintos focos, las razones son variadas y algunas de las polémicas más caldeadas han acabado en ataques personalizados. Aquí, me limitaré a presentar dos quejas comunes: (1) Que la filosofía del derecho se ha alejado demasiado de los estudios jurídicos ordinarios y de la práctica jurídica. (2) Que el orden de temas en que se centra la corriente dominante de los filósofos analíticos es demasiado estrecho de miras.

He de añadir que se trata de dos críticas vehementes, pero que hay signos esperanzadores que apuntan a que estamos entrando en una nueva era.

a) *La filosofía del derecho pierde contacto con la práctica jurídica y el estudio del derecho.* Esta acusación conecta, principalmente, con los continuos debates sobre el positivismo, fundamentalmente el debate entre Hart y Dworkin, y las discusiones que provocó el epílogo de Hart en *The Concept of Law*. Durante muchos años, numerosos estudiosos del derecho se han quejado de que tanta teoría arroja poca luz a su investigación. Desde su punto de vista, gran parte de la filosofía del derecho es ahora muy abstracta, esotérica y, quizá, demasiado sofisticada como para poder contribuir a la salud de la disciplina. En resumidas cuentas, la filosofía del derecho analítica se ha convertido en un tema aparte.⁴³

Algunas de estas preocupaciones se manifestaron en un punzante ataque de Ronald Dworkin a los últimos escritos positivistas, de los que son ejemplo Jules Coleman y Joseph Raz.⁴⁴ Su acusación central es que los positivistas simpatizan con una concepción del derecho, no por su atractivo inherente, sino porque les permite considerar la filosofía del derecho como una disciplina autónoma, independiente y analítica.⁴⁵ Apenas intentan relacionar su filosofía del derecho con la filosofía en general o con la práctica jurídica sustantiva, el estudio del derecho o la teoría del derecho.⁴⁶ Según Dworkin, este tipo de trabajo es estrecho de miras, ascético, tolemaico y parecido a la filosofía escolástica.⁴⁷ Opone esta actividad estéril e ingenua al “carácter decididamente aplicado y terrenal de lo que yo realmente decía”.⁴⁸

43. Cf. MacCormick y Twining (1986).

44. Dworkin (2002) *Thirty Years On* (revisión de Coleman —2001—). En esta obra, el autor había atacado a Dworkin.

45. Ídem 1656.

46. Ídem 1678.

47. Ídem *passim*.

48. Ídem 1687.

Brian Leiter, en una contestación igual de punzante y no menos personal —a pesar de admitir que no lo conoce—, descalifica a Dworkin como chiflado, profundamente inverosímil y totalmente irrelevante para algunas áreas vívidas de la filosofía del derecho que Dworkin ha ignorado.⁴⁹

Dworkin acusa a los filósofos positivistas del derecho, como Coleman y Raz, de haberse separado del estudio del derecho y de la práctica jurídica. En un ensayo reflexivo titulado “Treinta años fuera de tema”, Andrew Halpin comulga con las duras críticas de Dworkin, las extiende a Leiter en lo tocante al divorcio respecto de la práctica jurídica, y va más allá al argumentar que Dworkin no está más en contacto con la práctica jurídica que sus rivales.⁵⁰ El punto central es que tanto Dworkin como Raz han preferido centrarse en una sola característica de la práctica jurídica y, por eso, no dan testimonio de la verdadera práctica, sino de una perspectiva teórica de lo que el derecho debería ser si se compartiera la perspectiva del teórico.⁵¹

Lo visceral de estos intercambios mordaces es más revelador que su contenido intelectual. Se pueden interpretar como un síntoma del sentimiento creciente de que algunos dominios de la filosofía del derecho están estancados, y se necesita experimentar nuevas direcciones. Mi argumento es, en parte, que los retos de la globalización presentan muchas oportunidades para esto.

b) Estrechez de miras. Las acusaciones de estrechez de miras contra la teoría analítica del derecho vienen de tiempo atrás. Pueden referirse al tema de estudio, a la concepción del derecho o al alcance geográfico. Las tres son relevantes en el presente contexto.

La tesis central de este trabajo es que, conforme la disciplina del derecho se hace más cosmopolita, la teoría del derecho, que es su parte teórica, ha de ampliar su alcance geográfico y tener más en cuenta las tradiciones jurídicas no occiden-

49. Leiter (2005).

50. Halpin (2005).

51. “La elección de Dworkin de un argumento normativo esquiva claramente el particular error de Raz, pero, de forma más sutil, comete el mismo error de basar la metodología de su teoría en una característica artificialmente aislada de la práctica jurídica. Mientras que Raz excluyó las controversias de la práctica de su empresa teórica, al insistir en una metodología que evitase los argumentos morales, Dworkin se muestra abierto a los argumentos normativos o morales. Sin embargo, también Dworkin evita las controversias de la práctica. Lo hace al desviar su metodología para construir una teoría del argumento normativo que proporcione razones concluyentes y de peso para el reconocimiento de las determinaciones particulares de las relaciones sociales, es decir, para enunciar una teoría coherente que proporcione la respuesta correcta en cada caso establecido y futuro. La tarea de Dworkin es igualmente especulativa, por cuanto busca una teoría del derecho que proporcione una determinación de peso de cada ejemplo de cada relación social, lo cual también se desvía, en otra dirección, de la práctica jurídica, como Raz. Raz parte de las controversias de la práctica para una exposición teórica del derecho sin controversia moral. Dworkin parte del destino teórico donde se resuelve toda controversia moral” (ídem pág. 20). Comparto el núcleo de la crítica de Halpin, pero me confunde su concepción de la “práctica jurídica”.

tales, una gran cantidad de fenómenos jurídicos, y distintos niveles de relaciones y órdenes jurídicos y normativos.

Durante muchos años, he argumentado que Herbert Hart y sus partidarios revolucionaron los métodos de la teoría analítica del derecho, si bien aceptaban sin juicio crítico el orden de cuestiones que habían heredado, el cual, a su vez, se fundaba en una concepción limitada del derecho, centrada en la doctrina jurídica y sus presupuestos.⁵² Aunque consideraban que el derecho era un fenómeno social, su trabajo se llevó a cabo de forma casi totalmente aislada respecto de la teoría social y de los estudios socio-jurídicos, con escasa preocupación manifiesta por el derecho en acción.⁵³ Así, por ejemplo, el propio Hart siguió centrándose, casi exclusivamente, en los conceptos de la doctrina jurídica o sus presupuestos (“discurso jurídico”), pero apenas se centró en los conceptos de “la discusión sobre el derecho”, como el debate, la función, la institución, el orden, etc., que necesitaban el mismo tipo de aclaración conceptual y se prestaban a ella.⁵⁴

En ocasiones, he sugerido que el famoso alegato de que *The Concept of Law* era un ensayo de sociología descriptiva se podía interpretar como un gesto de paz que ofreció Hart a los estudios socio-jurídicos.⁵⁵ Recientemente, Nicola Lacey y David Sugarman me han convencido de que esta interpretación es históricamente incorrecta pues, en casi toda de su carrera, Hart tuvo ese prejuicio típico de Oxford contra la sociología.⁵⁶ Sin embargo, el argumento es analíticamente correcto, pues la definición conceptual es igual de importante para la investigación científica social que para la exposición jurídica, y los métodos de análisis conceptual desarrollados por la filosofía analítica son aplicables a conceptos importantes de los estudios socio-jurídicos y de las ciencias sociales en general.

Recientemente, Nicola Lacey ofreció una explicación más fundamental de por qué la filosofía analítica del derecho más contemporánea ha acotado tanto su

52. Twining (1979) (reimpreso en *GJB*, cap. 4).

53. Ídem 561 (*GJB*, 73).

54. Ídem 578-9 (*GJB*, 90-91).

55. Twining (1997) 168-69; (2005) n. 27.

56. Lacey (2004), 230-31, 260-61, 322; Sugarman (entrevista) (próximamente, 2005). En algunos contextos, los términos “sociología del derecho”, “teoría sociológica del derecho”, “derecho y sociedad” y “estudios socio-jurídicos” pueden sugerir que la única o la principal relación importante entre el derecho y la ciencia social es con la sociología. Se trata de un error. Por ejemplo, en el Reino Unido, el término “estudios socio-jurídicos” se acuñó originalmente para fines burocráticos, para designar el tipo de cuestiones multidisciplinares acerca del derecho que merecían fondos públicos en relación con una investigación que implicara perspectivas, métodos o conceptos de cualquiera de las ciencias sociales. Cada una de estas disciplinas tiene sus propias relaciones externas, enemistades, tradiciones, modas, historia y cultura, todas ellas complejas. Su relaciones con el derecho son, de igual manera, complejas. Eso lo entendieron bien los que trabajan en la investigación socio-jurídica; pero esta diversidad, en ocasiones, se ha oscurecido en el nivel de la teoría. En aquellos círculos en los que la sociología goza de poca consideración, esta combinación de sociología y ciencias sociales se puede usar como un tipo no muy sutil de desprecio. (Véase Lacey (2004) 149-50, 185, 260-1; cf. Nagel —2005—).

estudio.⁵⁷ Hart concebía que su trabajo provenía de una comunidad filosófica que limitaba sus propias fronteras.⁵⁸ Hart estudió las cuestiones filosóficas de distinta manera que las cuestiones sociales e históricas, y rechazó toda idea de continuidad entre ellas. Le importaban relativamente poco las críticas históricas y sociológicas de *The Concept of Law*, porque suscitaban cuestiones distintas de a las que él se había propuesto responder. Por eso, las dimensiones del “hecho social” de *The Concept of Law* no se entendieron bien. Joseph Raz y otros autores siguieron a Hart en su intento de mantener una distinción tajante entre las cuestiones filosóficas y empíricas.⁵⁹ Consecuentemente, no aliviaron la tensión entre resaltar que el derecho es un fenómeno social y no considerarlo empíricamente.⁶⁰

Lacey sugiere que el dilema de intentar teorizar el derecho como si éste fuera normativo por naturaleza y estuviera, a la vez, basado en el hecho social se hace sentir especialmente en el contexto de la teoría particular o especial del derecho. En una discusión muy aguda de *Causation in the Law*, Lacey reconoce que esta meticulosa aplicación del análisis lingüístico a cientos de casos aclaró enormemente el concepto jurídico de causalidad y alimentó una crítica convincente del “minimalismo causal” de juristas americanos como Wechsler.⁶¹ Hart y Honoré proporcionaron información muy relevante del discurso de la causalidad en el derecho, pero no llevaron a cabo un análisis sistemático del contexto institucional, práctico y profesional en que se empleaba el lenguaje jurídico.⁶² Por tanto, los autores proporcionaron muy poca información de los distintos papeles sociales del contrato, la delincuencia y los daños. Analizaron el derecho como una doctrina, más que como una práctica social y, por ello, el derecho queda implícitamente poco representado, pues parece que se funda, real o idílicamente, en la metafísica:

57. Nicola Lacey, *Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited* (próximamente, 2005). Esta obra desarrolla los argumentos presentados por Lacey en su biografía de Hart.

58. Lacey (2005) 10.

59. Lacey lo atribuye a la distinción que hace Raz entre sistemas jurídicos momentáneos y no momentáneos. (Raz (1970), cap. VIII). La identidad de un sistema jurídico no momentáneo la determina, fundamentalmente, su contenido. La del sistema momentáneo, la determinan los criterios de identificación de patrones jurídicos mínimos. “Raz parece pensar que el análisis teórico social del derecho se puede separar limpiamente del analítico” (Lacey 2005, 46).

60. “Cuanto más rica sea la caracterización de la base social del derecho, sus formas institucionales, sus tipos de reglas, su papel y sus funciones, menos plausible será cualquier reivindicación teórica de universalidad. Y Hart, por supuesto, quiso mantener ese alegato de universalidad, así como su carácter descriptivo. Por esto, acabó con lo peor de ambos mundos. Por un lado, enunció una teoría cuyo compromiso con la dimensión del hecho social implicaba que reflejaba ciertos rasgos de institucionalismo, algo que de por sí comprometía la universalidad (su teoría, a fin de cuentas, encaja mejor en un orden jurídico estatal centralizado). Por otro lado, en su deseo de asegurar la universalidad, no pudo proporcionar ningún paradigma de la forma institucional del derecho” (Lacey, 2005, 16).

