

IMPLICACIONES DE LA GLOBALIZACIÓN PARA EL DERECHO COMO DISCIPLINA *

Implications of ‘Globalisation’ for Law as a Discipline

William TWINING **

University College London (Reino Unido)

RESUMEN

La disciplina del Derecho, tal y como está institucionalizada en la tradición anglo-americana y, de manera general, en Occidente, responde de diversas maneras a los desafíos de la llamada “globalización” (utilizada aquí en un sentido amplio). Estas respuestas son dinámicas, fragmentadas, emocionantes y amenazadoras. Una de las tareas de la teoría del Derecho es dar sentido y evaluar estos avances. Los especialistas necesitamos preguntarnos: “¿cuáles son las implicaciones de la