61. “El minimalismo causal defiende que no existe un concepto *sui generis* de causalidad en el derecho, más allá de la idea “fáctica” de causalidad como *sine qua non*... Al margen de esto... las decisiones sobre cómo atribuir la vinculación causal se basan en consideraciones políticas, como la eficacia, o consideraciones morales, como la culpa” (Lacey, 2004, 212).

62. Ídem 217.

una estructura moral o conceptual cuya validez trasciende el tiempo y el espacio.⁶³ Lacey también ilustra su tesis con referencia a la teoría de la responsabilidad de Hart, y con la base institucional y social de la responsabilidad penal corporativa.

Se ha de hacer hincapié en dos puntos de la postura de Lacey. En primer lugar, su tesis versa sobre “un compromiso general de teorizar el derecho como un fenómeno social”. Este argumento es independiente del argumento acerca de la necesidad de teorizar el derecho desde la perspectiva sociológica.⁶⁴ En segundo lugar, su tesis no es una mera afirmación de que el análisis lingüístico del discurso jurídico, aislado de su contexto social e institucional, es incompleto. Eso es incierto. Si *Causation in the Law* hubiese incluido más información sobre el contexto en que se usa el lenguaje jurídico, hubiese sido una obra muy distinta:

“Hubiese sido deseable que la obra tratase de cuestiones tales como los factores institucionales que limitan el alcance con que los jueces recurrirán a argumentos pragmáticos o éticos, es decir, su sensatez respecto de la necesidad de legitimar sus decisiones, su comprensión (propia del sistema) de su papel constitucional, etc. Como cuestión empírica, estos factores institucionales condicionan, no sólo el recurso a los principios en casos de causalidad, sino también el desarrollo de conceptos causales nuevos”.⁶⁵

Esta crítica de Lacey al intento de trazar una línea divisoria entre las perspectivas filosófica y social del derecho obtuvo una mordaz respuesta de otro filósofo, Thomas Nagel:

“Lacey parece saber muy poco de filosofía. El trabajo de Hart no es sólo un análisis del lenguaje doctrinal, sino también una aclaración filosófica de instituciones, prácticas, conceptos y formas de razonamiento y justificación, es decir, de los elementos más básicos y generales del derecho y la política. Hart es perfectamente consciente de la importancia de las instituciones y relaciones de poder, pero las cuestiones que trata no se pueden responder con un estudio social e histórico (...) Todos los filósofos buscan una comprensión que se consigue, primordialmente, mediante el razonamiento más que mediante la observación empírica, porque atañe a conceptos y métodos que nos permiten describir y pensar sobre lo observable. Estos enfoques y formas de entender no son excluyentes, sino que abordan distintas cuestiones y operan en distintos niveles de abstracción y generalidad”.⁶⁶

Nagel critica a Lacey por asociar la omisión que hace Hart del contexto práctico e institucional con las diferencias entre J. L. Austin y Wittgenstein.⁶⁷ Sin

63. Lacey (2005) 45; cf. Lacey (2000).

64. Ídem 44 n. 80. Cf. Cotterrell (1998).

65. Lacey (2004) 218.

66. Nagel (2005).

67. Si Lacey hubiese dicho que Wittgenstein habría llevado a cabo en realidad un trabajo empírico, ello sería engañoso, pero esto es algo que niega la autora (Lacey 2005, n. 39).

embargo, Nagel no entiende en absoluto la crítica de Lacey, que es que los conceptos jurídicos y la doctrina jurídica sólo se entienden en el contexto práctico e institucional de su uso, y que es probable que la información sobre la causalidad o la responsabilidad social de las empresas en derecho inglés sea incompleta e, incluso, engañosa si se omiten estos factores contextuales. Por el mismo motivo, es probable que una información abstracta sobre “el razonamiento jurídico” o “el fallo judicial” se generalice excesivamente, o sea imprecisa, si se pasan por alto las diferencias en el contexto institucional y otros contextos. La medida en que esos factores contextuales son homogéneos o uniformes, dentro de una misma jurisdicción y de una jurisdicción a otra, es empírica. Aquellos filósofos que deseen entender los fenómenos jurídicos han de proveerse a sí mismos de conocimiento local.

Durante muchos años, muchos de nosotros hemos defendido que el derecho, junto con la doctrina y los conceptos jurídicos, se han de entender en su contexto. Recientemente, ha habido signos alentadores de convergencia entre los enfoques socio-jurídico y analítico. Durante algún tiempo, muchos de los que apoyaban las perspectivas contextual y socio-jurídica abordaron la teoría analítica del derecho con hostilidad.⁶⁸ El desprecio fue mutuo.⁶⁹ Sin embargo, los humores parecen haber cambiado últimamente. Algunos importantes estudiosos de la ciencia jurídica y social, entre los que se cuentan Cotterrell, Griffiths y Roberts, han reconocido que *The Concept of Law* de Hart hizo una aportación significativa a la ciencia social.⁷⁰ Leiter ha reinterpretado el realismo jurídico en términos de la filosofía naturalista, una de cuyas versiones aborda la filosofía como continua con la investigación empírica en las ciencias sociales.⁷¹ Recientemente, Lewis Kornhauser ha elaborado un concepto sociológico de las estructuras de gobierno (de las que los sistemas jurídicos son una clase) que se inspira, explícitamente, en Hart. Especialmente significativo es el uso que hace Brian Tamanaha de las premisas positivistas de Hart como punto de partida de su teoría general del derecho socio-jurídica⁷² y el hecho de que algunos juristas analíticos hayan repasado con simpatía la obra de Tamanaha.⁷³

68. Las primeras críticas a Hart por parte de la ciencia social incluyen a Edgar Bodenheimer (1956) y B. E. King (1963). Ejemplos más recientes de hostilidad al positivismo analítico incluyen a Peter Fitzpatrick (1992) y Morton Horwitz (1997).

69. Lacey ilustra de forma muy gráfica las actitudes condescendientes de los filósofos de Oxford hacia los juristas en la época de la elección de Hart como jefe del departamento de Teoría del Derecho. Lacey (2004), 149-50. Al parecer, se esperaba que Hart colonizara, educara y mejorara el derecho académico.

70. V. gr. Cotterrell (1998), Roberts (1998), (2005), Griffiths (2003).

71. Leiter (1997) (2001) y (2004).

72. Tamanaha (1997) (2001).

73. V. gr. Bix (1995) y (2000). Kenneth Himma lo aconseja sin reservas, tanto a los filósofos del derecho como a los sociólogos. (Himma 2004: 18). Cf. Twining (2003) [Cotterrell sobre el movimiento sociológico].

IID. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO NO ESTATAL

En el siglo XX, el grueso de la ciencia jurídica y del estudio del derecho de Occidente se ha centrado en el derecho interno de los sistemas jurídicos estatales y, algunas veces, en el derecho internacional público, limitado al derecho que regula las relaciones entre Estados (“el dúo westfaliano”). Hart, Rawls, Kelsen y Raz son ejemplos de esta perspectiva. Las principales excepciones las representan los antropólogos del derecho y otros estudiosos que han hecho hincapié en la importancia del pluralismo jurídico. Recientemente, algunos juristas interesados en las implicaciones de la mundialización, entre los que se cuentan Glenn, Santos, Tamanaha y Twining, han aportado argumentos a favor de ampliar las concepciones del derecho para que incluyan, al menos, algunos ejemplos de “derecho no estatal”. Sin que sea de extrañar, esto ha encontrado oposición.

En el contexto inmediato, si consideramos nuestra disciplina y sus temas centrales desde una perspectiva mundial, geográfica e históricamente, mi argumento a favor de una concepción más amplia del derecho es que, si nos centramos exclusivamente en el derecho interno de los Estados-nación (o el dúo westfaliano), se excluye mucho de lo que debería competir al estudio del derecho. Una disciplina jurídica cosmopolita y razonablemente inclusiva ha de aunar todos los niveles de relaciones y órdenes, las relaciones entre esos niveles y todas las formas importantes de derecho, incluidos el derecho supranacional (por ejemplo, el internacional y el regional) y el derecho no estatal (por ejemplo, el derecho religioso, el derecho transnacional, el derecho diabólico, es decir, las tradiciones y costumbres) y varias formas de cuasi-derecho. La imagen de un derecho mundial que sólo se centre en el derecho interno de los Estados-nación y el derecho internacional público sería demasiado estrecha de miras, para muchos propósitos. Por ejemplo, es difícil justificar la omisión del derecho islámico u otras tradiciones importantes del derecho religioso de esa imagen. Sin embargo, incluir exclusivamente ejemplos de derecho o costumbres religiosas reconocidas oficialmente por Estados soberanos (pluralismo jurídico del Estado) sería muy engañoso.⁷⁴ Del mismo modo, considerar el derecho comunitario, la *lex mercatoria*, el arbitraje comercial internacional o todos los ejemplos de leyes pro derechos humanos como una subcategoría del derecho internacional público estira el concepto hasta resquebrajarlo, sin ningún beneficio.⁷⁵

74. Apenas suscita polémica decir que el reconocimiento del Islam o de otras religiones sólo si las reconocen Estados soberanos implica una distorsión clara. Sería raro aceptar la idea de una tradición jurídica judía, islámica o gitana, y negarse a hablar del derecho judío, islámico o gitano —pero se trata de una consecuencia lógica de pensar en el derecho como un sistema de reglas.

75. Una teoría del derecho del Estado como la de Hart proporciona un marco teórico inadecuado para nuestra disciplina conforme ésta se hace más cosmopolita, y se implica más en los múltiples niveles de las relaciones y del orden jurídicos. El concepto de derecho que tiene Hart no se ajusta fácilmente al derecho comunitario, el derecho internacional público contemporáneo, el derecho religioso, el derecho canónico, la *lex mercatoria* medieval y moderna, y mucho menos a otras formas de derecho tradicional y consuetudinario que merecen la atención de los estudiosos del derecho y los

Un intento de ampliar la concepción del derecho para abarcar así los principales fenómenos que acertadamente se consideran como temas de nuestra disciplina⁷⁶ plantea indudablemente una serie de dificultades conceptuales que, no obstante, no son motivo suficiente como para quedarse reducido a la órbita del derecho del Estado más algunos cuasi-derechos. En el contexto actual, la clave está en dejar de considerar el derecho interno moderno como el paradigma para determinar los criterios válidos para otros candidatos a la inclusión.⁷⁷ Glenn, Tamanaha y Griffiths, por ejemplo, sacan del foco, cada uno de forma diferente, el Estado en sus retratos del derecho en el mundo, sin negar que, en la mayoría de las ocasiones, es la forma de derecho más poderosa, compleja y sofisticada que existe.⁷⁸

El problema en el contexto actual no es fundamentalmente semántico. Tampoco lo es de estatuto —por ejemplo, una reivindicación de que los especialistas en las tradiciones jurídicas religiosas, o en el derecho africano o del pueblo gitano, deberían considerarse como juristas y estudiosos del derecho. Se trata de la buena salud de nuestra disciplina y de nuestro desconocimiento colectivo y marginación de las ideas, normas, instituciones y prácticas de las tradiciones jurídicas no occidentales. Mi tesis en este contexto es que ya no podemos permitirnos continuar con este enfoque tan limitado, lo cual implica una reorientación significativa de nuestra atención y recursos, y esa reorientación de la disciplina plantea problemas fundamentales de comparación y generalización de las diferentes tradiciones jurídicas, de las culturas y de otros ámbitos⁷⁹ que es posible que aún no estemos preparados para afrontar.

Puede que algunos colegas admitan inmediatamente que es necesario prestar más atención a otras tradiciones y culturas jurídicas, y que eso conlleva consecuencias directas para la teoría jurídica. Puede que también admitan que, al adoptar una perspectiva mundial desde el comienzo del siglo XXI, existan motivos suficientes como para afirmar que un enfoque *exclusivo* en el derecho nacional es demasiado reducido, tanto en la práctica como en la teoría y, de forma más general, también a la hora de ofrecer una visión equilibrada de los temas de una disciplina del derecho genuinamente cosmopolita. Pero también es posible que aún les siga preocupando la clara diferenciación con las concepciones Estado-céntricas

juristas. En resumidas cuentas, ninguna de nuestras teorías del derecho nacional puede proporcionar una base teórica adecuada para una disciplina jurídica cosmopolita y razonablemente inclusiva.

76. Es obvio que “comprender el derecho” es mucho más que eso. Estudiar el derecho en un contexto no significa definir el derecho como contexto. Nuestro interés aquí es saber qué fenómenos jurídicos constituyen los principales temas de nuestra disciplina. Ello implica alguna manera de diferenciar entre fenómenos jurídicos y otro tipo de fenómenos; entre normas legales y “no legales”; entre instituciones, prácticas y procesos. El escepticismo en torno a una definición general del derecho no tiene por qué implicar la negación de la necesidad de poder establecer diferenciaciones y aclaraciones apropiadas en contextos determinados.

77. Sobre las diferencias existentes entre ver la tradición jurídica judía desde la perspectiva de un teólogo y la de un jurista, véase Bernard Jackson (2005).

78. Glenn (2004), Tamanaha (2001), Griffiths (1986, 2003).

79. Sobre el valor analítico de los conceptos de cultura, tradición, civilización y religión, véase Foster (ed.) (2005) *passim*.

del derecho, o lo que Simon Roberts ha denominado “los intentos de distender los lazos conceptuales entre el derecho y el gobierno”.⁸⁰ Estas cuestiones se han de tratar no sólo en relación con la discusión que yo planteo, sino también en relación con cuestiones más amplias sobre la importancia del derecho no estatal en muchos otros contextos.

La bibliografía sobre la mundialización está llena de manifestaciones acerca del deterioro de la soberanía, de la importancia cada vez menor de las fronteras nacionales, del renacimiento religioso, del aumento de las migraciones y de los desplazados, de la extensión del multiculturalismo, de la decadencia del derecho internacional privado en favor del auge de la justicia transnacional privada, de la importancia de las redes transnacionales de funcionarios y jueces con un carácter horizontal y extraoficial, etc. Las conversaciones más enfervorizadas sobre “lo global” contienen muletillas como “el fin de la soberanía”, “el declive del Estado-nación”, “el gobierno mundial”, “un mundo sin fronteras”... Está claro que estos acontecimientos merecen la atención de los juristas, si bien su relevancia es discutible y son difíciles de interpretar. Pese a esto, el hecho de sostener que el derecho no estatal merece más atención por parte de los estudiosos del derecho y de los juristas no tiene por qué significar adoptar una posición firme ante cualquiera de estos acontecimientos. Determinar si el Estado-nación está o no perdiendo su importancia relativa es una cuestión muy compleja y escurridiza, que se puede abordar mejor, por lo general, con un menor grado de generalidad. Por el momento, bastará con volver a plantear brevemente por qué el derecho no estatal necesita de nuestra atención.

Patrick Glenn, entre otros, ha señalado las razones para tomarse en serio y en profundidad el derecho no estatal.⁸¹ Para ahorrar tiempo, voy a aceptar sus argumentos. El Estado-nación surgió muy lentamente como forma principal de gobierno en Europa, aproximadamente entre los siglos XIII y XVI. La concepción moderna del Estado-nación soberano con el monopolio de la autoridad legítima sobre un territorio bien definido ha sido la forma predominante de gobierno en Occidente durante apenas dos siglos. Incluso durante este período, este predominio no ha sido universal:

“La relación entre la teoría jurídica estatista y la práctica jurídica en Europa y en los Estados Unidos ha sido bastante importante, pero en otros lugares se ha tomado al pie de la letra. Los Estados en el mundo colonizado (o sea, el resto del mundo) vivieron durante los siglos XVIII, XIX y XX un delicado equilibrio entre el derecho local (en su forma no estatal) y el derecho metropolitano de la potencia colonial. Las identidades eran complejas y compartidas; el derecho se concebía de forma plural, el derecho del Estado estaba necesariamente limitado y los pueblos conquistados desempeñaban un papel activo en el derecho que se aplicaría sobre

80. Roberts (2005).

81. Glenn, (2003) (2003a).

ellos mismos... Por tanto, el derecho se entendió allí, durante siglos, de forma transnacional”.⁸²

Aparte de las posibles diferencias en cuanto al poder y al alcance del derecho del Estado, Glenn hace hincapié en la variedad de formas en las que pueden existir los Estados, así como en la ausencia del valor analítico del concepto de sistema jurídico nacional. Puede que las Naciones Unidas estén compuestas por casi doscientos miembros, pero entre ellos se incluyen Estados fallidos, pequeños Estados,⁸³ Estados fragmentados, Estados sumidos en interminables guerras civiles, y regímenes corruptos, despóticos y anárquicos. En gran parte del mundo, la forma moderna del Estado, con toda su gran variedad, es un fenómeno bastante reciente de raíces poco asentadas. Al tratarse, por lo general, de un producto del colonialismo y del imperialismo, su estabilidad y hegemonía se ha visto en peligro en muchas ocasiones durante la época post-colonial debido a, por ejemplo, disputas fronterizas, guerras civiles, revoluciones y conquistas.

La concepción del Estado-nación que, por ejemplo, es el requisito fundamental para pertenecer a las Naciones Unidas, es esencialmente formal, por lo que oculta la diversidad de tipos de Estados, la variación en el grado de control efectivo de cada uno de ellos sobre su territorio, y la fragilidad y vulnerabilidad para cambiar de forma política.⁸⁴

Para Glenn, el derecho del Estado-nación es una tradición más. Además de las diferentes formas de derecho no estatal que se pueden dar en el nivel subnacional, analiza las aportaciones del *ius commune*, la *lex mercatoria*, el derecho natural, las leyes individuales, las costumbres “con carácter vinculante” y las buenas prácticas en relación con el desarrollo del derecho transnacional. Todo esto lo relaciona con su tesis más general sobre la tradición y los precedentes:

82. Glenn (2003) 842; cf. Glenn (1987).

83. Braithwaite and Drahos (2000:492) señalan que, durante los años 90, más del 50% de las mayores economías del mundo eran empresas en lugar de Estados. Citado por Glenn (2003), pág. 846.

84. “La definición del Estado denota uniformidad, puesto que todos los Estados están compuestos por elementos uniformes —un gobierno y un territorio bien definido. El derecho internacional defiende esta idea de la uniformidad, ya que todos los Estados se consideran iguales, al menos en principio. Sin embargo, las tradiciones jurídicas nacionales se manifiestan de maneras muy diferentes; algunas de ellas son más parecidas al modelo (o modelos) europeo, y otras bastante alejadas de éste. La diversidad aparece a la hora de la elección que hacen los miembros de cada Estado de sus propios elementos constituyentes. La tradición de un sistema jurídico tradicional no supone un obstáculo para esto, pues los sistemas se definen como conjuntos con elementos que se interrelacionan. Ésta es la razón por la cual la noción del Estado no es prolífica; ésta es simplemente un descriptor formal, de modo que prácticamente todo se puede entender como un sistema. De ahí la ubicuidad de la expresión “sistema jurídico” al describir fenómenos jurídicos que se dan en todo el mundo y que son totalmente dispares” (Legrand y Munday (2003), 90-91. Cf. *GLT* 178-84). El énfasis de Glenn en la diversidad de los Estados y en la naturaleza formal de la categoría contrasta bruscamente con el de Simon Roberts en la particularidad del derecho del Estado como forma de ordenamiento, como se expondrá más adelante.

“Las antiguas justificaciones a favor del derecho más allá del Estado vuelven a ser relevantes puesto que el derecho transnacional no se considera (por lo general) vinculante [salvo algunas excepciones]... Sin embargo, el derecho pre-estatal y post-estatal comparten la característica general de ser derechos complementarios, es decir, que están a disposición de las partes en lugar de comprometerlas. La idea de unir a los individuos era necesaria para construir identidades colectivas, como era el caso de la religión y del Estado.”⁸⁵

Es posible que la versión de Patrick Glenn acerca de las tradiciones jurídicas del mundo sea polémica,⁸⁶ pero es el argumento más exhaustivo y convincente para tratar con seriedad el derecho no estatal si se quiere adoptar una perspectiva mundial. Dado que aparentemente supone una ruptura bastante radical respecto de las tradiciones occidentales dominantes del derecho académico, no nos debe sorprender que dé lugar a cierta preocupación entre los expertos y los juristas. Dichas preocupaciones también han de tomarse en serio. En el tiempo de que dispongo, abordaré las cuatro principales. Mi argumento será que, si bien una perspectiva mundial ofrece enormes posibilidades para nuestra disciplina, la ruptura con la tradición no tiene por qué ser tan rotunda como podría parecer a primera vista. Éstas son las cuatro cuestiones a tratar:

- (i) ¿Una amenaza a la democracia liberal?
- (ii) ¿Se debilita la disciplina del derecho?
- (iii) Dificultades conceptuales I: el problema de los límites definitorios.
- (iv) Dificultades conceptuales II: la singularidad del derecho del Estado.

(i) *¿Una amenaza a la democracia liberal?*

Ha habido un buen número de teóricos anglo-estadounidenses que se ha centrado en los últimos años en el desarrollo de una teoría democrático-liberal, como es el caso de los trabajos de Rawls, Dworkin, Raz y MacCormick. Esta corriente de la filosofía política ha sido fundamentalmente Estado-céntrica en lo relativo a la teoría jurídica.⁸⁷ Durante gran parte del siglo XX ha habido un constante tira y afloja entre el Estado minimalista/reactivo, el estado del bienestar y el Estado administrativo.

Algunos politólogos han observado un fuerte cambio de actitud. Hubo una época en la que el Estado era visto con recelo por la derecha libertaria, aunque para la izquierda era la mayor esperanza para lograr la soberanía popular, la justicia social

85. Glenn (2003), 849.

86. Véase el Symposium sobre las *Tradiciones Jurídicas* de Glenn (ed. N. Foster, se publicará en 2005).

87. Sin embargo, para algunos sociólogos, el concepto de gobierno se extiende más allá del Estado e incluye, por ejemplo, la economía, la familia y la comunidad.

y los derechos de los ciudadanos. Pero, últimamente esta actitud predominante ha cambiado y ahora hay recelo tanto hacia el Estado como hacia el nacionalismo.⁸⁸ Estas tendencias han alimentado los temores de llegar a la anarquía, la represión y la injusticia. Pero, ¿se puede afirmar con certeza que los ideales políticos como la democracia, el estado de derecho, la ciudadanía, los derechos humanos, las garantías procesales, el estado de bienestar y la justicia social dependen de formas de gobierno centralizado relativamente estables y sólidas?

Dichas preocupaciones pueden estar justificadas. Puede que no haya motivos suficientes, dentro de la teoría del derecho, como para no reconocer la importancia del hecho de que una concepción más amplia del derecho incluiría “el derecho no estatal”, pero el aviso está claro: los estudiosos del derecho ya no pueden idealizar el derecho no estatal, al igual que no deberían ver el derecho del Estado de color de rosa.

Merece la pena señalar que algunos de los que han defendido una concepción amplia del derecho han hecho una advertencia parecida: por ejemplo, Santos advierte explícitamente que “no hay nada intrínsecamente positivo, progresista o emancipador en el pluralismo jurídico”.⁸⁹ Teubner critica la imprecisión y la confusión de los planteamientos posmodernos del pluralismo jurídico.⁹⁰ Curiosamente, Tamanaha, que había dedicado un libro completamente a la defensa enérgica de una concepción amplia del derecho, se centró de manera casi exclusiva en el derecho del Estado al escribir sobre el estado de derecho como paradigma.⁹¹ La lección está clara: una concepción positivista del derecho que incluya ejemplos del derecho no estatal no obliga a estar de acuerdo con éste en general ni a ofrecer ejemplos concretos del mismo. Ahora bien, tampoco tiene por qué significar que el Estado-nación y el gobierno democrático estén en decadencia absoluta.

(ii) *¿Se debilita la disciplina del derecho?*

Una de las preocupaciones principales de algunos estudiosos del derecho y docentes es que una respuesta entusiasta a la “globalización” pueda provocar que la disciplina del derecho se aleje de sus raíces en una determinada tradición jurídica o práctica jurídica local. Esta preocupación se podría expresar de la siguiente manera: nuestra tradición del derecho académico se ha centrado en el Estado, debido, sobre todo, a tres razones. En primer lugar, el derecho del Estado es, sin

88. “Debido, sobre todo, a la influencia de Foucault y de sus seguidores, el nuevo sentimiento dominante en la izquierda es anti-estatal, libertario, temeroso del autoritarismo y receloso del colectivismo... En mi opinión, sólo un sistema de gobierno sólido puede mantener las perspectivas de un autogobierno democrático con libertades individuales y justicia social; sólo un Estado sólido puede proteger de las fuerzas desintegradoras del capitalismo global y de las fuerzas separadoras del particularismo y de la identidad.” (Abraham, 2005).

89. Santos (1995), 114-115. (2002), 90-92.

90. Teubner (1992) 1443-45.

91. Tamanaha (2004).

duda, la forma más importante de ordenamiento normativo (o de derecho en sentido amplio). En segundo lugar, se ha señalado que el derecho es una disciplina dirigida hacia sus actores y que está muy ligada, de hecho, a la práctica jurídica en general. Los juristas profesionales —jueces, fiscales, profesionales privados e, incluso, legisladores— trabajan casi exclusivamente con el derecho del Estado, principalmente con el derecho nacional local. No suelen trabajar con el derecho no estatal. En tercer y último lugar, el derecho académico está íntimamente relacionado con la preparación para la práctica jurídica. El estudio del derecho se ocupa en gran medida de la enseñanza jurídica. Una competencia básica conlleva el dominio de los detalles prácticos y de la socialización en la cultura jurídica local, especialmente de las habilidades intelectuales y de la “mentalidad” de los juristas que trabajan dentro de un sistema o tradición determinada. Incluso aunque la enseñanza jurídica es un buen vehículo para una educación liberal general, el núcleo de la disciplina se ocupa de las habilidades intelectuales que requieren análisis, interpretación, aplicación y argumentación sobre hechos concretos. El estudio de otras tradiciones en los cursos generales puede considerarse como una actividad secundaria, que normalmente conlleva el estudio *sobre* generalidades en lugar de estudiar *cómo* participar en un sistema jurídico en particular.⁹² La experiencia nos ha enseñado que las fuentes del derecho no estatal, incluso cuando están disponibles, no son tan adecuadas para servir de vehículos para el desarrollo intelectual y las habilidades prácticas como los códigos, las leyes, los casos y otros materiales tradicionales del estudio del derecho.⁹³ Una mayor conciencia de otras tradiciones jurídicas puede ser admirable, pero no puede sustituir el estudio disciplinado de situaciones locales. Para que el derecho sea internamente coherente, razonable y disciplinado, necesita seguir centrándose en el derecho estatal interno.

No es éste el momento para detenerse en cuestiones complejas sobre las implicaciones de la globalización en la educación jurídica, la formación vocacional y la práctica jurídica. En este contexto, lo mejor que puedo es seguir hacia delante. Ya he señalado en otras ocasiones que se plantean diferentes consideraciones en relación con la formación y la enseñanza jurídica, debido en gran parte a las razones expresadas en las objeciones.⁹⁴

92. Sobre la distinción entre estudiar *sobre* y estudiar *cómo*, véase Twining (1997), 181-83. Parte del atractivo de la teoría de Ronald Dworkin radica en que ésta se centra en una argumentación profunda sobre temas concretos (especialmente, los casos difíciles) dentro de un sistema determinado, mientras que las teorías descriptivas como las de Hart y Tamanaha operan en un nivel más abstracto y, en gran medida, desde puntos de vista externos. Una descripción hartiana de la forma y estructura de un sistema jurídico estatal probablemente se quedará corta y ofrecerá poca o ninguna orientación a los jueces y a otros actores.

93. Mi experiencia al intentar enseñar “derecho consuetudinario” en Sudán y el este de África lo confirma. Véase *ídem.* cap. 2.

94. Twining (2001). Este trabajo tratará, en primer lugar, la teoría y los estudios jurídicos —con todo lo que conlleva avanzar en el conocimiento del derecho desde una perspectiva global o transnacional y, sólo de forma indirecta, las implicaciones de ésta para la enseñanza del derecho. En este momento de la historia, la mayoría de las prácticas jurídicas internacionales y transnacionales están

Sin embargo, puede que los motivos para mantener el enfoque tradicional sean exagerados. El derecho no estatal afecta mucho más de lo que se piensa a muchos tipos de prácticas jurídicas. Nuestra disciplina jamás ha sido completamente local y es cada vez más cosmopolita. La formación y la enseñanza jurídica han sido, de hecho, bastante sensibles a los cambios asociados a la “globalización”. Por ejemplo, en mi país, a todos los estudiantes de derecho se los introduce al Derecho Comunitario Europeo y, al menos a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Cada vez se ofrecen más optativas con un enfoque claramente transnacional: por ejemplo, comercio internacional, derechos humanos, legislación sobre inmigración, legislación sobre Internet, etc. Igualmente importante es, quizás, que se reconozca que muchos temas tienen una dimensión transnacional considerable, como por ejemplo, la regulación, el derecho mercantil, el derecho ambiental, la propiedad intelectual y el derecho al trabajo, entre otros. El derecho de familia y las teorías jurídicas feministas son cada vez más sensibles al multiculturalismo; el cuestionamiento de las visiones estrictas de la soberanía se plantea tanto en el derecho constitucional como en el derecho internacional y la teoría del derecho; un importante manual sobre el sistema jurídico inglés concede un papel destacado a la “resolución alternativa de controversias”⁹⁵, y cursos con ese mismo nombre hacen cada vez más hincapié en la negociación inter-cultural y transnacional. Según un estudio del Master en Derecho de la Universidad de Londres llevado a cabo en 1994, se estimaba que más de dos tercios de los cursos trataban temas internacionales, transnacionales, foráneos o de derecho comparado.⁹⁶

Resumiendo, la preocupación porque nuestra disciplina no pierda el contacto con lo local y lo particular está justificada, y en ningún momento a lo largo de este trabajo se propone algo diferente.

(iii) *Dificultades conceptuales I: el problema del límite definitorio*

Una preocupación más tradicional se ha dado en relación con una versión del argumento del “todo vale”. Si abrimos la puerta para incluir algunos ejemplos de

bastante especializadas. Por un lado, pocos estudiantes de derecho y estudiosos del derecho pueden centrarse exclusivamente en un único ámbito de competencias; por otro, estamos bastante lejos de una situación en la que la que la educación jurídica básica pueda orientarse de forma razonable a la formación de juristas mundiales, euro-juristas o, incluso, especialistas en derecho internacional. Una disciplina cosmopolita no obliga a abandonar el conocimiento local. Pero los estudiantes de derecho pueden salir beneficiados cuando se les muestran perspectivas amplias y se los hace conscientes de los diferentes niveles de los ordenamientos jurídicos y sus diferentes interacciones. No obstante, personalmente soy algo escéptico en cuanto al rápido desarrollo de una educación jurídica mundial o radicalmente transnacional, al menos en un primer nivel. Que se trate de una disciplina cosmopolita no obliga a dejar de lado el conocimiento local. Por el momento, la regla de oro debería ser “Piensa en lo global, concéntrate en lo local”.

95. Bradney y Cownie (2003).

96. *GLT*, 55-56.

derecho no estatal, no quedarán fundamentos claramente definidos para diferenciar las normas jurídicas de las otras normas sociales; las instituciones y prácticas jurídicas de las otras instituciones y prácticas sociales; o las tradiciones jurídicas de las tradiciones religiosas u otras tradiciones intelectuales generales. A este problema lo denominaremos el problema del límite definitorio. En la bibliografía sobre pluralismo jurídico se pueden encontrar tres reacciones fundamentales a este problema.

En primer lugar, ha habido algunos autores que han intentado elaborar una definición general que distinga lo jurídico de lo no jurídico. Por ejemplo, Santos, en la primera edición de *Toward a New Common Sense*, elaboró una definición general del derecho muy similar a la del antropólogo E. Adamson Hoebel.⁹⁷ De igual modo, Teubner tuvo la necesidad de hacer lo mismo. Ésta es una de las cuestiones centrales que Tamanaha trata en su *General Jurisprudence of Law and Society*. En esta obra, el autor trata explícitamente de establecer criterios de identificación para diferenciar las instituciones jurídicas de instituciones tales como hospitales, colegios o federaciones deportivas. Esta inquietud lo lleva a crear su “prueba de la denominación”, que algunos críticos —yo me incluyo entre ellos— han rechazado basándose en que mezcla conceptos analíticos con conceptos populares, lo cual la hace inviable.⁹⁸ Pese a ello, su actitud es valiente y el fracaso es digno de mención.

En segundo lugar, están los que piensan que la búsqueda de una definición general del “derecho” es una tarea inútil. Muchos autores sencillamente se evaden de la pregunta. “*Simplemente, no importa*”, escribe Glenn, al considerar si el “derecho demoníaco” es o no derecho.⁹⁹ Yo, personalmente, estoy de acuerdo con esa impaciencia y prefiero utilizar conceptos diferentes del derecho dependiendo de los diferentes contextos. Es posible que en algunos contextos sea irrelevante considerar si una serie de hechos se consideran o no relativos al derecho. Poco importa si el fenómeno que se estudia se considera o no “derecho”, como en la definición de Weyrauch del “derecho del pueblo gitano”, del “derecho de los cuáqueros” de Bradney y Cownie, del “derecho en Pasagarda” de Santos, o de muchos otros textos sobre procesos polémicos en sociedades pre-alfabetizadas como el de Gulliver sobre los Arusha.¹⁰⁰ Igualmente, Pistor y Wellons, en su excelente estudio del derecho y del desarrollo económico en Asia, concluyen que casi todas las materializaciones del derecho del Estado cuentan con interacciones complejas entre

97. Santos (1995), 112; Hoebel (1954). Ésta era la definición general que Llewellyn se negó a incluir en *The Cheyenne Way*. Véase más adelante.

98. Twining (2003), Himma (2004), Roberts (2005) 20-22.

99. Glenn (2004), 69. Véanse las críticas al fracaso de Glenn a la hora de distinguir de forma clara entre los aspectos religiosos y los aspectos jurídicos de una tradición en el contexto de su teoría general de las tradiciones jurídicas en Foster (ed.) (2005). Sin embargo, se puede defender a Glenn basándose en que está comparando fenómenos que *convencionalmente* son considerados por observadores externos como tradiciones jurídicas de gran importancia, aunque cada uno de ellos tenga un concepto diferente de la religión, del derecho y de las relaciones entre ellos.

100. Weyrauch (2001), Bradney y Cownie (2000), Santos (2002), Gulliver (1963).

el derecho oficial importado y el “derecho extraoficial” local.¹⁰¹ Incluso aunque el término “derecho” se omitiera en relación con los sistemas normativos locales, su estudio no variaría mucho.

Sin embargo, hay ocasiones en las que esta categorización puede tener su importancia. Por ejemplo, se podría decir que Glenn necesita establecer una distinción en el contexto en el que plantea su argumentación, ya que considera las tradiciones jurídicas como la principal unidad de comparación, sin distinguir claramente entre el derecho y la religión en algunas tradiciones intelectuales.¹⁰²

En tercer y último lugar, hay autores como Marc Galanter que ven los indicadores de “lo jurídico” como una mezcla compleja de atributos a lo largo de uno o más continuos, por lo que es artificial y equívoco establecer límites generales concretos —al menos fuera de un contexto determinado.¹⁰³ En la práctica, Galanter acaba planteando una concepción de “lo jurídico” que es mucho más amplia e imprecisa que la de Tamanaha. Karl Llewellyn se negó a incluir una definición general de derecho en *Cheyenne Way* por varios motivos,¹⁰⁴ aunque, como he señalado en otras ocasiones, se pueden establecer pautas generales para diferenciar lo jurídico de lo no jurídico mediante su teoría de las tareas del derecho sobre la base de una especie de “funcionalismo débil”, mientras que los casos que se consideran al límite se pueden dejar para cuando se traten contextos específicos.¹⁰⁵ En el contexto específico de crear un marco para el derecho desde una perspectiva global, mi intención ha sido señalar algunos criterios amplios de identificación que no varían mucho de los de Llewellyn, pero que están sujetos a tres salvedades: la primera, que sólo se pretende dar una aclaración en un contexto muy específico; la segunda, que la caracterización resultante no debería tener demasiado peso teórico; finalmente, la tercera, que esta concepción es sólo una manera de entre las muchas posibles de organizar los fenómenos para una causa muy concreta.¹⁰⁶

Todo aquel que esté interesado en las relaciones entre el derecho nacional y otros sistemas normativos siempre encontrará problemas conceptuales a pesar de definir o conceptualizar el derecho. El límite definitorio solamente es uno de los muchos problemas que se pueden encontrar en este campo, la mayoría de los cuales son casi imposibles de resolver mediante un análisis conceptual o con simples definiciones formales.

(iv) *Dificultades conceptuales II: la singularidad del gobierno centralizado*

Simon Roberts ha planteado recientemente una cuestión un tanto diferente. En su magnífica *Chorley Lecture* de 2004, Roberts critica los intentos de “dis-

101. Pistor y Wellons (1999); cf. Berkowitz *et al.* (2003).

102. Glenn (2004), criticado por algunos colaboradores de Foster (ed.) (2005).

103. Galanter (1981).

104. Twining (1973), 177-79.

105. Twining (2003a), 237-43.

106. Twining (2003).

tender los lazos conceptuales entre el derecho y el gobierno” y de ampliar las concepciones del derecho para incluir órdenes negociados con fundamentos y valores distintos.¹⁰⁷ Simon Roberts es un destacado antropólogo jurídico al que no se puede acusar precisamente de ser cerrado en sus planteamientos o indiferente al contexto social. De hecho, su principal inquietud parece residir en el hecho de que ampliar nuestras concepciones del derecho pueda desestabilizar el “proyecto comparativo”, ocultar las diferencias entre el derecho del Estado y otras formas de sistemas normativos, y debilitar nuestra capacidad para comprender la naturaleza de los órdenes negociados.

La conferencia de Roberts es una continuación del argumento que defendió en “*Against Legal Pluralism*”, donde señaló que “es inevitablemente problemático intentar fijar una concepción del derecho que vaya más allá de las definiciones estrictas del derecho de Estado”.¹⁰⁸ En ambos artículos, Roberts es consciente de que cuando algunos juristas vuelven su atención de forma entusiasta hacia sistemas normativos no estatales, puede que traten de interpretar otras culturas utilizando conceptos que son esencialmente “populares”, o bien se permiten sin rigor alguno “recurrir de forma ecléctica a recursos teóricos de las ciencias sociales”.¹⁰⁹ Si bien Roberts reconoce que una distinción rotunda entre los conceptos analíticos y los populares puede ser problemática, él insiste en que sólo con esta distinción y con la búsqueda de un significado de nivel analítico se puede confiar en que el “proyecto comparativo” logre cierta estabilidad.¹¹⁰

Personalmente, creo que el argumento de Roberts es confuso porque, si bien estoy de acuerdo en casi todos los puntos principales, no comparto sus temores acerca de las consecuencias que podría tener adoptar una concepción del derecho amplia en algunos casos concretos. Coincido con él en que uno de los principales desafíos del derecho comparado y de la antropología jurídica es el desarrollo de conceptos analíticos que se puedan utilizar.¹¹¹ Por ejemplo, en el contexto actual, no tengo motivos para discrepar de los siguientes planteamientos:

- (a) Hay aspectos de la forma y estructura del derecho del Estado que están claramente relacionados con la centralización, la autoridad y el gobierno.

107. Simon Roberts, “*After Government? On Representing Law Without the State*” (2005).

108. Roberts (1998), 105. Roberts se justifica al advertir sobre los riesgos del juricentrismo. Puede que los juristas tiendan a ver el mundo con un punto de vista juricéntrico, al igual que los seres humanos en general pueden tender a ver el mundo con un punto de vista etnocéntrico. Sin embargo, no todos los juristas se reducen a perspectivas legalistas reducidas, siendo uno de los objetivos de la teoría humanista del derecho contrarrestar dichas tendencias que, por supuesto, reconocen la continuidad entre los fenómenos jurídicos y otros fenómenos sociales.

109. Ídem 95.

110. Ídem 102-105; cf. Roberts (2005) 23-24.

111. En este punto, Patrick Glenn, al escribir sobre las tradiciones, parece discrepar, ya que no está de acuerdo con la búsqueda de un *tertium comparationis* a la hora de comparar tradiciones. Glenn (2004), 46-47.

- En cierto sentido, el derecho del Estado es una forma social singular que merece una conceptualización rigurosa y precisa.¹¹²
- (b) El derecho estatal-nacional ha sido y probablemente seguirá siendo el principal centro de atención de los estudiosos del derecho y de los profesionales del derecho, así como también tendrá posiblemente una gran relevancia política y económica en un futuro inmediato.
 - (c) La extensión del concepto de derecho para incluir en él algunos sistemas normativos no estatales acarrea una serie de dificultades, como pueden ser los problemas de diferenciación de lo jurídico respecto de lo “no jurídico” en diversos contextos, y la caracterización de ordenamientos, sistemas y ámbitos sociales semiautónomos.¹¹³
 - (d) El hecho de limitar la concepción del derecho al derecho del Estado no tiene por qué suponer compartir la idea de que el resto de las formas de ordenamiento jurídico sean irrelevantes o no merezcan la atención de los estudiosos del derecho.¹¹⁴

También estoy de acuerdo con las críticas de Roberts a Pospicil, Sacco, Teubner y Geertz,¹¹⁵ así como con gran parte, aunque no todas, de sus otras ideas más específicas. Pero también estoy desconcertado en cuanto a nuestro posible desacuerdo. Estoy seguro de que no puede ser una vuelta a la obsesión sobre “la definición del derecho”. Puede que haya algo más. Permítanme señalarles dos posibles motivos.

En primer lugar, la preocupación central de Roberts es que “cuando dos formas radicalmente diferentes de ordenamiento y toma de decisiones se muestran conjuntamente como ‘legales’, el derecho pierde su valor analítico”.¹¹⁶ Aquí es útil distinguir entre el derecho como un concepto analítico, el derecho como un concepto organizador y el derecho como una forma más o menos precisa de denominar una materia de estudio o un centro de atención. Somos muchos de nosotros

112. Joseph Raz justifica la limitación de su concepto de derecho a los sistemas jurídicos nacionales porque son lo suficientemente importantes y diferentes de otros sistemas normativos como para constituir un objeto independiente de estudio. (Raz (1979) pág. 105). No obstante, Roberts hace más observaciones.

113. Véase más arriba.

114. Sin embargo, una de las posibles lecturas del argumento de Roberts puede ser que nuestros colegas del Departamento de Derecho de la School of Oriental and African Studies, que están especializados en derecho islámico, derecho budista, derecho hindú, etc., únicamente estudian el derecho como un fenómeno que está estrechamente relacionado con el gobierno centralizado. Mi objeción a esta idea no tiene que ver con aspectos semánticos o de estatuto; más bien, creo que de ese modo se refuerza su marginación dentro de nuestra disciplina y no deja lugar para los que estudian el derecho desde un punto de vista jurídico, frente a los que lo estudian con una perspectiva teológica, histórica o sociológica.

115. Yo he realizado una crítica parecida a la prueba de la denominación de Tamanaha para el derecho (Twining, 2003, págs. 223-41), aunque admito que Roberts ha criticado injustamente el proyecto de Tamanaha.

116. Roberts (2005), 23.

los que pensamos que el derecho tiene tantas y tan diversas asociaciones que sería ingenuo esperar que tuviera un valor analítico: es demasiado abstracto, demasiado ambiguo, con demasiadas asociaciones discutibles como para llevar a cabo esa función, a menos que se especifique con precisión una concepción determinada en un contexto determinado. Por su parte, el concepto de derecho del Estado o derecho nacional como una de las formas del derecho (como, por ejemplo, explica Hart) sí que puede realizar esa función. Es difícil comprender por qué la sustitución del término “derecho del Estado” o “derecho nacional”, o algo parecido, no satisfará la inquietud de Roberts. El propio método de Hart ayuda a explicar por qué el derecho, aparte de sus diversos significados en el uso común, no se presta a una definición *per genus et differentiam*.¹¹⁷ Es demasiado abstracto como para considerarse satisfactoriamente como una categoría dentro de un género aún más abstracto. Además, la historia de la teoría del derecho y el derecho comparado dejan entrever que difícilmente el derecho puede ser un concepto genérico, con categorías y subcategorías que se puedan caracterizar mediante un criterio de identificación preciso. Las tipologías fallidas de “familias jurídicas” lo demuestran de forma muy clara —las familias no eran categorías de un solo género.¹¹⁸ Las complejidades de las familias que giran en torno a la conceptualización del derecho no se resuelven simplemente recurriendo al método de las semejanzas entre familias de Wittgenstein, aunque éste puede servir de alguna ayuda.¹¹⁹

Brian Tamanaha intentó elaborar un concepto del derecho que sirviese como “concepto organizador”, es decir, como base para un marco teórico en el que pudieran acogerse y compararse un amplio abanico de formas del derecho. Tamanaha desechó casi todas las condiciones “esencialistas” de Hart necesarias para la existencia de un sistema jurídico e intentó incluir un gran espectro de fenómenos dentro de una única teoría —la metáfora más común que se suele utilizar es *meterlas en un mismo saco*—, al tiempo que diferenciaba entre instituciones y prácticas jurídicas y sociales. Su criterio de exclusión dejaba fuera hospitales, colegios, federaciones deportivas y normas de cortesía; pero su prueba definitiva de inclusión ha sido considerada por los críticos como inadecuada.¹²⁰ Aquí, da la impresión de que Tamanaha esperaba tener menos problemas con su concepto aglutinador que Roberts con los conceptos analíticos —Tamanaha deja claro que la mayoría de los análisis, comparaciones y explicaciones han de realizarse en niveles inferiores de abstracción—, pero ni siquiera con este objetivo determinado se sostenía su criterio de identificación.

Un tercer posible uso de una concepción abstracta del derecho tiene que ver simplemente con una indicación aproximada de una amplia área de estudio. Como ya hemos visto, términos como teoría jurídica, filosofía jurídica y teoría del dere-

117. Hart (1953).

118. Los comparatistas se han referido de forma más general a las familias de los sistemas jurídicos, aunque el término “sistema jurídico” lo han usado de forma ambigua. (*GLT*, 178-84).

119. Twining (2003a), 238.

120. Ídem 223-43; Himma (2004), Roberts (2005), 20-22.

cho tienden a utilizarse de forma más bien flexible. Por una serie de motivos, he considerado relevante establecer una distinción más o menos clara entre la teoría jurídica y la filosofía jurídica, como la parte más abstracta dentro de la anterior. Pese a ello, los términos siguen siendo imprecisos con toda la razón. Son muy pocos los que piensan que merezca la pena hacerlos más precisos; de hecho, una falta de precisión sería un gran defecto. Como vimos, Herbert Hart dijo sobre la filosofía jurídica que ésta no tiene límites claros, y esto se acepta generalmente. En el caso concreto de mi argumentación sobre el enfoque de la disciplina del derecho, he defendido una perspectiva amplia de ésta y, por consiguiente, una concepción integradora del derecho. Ahora bien, determinar cuáles son o deberían ser los temas de las diferentes áreas de estudio es algo históricamente impredecible. En algunos contextos, el hecho de adoptar una concepción amplia en lugar de una concepción más limitada puede tener importantes repercusiones intelectuales, aunque en este contexto en particular, dichas repercusiones no tienen por qué ser tan nefastas como plantea Roberts.¹²¹

Un segundo comentario a la problemática planteada por Roberts es que al incluir bajo el mismo paraguas conceptual sistemas de gobierno centralizados y órdenes negociados, la naturaleza distintiva de estos últimos se pierde. Evocando la distinción clásica entre sociedades jerárquicas y sociedades acéfalas, el autor muestra un claro interés por destacar las diferencias entre las dos categorías. Roberts ha realizado importantes trabajos sobre “la resolución alternativa de controversias”¹²² y tiene cosas muy interesantes que decir sobre lo apropiado que podría ser intentar crear instituciones externas de resolución (como los tribunales penales internacionales) a falta de sistemas centralizados sólidos.¹²³ Pero él parece entender el gobierno centralizado y los órdenes negociados como categorías paradigmáticas antagónicas en una especie de oposición binaria, en lugar de establecer demasiadas variaciones a lo largo de una serie de continuos que se solapan unos con otros u otra panorámica aún más compleja. Así pues, lo que Roberts presenta es una

121. Roberts afirma que me he explayado “libremente sobre cualquier aspecto del mundo social que a él le interesa desde la fortaleza segura de la teoría del derecho” (pág. 22). “Más allá de de su carácter normativo, el *derecho* parece no tener ninguna especificidad” (ibíd.). En cierto sentido, esa afirmación es injusta. En primer lugar, cita un fragmento de un artículo en el que afirmo que no repetiré lo que ya he dicho sobre los aspectos conceptuales, pero no dice nada sobre hasta qué punto coincido con él. En segundo lugar, no se trata de que esté dispuesto a incluir “todo orden normativo antiguo” en mi concepción/es del derecho en ese contexto específico (o en cualquier otro). Por ejemplo, he dejado claro que no suelo incluir las reglas del ping pong, de la ortografía, de la gramática o de las diferentes convenciones sociales en mi/s concepto/s de normas jurídicas. Tampoco considero instituciones sociales como hospitales, colegios o negocios como instituciones específicamente jurídicas. Sin embargo, al contrario que Tamanaha, creo que la estructura de gobierno interna de dichas instituciones se puede ver como una forma de ordenamiento jurídico en algunos contextos. Por lo general, cuando escribo sobre educación jurídica, asumo que, en ese contexto determinado, tratamos principalmente del derecho interno de los Estados.

122. Roberts (1979), Palmer y Roberts (1998).

123. Roberts (2005), 23.

concepción limitada del derecho y una tipología de dos paradigmas principales de sistemas normativos a lo largo de un continuo de centralización/descentralización. En mi opinión, esto es innecesariamente reduccionista. Por ejemplo, algunos de los candidatos para ser incluidos en una concepción amplia del derecho no estatal no encajan fácilmente en esta separación binaria: el derecho en Pasargarda descrito por Santos, el Movimiento por el Derecho Común de los Estados Unidos descrito por Koniak, el derecho de los cuáqueros descrito por Bradney y Cownie, el derecho del pueblo gitano descrito por Weyrauch y el derecho hindú descrito por Menski son sólo algunos ejemplos que no encajan cómodamente en ninguno de estos paradigmas.¹²⁴ De igual modo, al establecer su paradigma de autoridad centralizada, Roberts mete en un mismo saco Estados débiles, Estados divididos, Estados fallidos, tiranías, Estados asfixiados por guerras civiles, etc.¹²⁵ Necesitamos, por tanto, un marco de explicación mucho más complejo.

Resumiendo, algunas de las preocupaciones subyacentes bajo las reticencias a la idea de un derecho no estatal merecen considerarse de forma seria. La manzana de la discordia no tiene que ver con cuestiones definitorias, de categorización o semánticas. La idea central es que las relaciones entre el derecho nacional y otras formas de sistemas normativos (cualquiera que sea su denominación), así como otras interacciones (interlegalidad) merecen una atención permanente por parte de los juristas porque constituyen una parte fundamental para poder comprender los fenómenos jurídicos.

III. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO: PROGRAMAS Y TEMAS

En ocasiones se me pide que especifique los diferentes temas y líneas de investigación que incluiría en mi visión de la Teoría General del Derecho, lo cual es una petición bastante razonable.¹²⁶ Sin embargo, iría en contra del espíritu de esta ponencia exponer un programa o plan general para lo que debe ser una tarea colectiva que incluya concepciones y perspectivas múltiples de los temas de nuestra disciplina, que son tan variados, flexibles y multidimensionales como

124. Santos (2002), Koniak (1996), Bradney y Cownie (2000.), Weyrauch (2001), Menski (2000).

125. Véanse los comentarios de Glenn en la nota 84.

126. Durante los últimos cinco años, he llevado a cabo una serie de pequeños estudios con el fin de concretar e ilustrar una visión general. Éstos incluían el análisis de discursos sobre derechos, corrupción, trato de presos, y el estudio comparativo de las profesiones jurídicas y de la enseñanza jurídica (análisis de conceptos); un estudio de los enfoques de los cuatro juristas “del Sur” en torno a los derechos humanos (Deng, An-Na-im, Ghai, y Baxi) (teoría normativa del derecho); una panorámica general y una comparación de la bibliografía actual en las ciencias sociales y el derecho (estudios socio-jurídicos); y, finalmente, un análisis crítico de los planteamientos de los trabajos que se están llevando a cabo dentro de la corriente dominante sobre el derecho comparado y la transmisión y difusión del derecho (teoría crítica del derecho). (Véase el apartado de Referencias).

ella misma. Pese a ello, no es muy complicado ilustrar algunas de las posibles líneas de investigación que se podrían seguir al adoptar una perspectiva global y al cuestionarse sus repercusiones para la teoría del derecho.

A modo de introducción, merece la pena reiterar dos ideas. La primera, que una o más teorías generales del derecho serían, en el mejor de los casos, sólo una pequeña parte de toda la labor. La segunda, que uno de los puntos fuertes del derecho como disciplina institucionalizada es que se ve estimulado continuamente por los acontecimientos, los problemas, los ejemplos y las ideas que provienen del exterior —de otras disciplinas y del “mundo real”— y debe darles respuesta. Por lo general, el derecho no crea su propio programa ni se alimenta de sus propias cuestiones y ejemplos. Además, se espera que la práctica y la investigación especializada vayan por delante de la teoría.

La teoría general del derecho que se plantea en este trabajo no es una tarea completamente nueva que suponga una ruptura absoluta con el pasado. Hace ya mucho tiempo que nuestra disciplina ha contado con aspectos cosmopolitas y ha sido en los últimos años cuando ha dado muy variadas respuestas a los procesos de “globalización”. Desde esos ámbitos se han dado muchas aportaciones que encajan perfectamente en mi concepción de la teoría general del derecho. Con todo ello, el principal interés de este trabajo es tanto identificar e interpretar las tendencias como abogar por nuevas direcciones.

La teoría del derecho se ha dividido en ocasiones en tres o cuatro áreas. Por ejemplo, Julius Stone estableció un amplio esquema que distinguía someramente entre Teoría Analítica del Derecho, Teoría Sociológica (o Funcional) del derecho y Teorías de la Justicia (o Teoría Crítica, Censora o Ética del Derecho).¹²⁷ Estoy de acuerdo con Stone en cuanto a la adopción de una concepción amplia de la teoría jurídica que esté estrechamente vinculada al derecho como disciplina y dude de las reivindicaciones en favor de la autonomía de las disciplinas, pero, personalmente, prefiero hablar de investigaciones analíticas, normativas, empíricas y críticas. Stone hacía hincapié en que su categorización sólo pretendía una presentación más cómoda. Cualquiera de las dos divisiones es válida, mientras se consideren como indicaciones muy generales de las áreas de interés e investigación, que se pueden solapar y combinar de múltiples maneras. La mayoría de las investigaciones académicas en derecho implican una combinación de elementos analíticos, normativos y empíricos. En cada una de estas áreas se pueden identificar ejemplos de los tipos de tareas que se pueden llevar a cabo cuando se está teorizando —síntesis, elaboración y aclaración de conceptos, desarrollo crítico de principios normativos, formulación de hipótesis, teorización general, teorías dirigidas a los actores, historia intelectual y crítica.¹²⁸

En lugar de intentar ser exhaustivo en una esfera reducida, intentaré brevemente comentar en términos generales tres de las posibles líneas de desarrollo:

127. Stone (1956), comentado en Twining (2003).

128. Véase Parte I.

el aprovechamiento del legado existente de textos jurídicos; la reevaluación crítica de las áreas de los estudios jurídicos que tiene una relevancia transnacional; finalmente, la vinculación más estrecha de la teoría jurídica con temas generales importantes.

(i) *Aprovechar el legado*

Tomando en consideración el extenso legado de textos, ideas y teorías que constituyen el legado del pensamiento jurídico, podemos sugerir:

a) *Ampliar el canon y reducir nuestro desconocimiento de otras tradiciones*

Los juristas occidentales deben estar más al corriente de los principales pensadores, así como de las ideas y polémicas más destacadas de otras tradiciones jurídicas. Parte de la bibliografía de las tradiciones jurídicas no occidentales, que hasta ahora se había considerado como competencia de especialistas en el tema, tiene que integrarse en la corriente dominante. Ésta es una condición previa para el diálogo intercultural y para las aspiraciones serias de universalismo. La tarea es enorme, dados los problemas de selección, accesibilidad, traducción, interpretación y profundidad de los conocimientos —por no hablar del problema de la manejabilidad de tan extenso legado. Afortunadamente, el legado incluye excelentes trabajos de eruditos occidentales (a pesar de las críticas al “orientalismo”) y, en menor medida, las obras a las que se puede acceder realizadas por juristas contemporáneos “del Sur”, como Abdullahi An-Na’im y Upendra Baxi, entre otros.¹²⁹ La tarea es de enormes proporciones, pero seguirá constituyendo una parte fundamental del desarrollo de una teoría del derecho genuinamente cosmopolita.

b) *Revisar el canon*

Merece la pena preguntarse hasta qué punto hay textos relevantes en nuestra propia tradición que hayan quedado marginados u olvidados y que merezcan ser reincorporados por su pertinencia para una teoría jurídica más cosmopolita. Esto está ocurriendo en cierta medida con la atención que se le está prestando a *La Paz Perpetua* de Kant (1795). Pensadores como Grotius, Leibniz y Vico puede que también merezcan una atención renovada. De entre los textos anglo-estadounidenses que merecen ser desempolvados, yo incluiría algunos de los trabajos de Sir

129. Por ejemplo, An-Naim (1990, 1992), Baxi (2002). Mi trabajo “Human Rights: Southern Voices” (Macdonald Lecture, University of Alberta, 2005) es un modesto primer paso para intentar que estas obras se conozcan mejor entre los juristas anglófonos.

Henry Maine, los trabajos de Jeremy Bentham sobre el colonialismo, el derecho internacional y su ensayo (para mí decepcionante) sobre *Matters of Time and Place in Legislation*, así como un desarrollo y perfeccionamiento de la teoría de las “tareas del derecho” de Karl Llewellyn¹³⁰ —ésta es sólo una lista de preferencias personales.

c) *Reinterpretar la corriente dominante*

En tercer lugar, habría que adoptar una mirada crítica y con una perspectiva mundial para las ideas de nuestros propios juristas canónicos actuales. Un buen ejemplo de ello es la adaptación que ha realizado Thomas Pogge de la teoría de la justicia de Rawls a la escena mundial, analizando de forma mucho más convincente que en *The Law of Peoples*¹³¹ la aplicación de los principios de justicia de Rawls para el diseño y puesta en funcionamiento de prácticas e instituciones internacionales y transnacionales. El resultado es la transformación de una teoría bastante satisfactoria de la justicia dentro de los límites del Estado en una nueva, que ofrece una crítica potencialmente radical de las diferentes instituciones y ordenamiento existentes en el mundo.¹³² La interpretación que hace Tamanaha de Hart es otro ejemplo.¹³³ Algunos de los textos de Peter Singer se pueden interpretar como la aplicación contemporánea del utilitarismo de Bentham a las cuestiones mundiales y transnacionales.¹³⁴ Hay cuestiones interesantes sobre la aplicabilidad del Hércules de Dworkin al razonamiento e interpretación de otras tradiciones jurídicas. También, se pueden advertir importantes cambios en las teorías feministas a medida que se han ampliado sus horizontes geográficos.¹³⁵ El caso es que la reinterpretación con una perspectiva global de textos conocidos ya se ha puesto en marcha.

130. *GLT*, 75-82.

131. Rawls (1999).

132. Pogge (1989), comentado en *GLT* 69-75. El autor concluye: “Nuestro actual esquema institucional mundial es injusto y, como actores aventajados en este sistema, tenemos una responsabilidad compartida por esta injusticia” (277). De forma más amplia, la ética internacional ha realizado importantes avances en los últimos años gracias a los trabajos de Amartya Sen, Brian Barry y Charles Beitz, entre otros.

133. Tamanaha (2001). Dado que Tamanaha elimina casi todos los criterios de identificación de Hart para una concepción amplia del derecho, la aplicación de la teoría de Hart queda más limitada, pero no se resta valor analítico a conceptos como la regla del reconocimiento, normas primarias y secundarias, la distinción entre normas y hábitos, todos ellos potencialmente útiles a la hora de analizar no sólo los sistemas jurídicos nacionales, sino también otros sistemas normativos.

134. Por ejemplo, Singer (2002); cf. Jamieson (1999).

135. Por ejemplo, Nussbaum y Glover (1995), Cook (ed.) (1994), Riles (2002).

(ii) *Replanteamientos*

Una de las tareas de la teoría es la articulación y el análisis crítico de las suposiciones y conceptos que se utilizan en el discurso jurídico en general y en ámbitos más especializados. A medida que la mundialización va influyendo concediendo más importancia a los ámbitos transnacionales, como el derecho comparado, el derecho internacional público, la legislación sobre derechos humanos, el derecho internacional económico y financiero, los regímenes regionales, etc., se va creando la necesidad de someter sus planteamientos y discursos a un estudio crítico. Esto ya se ha dado de algún modo en algunas áreas. Los antropólogos (incluidos los antropólogos jurídicos) del siglo XIX reconocieron que habían errado al considerar las sociedades pequeñas como unidades atemporales y aisladas, y desde entonces se inclinaron más por tratar contextos históricos y geográficos más amplios.¹³⁶ Las obras de Philip Allott, Richard Falk, Fernando Tesón y otros teóricos del derecho internacional son claras aportaciones a la teoría general del derecho. De igual modo, la corriente dominante del derecho comparado ha sido en los últimos años objeto de crítica permanente desde perspectivas muy diversas.¹³⁷

Probablemente, los avances más importantes se están dando en los estudios socio-jurídicos; por lo general, en un nivel teórico básico. Por ejemplo, algunos de los mejores trabajos teóricos que se han realizado en los últimos años han sido sobre aspectos transnacionales de la regulación, gobierno regional y protección medioambiental.¹³⁸

(iii) “*Relevancia*”

Hemos visto que hay un sentimiento bastante extendido de que los recientes trabajos de la filosofía jurídica se han alejado de los estudios y de la práctica jurídica.¹³⁹ Por el contrario, los estudiosos del derecho han sido bastante sensibles a los estímulos de la “globalización”, hasta el punto de que algunos piensan que determinados ámbitos transnacionales se han puesto demasiado de moda. Sin entrar en los debates sobre la “relevancia” de la teoría, permítanme tocar dos aspectos sobre esta receptividad.

En primer lugar, hay una serie de campos especializados de los estudios jurídicos que cada vez destacan más debido a sus últimos desarrollos. Por ejemplo,

136. Collier y Starr (1989) señalan el cambio de rumbo en la antropología jurídica.

137. Por ejemplo, Edge (ed.) (2000), Legrand y Munday (eds.) (2003), Reiman (1996) y (2004), *GLT*, Cap. 7.

138. Sobre regulación, véase, por ejemplo, Parker *et al.* (1994); Chayes y Chayes (1995), Braithwaite y Drahos (2000); sobre teoría jurídica y la UE, McCormick (1997), Ward (2002) (2003), Weiler (1999).

139. Sobre la ambigüedad de la “práctica jurídica” en este contexto, véanse apartados anteriores.

Boaventura de Sousa Santos, en un estudio magistral sobre las áreas del derecho que pueden verse más afectadas por la “globalización” en todos los niveles —local, estatal y mundial—, hace una lista del siguiente “programa de investigación”: la globalización de la regulación del Estado-nación; los regímenes de integración regional; la *lex mercatoria*; la legislación sobre los movimientos de personas (migraciones, desplazados, refugiados, ciudadanía); el derecho de los pueblos indígenas; los derechos humanos; el *ius humanitatis* (el legado común de la humanidad);¹⁴⁰ y, finalmente, la “reforma global de los tribunales” (incluida la exportación del “estado de derecho” y de las ideas de la democracia representativa y de la judicialización de la política).¹⁴¹ Por supuesto, la lista no está completa. Los criterios de relevancia de Santos están directamente relacionados con su punto de vista ideológico. Otros autores podrían añadir las comunicaciones, la regulación de los mercados financieros, la proliferación nuclear, el crimen transnacional, las respuestas al terrorismo, el comercio de armas, los crímenes contra la humanidad, etc. Hay muchos programas posibles. Además, obviamente, dentro de cada campo puede que haya temas que merezcan la atención teórica desde una perspectiva local (o especializada) y en diferentes niveles de abstracción. Santos es el claro ejemplo de un jurista que ha intentado desarrollar una teoría social general del derecho que está estrechamente relacionada con cuestiones y tendencias políticas y sociales muy concretas.¹⁴²

La teoría jurídica se puede desarrollar sobre la base de áreas especializadas de los estudios jurídicos; por supuesto, también puede responder directamente a temas mundiales que se consideran de gran calado, como la guerra y la paz, la pobreza, la economía y el desarrollo social, el medio ambiente, las pandemias, el genocidio, el terrorismo, etc.¹⁴³ De nuevo, existen multitud de listas y programas, que expresan diferentes puntos de vista, ideologías e intereses. No podemos esperar que haya un consenso, pero la adopción de una perspectiva mundial y el hecho de preguntarse por las posibles repercusiones de la “globalización” para la teoría y la disciplina del derecho pueden, al menos, estimular el pensamiento y

140. Éste parece un ejemplo importante de un concepto del que se podría sacar gran provecho con más avances y análisis filosóficos rigurosos.

141. Hay algunas modificaciones entre las listas en Santos (1995) y Santos (2002).

142. En *GLT*, Cap. 10 hay una crítica extensa de Santos (1995). Santos (2002) tenía algunas revisiones sustanciales.

143. Hace casi cuarenta años, Julius Stone escribió un artículo titulado “Trends in Jurisprudence in the Second Half Century”, publicado por Hathaway (1980). Su lectura puede ser bastante deprimente, puesto que la lista de temas parece seguir siendo bastante actual, algunas cuestiones que él consideraba como agotadas aún siguen vigentes y algunos puntos de su programa aún no se han desarrollado, como es el caso de la mejor integración entre los enfoques analíticos y socio-jurídicos (Twining 2003). No obstante, ha habido algunos cambios; por ejemplo, la pregunta: “¿De qué forma podría el derecho del Estado (o el derecho, en sentido más amplio) contribuir a promover u obstaculizar la consecución de los Objetivos del Milenio?”, da más lugar a la esperanza que la pregunta extremadamente ambigua: “¿Cuál es el papel del derecho en el desarrollo?”, sobre la que los miembros de *Law and Development* se preocuparon enormemente para no llegar prácticamente a ningún sitio.

el debate sobre posibles nuevas líneas de investigación y las direcciones hacia las que nosotros, como juristas, nos deberíamos mover.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel, Richard and Philip Lewis (eds.) (1988-89), *Lawyers in Society*. (3 vols.) Berkeley y Los Angeles: University of California Press.
- Allott, Philip (1990), *Eunomia: new order for the world*. Oxford: Oxford University Press.
- (2002), *The health of nations: society and law beyond the state*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Abdullahi An-Na'im, (1990), *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights and International Law*. Syracuse: Syracuse University Press.
- (ed.) (1992), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- An-Na'im, Abdullahi y Francis Deng (eds.) (1990), *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*. Washington DC: The Brookings Institution.
- Barcello, John J. III y Roger C. Cramton (eds.) (1999), *Lawyers' Practice and Ideals: A Comparative View*. La Haya y Londres: Kluwer Law International.
- Barnett, Hilaire (1995), "The province of jurisprudence determined - again!" 15 *Legal Studies* 88.
- Barnett, Hilaire y Dianna Yach (1985), "The teaching of jurisprudence in British universities and polytechnics". 5 *Legal Studies* 151.
- Baxi, Upendra (1999), "Voices of Suffering, Fragmented Universality, and the Future of Human Rights" en H. B. Weston and S. P. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights* 101.
- (2002), *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University; segunda ed. próximamente, 2005.
- Bentham, Jeremy (1970), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. (ed. H. L. A. Hart y J. H. Burns) Londres: Athlone Press.
- Berkowitz, Daniel, Katarina Pistor y Jean-Francois Richard (2003), "The Transplant Effect." 51 *American Jo. Comparative Law* 163-201.
- Berman, Harold (1983), *Law and Revolution: The Formation of the Western Tradition*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Bix, Brian (1995), "Conceptual Questions and Jurisprudence", 1 *Legal Theory* 465.
- (2000), "Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies". 32 *Rutgers Law Jo.* 227.
- Black, Donald (1976), *The Behavior of Law*. Nueva York: Academic Press.
- "Legal Relativity", en David S. Clark (ed.) *Encyclopedia of Law and Society*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Blankenburg, E. y F. Bruinsma (1994), *Dutch Legal Culture*. Deventer: Kluwer, 2ª ed.
- Bodenheimer, Edgar (1956), "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", 104 *U. Pennsylvania L. Rev.* 1080.
- Bohannan, Paul (1957), *Justice and Judgement among the Tiv of Nigeria*. Oxford: Oxford University Press.

- Bradney, Anthony y Fiona Cownie (2000), *Living Without Law: An ethnography of Quaker decision-making, dispute avoidance and dispute resolution*. Aldershot: Ashgate.
- (2003), *English Legal System in Context*. Londres: Lexis Nexis.
- Braithwaite, John y Peter Drahos (2000), *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Buchanan, Allen (2000) “Rawls’s Law of Peoples: Rules for a Vanished Westphalian World”. 110 *Ethics* 697.
- Chang, Ruth (ed.) (1997), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Chayes, Abraham y Antonia Chayes (1995), *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Coleman, Jules (ed.) (2001), *The Postscript: Essays on Hart’s Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Coleman, Jules (2001a), *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Collier, Jane y June Starr (eds.) (1989), *History and Power in the Study of Law*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Cook, Rebecca (ed.) (1994), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*. Filadelfia: Pennsylvania University Press.
- Cotterrell, R. y J. C. Woodliffe (1974), “The Teaching of Jurisprudence in British Universities”, 1974 *JSP TL (NS)* 89.
- Cotterrell, Roger (1998), “Why Must Legal Ideas be Interpreted Sociologically?” 25 *Jo. Law and Society* 171.
- Dauvergne, Catherine (ed.) (2003), *Jurisprudence in an Interdependent Globe*. Aldershot: Ashgate.
- Deng, Francis M. (1986), *The Man Called Deng Majok: A Biography of Power, Polygyny and Change*. New Haven: Yale University Press.
- (1998), “The Cow and the Thing Called ‘What’: Dinka Perspectives on Wealth and Poverty”, 52 *Journal of International Affairs* 101.
- Dezalay, Yves and Bryant Garth (1996), *Dealing in Virtue*. Chicago: University of Chicago Press.
- (2002), *The Internationalization of Palace Wars*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dixon, Julie (2001), *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart.
- Drobnig, Ulrich y Manfred Rehbinder (eds.) (1994), *Rechtrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht: Karl N. Llewellyn und seine Bedeutung heute*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Duff, R. A. (ed.) (1998), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- (1986), *Law’s Empire*. London: Fontana.
- (2002), “Thirty Years On”, 115 *Harvard L. Rev.* 1655. Revisión de Coleman 2001.
- Edge, Ian (ed.) (2000), *Comparative Law in Global Perspective*. Nueva York: Transaction Publishers.
- Espeland Wendy N., y Mitchell L. Stevens (1998), “Commensuration as a Social Process”, 24 *Annual Rev. of Sociology* 313.
- Falk, Richard (1998), *Law in an emerging global village*. Ardsley, NY: Transnational Publishers.

- (2002), “Reframing the legal agenda of world order in the course of a turbulent century”, en Likosky (ed.) Ch.17.
- Finnis, John (1980), *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Fitzpatrick, Peter (1992), *The Mythology of Modern Law*. Londres: Routledge.
- Foster, N. (ed.) (2005), Symposium on Glenn *Legal Traditions of the World, 1 Int. Jo. Comparative Law* (próximamente).
- Freeman, M. D. A. (2001), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell, 7ª ed.
- Galanter, Mark (1981), “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law”, 19 *J. Legal Pluralism* 1.
- Gallie, W. B. (1956), “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 167.
- Geertz, Clifford (1983), *Local Knowledge*. Nueva York: Basic Books.
- Ghai, Yash P. (2000), ‘Universalism and Relativism: Human Rights as a Framework for Negotiating Inter-ethnic Claims’, 21 *Cardozo Law Review* 1095.
- (1998), “Human Rights and Asian Values”, 9 *Public Law Review* 9: 168.
- Glenn, H. Patrick (1987), “Persuasive Authority”, 32 *McGill Law Jo.* 261
- (2000/ 2004), *Legal Traditions of the World. 2ª ed.*, Oxford: Oxford UP. 1ª ed., 2000.
- (2001), “Are Legal Traditions Incommensurable?”, 49 *American Jo. Comparative Law* 133.
- (2003), “A Transnational Concept of Law” en Cane and Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies* 839.
- (2003a), “The nationalist heritage” en Legrand and Munday (eds.), Cap. 4.
- Gordley, James (1991), *The Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press.
- Giffiths, John (1986), “What is Legal Pluralism?” 24 *Jo. Legal Pluralism* 1.
- (2003), “The Social Working of Legal Rules”, 48 *Jo. Leg. Pluralism*, 1-83.
- Gulliver, Philip (1963), *Social Control in an African Society*. London: Routledge.
- Habermas, Jurgen (1996), *Between Facts and Norms* (trad. William Rehg). Cambridge, Mass.: MIT Press. 1963.
- Halpin, Andrew (1997), *Rights and Law: Analysis and Theory*. Oxford: Hart, Oxford.
- (2005), “Thirty Years off the Point: The Methodology of Jurisprudence”. Próximamente.
- Hart, H. L. A. (1954), “Definition and Theory in Jurisprudence”, 70 *LQR* 57.
- (1957), “Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer”, 105 *U. Pennsylvania L. Rev.* 953
- (1961/1994), *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press 2ª ed., incluyendo un Postscript.
- (1967), “Problems of Philosophy of Law”, en P. Edwards (ed.), *Encyclopedia of Philosophy* 6: 264. Nueva York: Macmillan and Free Press, reimpresso en Hart 1983 Oxford: Cap. 3.
- (1982), *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. y Tony Honoré (1985), *Causation and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2ª ed.
- Hathaway, Barbara D. (1980), *Julius Stone: A Bio-Biography*. Austin: University of Texas Law School.
- Hathaway, Oona A. y Harold H. Koh (eds.) (2005), *Foundations of international law and politics*. Nueva York: Foundation Press.

- Headland, Thomas M., Kenneth L. Pike y Marvin Harris (eds.) (1990), *Emics and Etics: The Insider/Outsider Debate*. Londres: Sage.
- Held, David (1995), *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*. Stanford: Stanford University Press.
- Himma, Kenneth Einar (2004), "Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-essentialist Socio-legal Positivist Analysis of the Concept of Law", 24 *Oxford Jo. Legal Studies* 717 (Revisión de Tamanaha 2001).
- Hirst, Paul Q. y Grahame Thompson (1999), *Globalization in Question: The international economy and the possibilities of governance*. Cambridge: Polity Press.
- Hoebel, E. Adamson (1954), *The Law of Primitive Man*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Horder, Jeremy (ed.) (2000), *Oxford Essays in Jurisprudence*. (Cuarta Serie) Oxford: Oxford University Press.
- Horwitz, Morton (1997), "Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?" 17 *Oxford Jo. Legal Studies* 551.
- Huxley, Andrew (ed.) (2002), *Religion, Law and Tradition*. Londres: Routledge.
- Jackson, Bernard (2002), "Internal and External Comparisons on Religious Law: Reflections from Jewish Law", 2 *Daimon. Annuario di diritto comparata della religione* 257.
- Jamieson, Dale (ed.) (1999), *Singer and his Critics*. Oxford: Blackwell.
- Kant, Immanuel (1795/2003), *To Perpetual Peace: a philosophical sketch*. Trad. Ted Humphrey, Indianápolis: Hackett pub.
- Kennedy, David (2003), "The methods and the politics", en Legrand and Munday (eds.) Ch. 11.
- Koniak, Susan (1996), "When Law Meets Madness", 8 *Cardozo Studies in Law and Literature* 65.
- Kornhauser, Lewis A. (2004), "Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law", 70 *Chicago-Kent L. Rev.* 355.
- Lacey, Nicola (1998), "Contingency, Coherence, and Conceptualism", en R. A. Duff (ed.) (1998).
- (2000), "Philosophical Foundations of the Common Law: Social not Metaphysical", en Jeremy Horder (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence* (cuarta serie).
- (2004), *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- (2005), "Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited" (próximamente, 2005).
- Lawson, F. H. (1950), "The Field of Comparative Law", 61 *Juridical Review* 16.
- Legrand, Pierre y Roderick Munday (eds.) (2003), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leiter, Brian (1997), "Is there an 'American' Jurisprudence?" (Revisión de Neil Duxbury *Patterns of American Jurisprudence*) 17 *OJLS* 367.
- (1997a), "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", 76 *Texas L. Rev* 267.
- (2001), "Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis", in Coleman (ed.).
- (2004), "Naturalism in Legal Philosophy", in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University Press.
- (2005), "The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century", 36 *Rutgers L. Jo.* 165.

- Likosky M. (ed.) (2002), *Transnational Legal Processes*. Londres: Butterworth.
- Lindblom, Tori and Kari Vogt (eds.) *Islamic Law Reform and Human Rights*. Nordic Human Rights Publications, Copenhagen, Oslo.
- Llewellyn, Karl N. (1962), *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: University of Chicago Press.
- Llewellyn, Karl N. y E. Adamson Hoebel (1941) *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press.
- MacCormick, Neil (ed.), *Constructing legal systems: 'European Union' in legal theory*. Dordrecht: Kluwer Academic.
- MacCormick, Neil y William Twining (1986), "Theory in the Law Curriculum", reimpresso en Twining (1997), Cap. 7.
- MacIntyre, Alasdair (1984), *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame: Notre Dame University Press.
- Marmor, Andrei (1998), "Legal Conventionalism", 4 *Legal Theory* 509.
- (2001), *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.
- Menski, W. (2000), *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*. Londres: Platinium.
- Merry, Sally E. (1988), "Legal Pluralism", 22 *Law and Society Rev.* 869.
- Moore, Sally Falk (1978), *Law as Process*. Boston: Routledge and Kegan Paul.
- Myrdal, Gunnar (1944), *An Asian Dilemma*. Nueva York: Harper.
- Nagel, Thomas (2005), "The Central Questions", *London Review of Books*, 27, 3 Feb. 2005 (revisión de Lacey 2004).
- Nelken, David (ed.) (1997), *Comparing Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth.
- Nelken, David and Johannes Feest (eds.) (2001), *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart.
- Noonan, John (1984), *Bribes*. Nueva York: Macmillan.
- Nussbaum, Martha y Jonathan Glover (eds.) (1995), *Women, Culture, and Development: A Study of Human Capabilities*. Oxford: Clarendon Press.
- Örücü, Esin (1999), *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, 59 *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking Deventer*: Kluwer.
- (2002), "Law as Transposition", 51 *Int. and Comp. L. Qtrly.* 205.
- (2004), *Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century*. Leiden: Martinus Nijhoff Brill.
- Örücü, Esin, E. Attwooll y S. Coyle (eds.) (1996), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*. Londres: Kluwer Law International.
- Palmer y Roberts, (1998), *Dispute Processes: ADR and the primary forms of decision-making*. Londres: Butterworths.
- Parker, Christine, Colin Scott, Nicola Lacey y John Braithwaite (eds.), *Regulating Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Penner, James, Nicola Lacey, David Schiff y Richard Nobles (2002), *Jurisprudence and Legal Theory*. Londres: Butterworth.
- Pistor, Katarina y P. A. Wellons (1999), *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-95*. Oxford: Oxford UP.
- Pogge, Thomas (1989), *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press.
- Ramasatry, A. (2002), "What Local Lawyers Think: A Retrospective on the EBRD's Legal Indicator Surveys", en *Law in Transition: Ten Years of Legal Transition*. Londres, European Bank for Reconstruction and Development.
- Rawls, John (1999), *The Law of Peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (1999a), *Collected Papers* (ed. S. Freeman). Cambridge, Mass.: Harvard UP.

- (2001), *Justice as Fairness: A Restatement* (ed. Erin Kelly). Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- Raz, Joseph (1970), *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- (1979), *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (1998), “Two Views of the Nature of the Theory of Law”, 4 *Legal Theory* 249.
- Reimann, Mathias (1996), “The End of Comparative Law as an Autonomous Discipline”, 11 *Tulane Civil and European Law Forum* 49.
- (2002) “The Progress and Failure of Comparative Law”, 50 *Am. Jo. Comp. L.* 671.
- Riles, Annelise (2002), “The Virtual Sociality of Rights: the case of ‘women’s rights are human rights’”, en Likosky (ed.) Cap. 20.
- Roberts, Simon (1979), *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*. Harmondsworth: Penguin.
- (1998), “Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain”, 42 *Jo. Legal Pluralism* 95.
- (2005), “After Government? On Representing Law Without the State”, 68 *M L R* 1.
- Rosen, Lawrence (2000), *The Justice of Islam*. Oxford: OUP.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense*. Londres: Routledge.
- (2002), *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation*. Londres: Butterworth.
- Schlesinger, Rudolph B. (ed.) (1968), *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*. 2 vols. Nueva York: Oceana.
- Sen, Amartya (1981), *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford: Oxford University Press.
- (1997), “Human Rights and Asian Values: What Lee Kuan Yew and Li Peng don’t understand about Asia”, *The New Republic*, 14 y 21 julio: 33-40.
- (1999), *Development as Freedom*. Nueva York: Knopf.
- Shapiro, Martin (1981), *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press.
- Singer, Peter (2002), *One World*. New Haven: Yale University Press.
- Slaughter, Anne-Marie (1994), “A Typology of Transjudicial Communication”, 29 *U. Richmond Law Rev.* 99.
- (2004), *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.
- Stern, Vivien (1998), *A Sin Against the Future: Imprisonment in the World*. Harmondsworth: Penguin.
- Stone, Julius (1956), *The Province and Function of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- (1967), “Trends in Jurisprudence in the Second Half-Century”, impreso en Hathaway (1980).
- Sugarman, David (próximamente, 2005), *An interview with Herbert Hart* (1988).
- Tamanaha, Brian (1993), *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplanted Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (1997), *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2001) *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford; Oxford University Press.
- (2004) *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge UP.
- Teson, Fernando R. (1998), *A philosophy of international law*. Boulder: Westview Press.
- Teubner, Gunther (1996b), “ ‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in World Society”, Cap. 1 en Teubner (1996a).

- Twining, William (1973), *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Londres: Weidenfeld and Nicolson.
- (1979), “Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart”, 95 *Law Quarterly Rev.* 557 (reimpreso en *GJB* Ch. 4).
- (1994), *Rethinking Evidence*. Evanston: Northwestern UP.
- (1994a), *Blackstone’s Tower*. Londres: Sweet and Maxwell.
- (1997), *Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford: Oxford University Press.
- (2000a), *Globalisation and Legal Theory*. Londres: Butterworth; Evanston: Northwestern UP.
- (2000b), “Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition”, en I. Edge (2000) 21.
- (2001), “A cosmopolitan discipline? Some implications of ‘globalisation’ for legal education”, 8 *Int. Jo. Legal Profession* 23, también en 1 *Jo. of Commonwealth Law and Legal Education* 13.
- (2001a), “Cosmopolitan Legal Studies,” 9 *Int. Jo. Legal Profession* 99.
- (2002a), *The Great Juristic Bazaar: Jurists’ Texts and Lawyers’ Stories*. Aldershot: Ashgate (*GJB*).
- (2002b), “Reviving General Jurisprudence”, en Likosky (ed.) (reimpreso en *GJB* 335).
- (2003), “The Province of Jurisprudence Re-examined”, Julius Stone Lecture, en Dauvergne (ed.) Cap. 2.
- (2003a), “A Post-Westphalian Conception of Law”, 37 *Law and Society Review* 199.
- (2005), “Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context”, 1 *Int. Jo. Law in Context* (próximamente).
- (2005a), “Diffusion of Law: A Global Perspective”, *Jo. Legal Pluralism* (próximamente).
- (2005b), “Social Science and Diffusion of Law”, *Jo. Law and Society* (próximamente).
- (2005c), “Human Rights: Southern Voices” (próximamente).
- Twining, William y David Miers (1999), *How to Do Things With Rules*. Londres: Butterworth, 4ª ed.
- Unger, Roberto M. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* NY/Londres: Verso.
- Van Hoecke, M. (1985), *What is Legal Theory?* Leuven: Acco.
- Ward, Ian (2003), *A critical introduction to European law*. Londres: Lexis Nexis.
- (2003a), *Justice, humanity, and the new world order*. Aldershot: Ashgate.
- Watson, Alan (1974/1993), *Legal Transplants*. Edimburgo: Scottish Academic Press; ed. revisada, 1993.
- (2000b), *Law Out of Context* Atenas: U. Georgia Press.
- Weiler, Joseph H. H. (1999), *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weyrauch, Walter (ed.) (2001), *Gypsy Law: Romani legal traditions and culture* Berkeley: University of California Press.
- Woodman, Gordon (2003), “Why there can be no map of law”, en R. Pradhan (ed.) *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic, and Political Development*. Katmandú: Commission on Folk Law and Legal Pluralism.
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz (1998), *An Introduction to Comparative Law*. Trad. Tony Weir, Oxford: OUP 3ª ed.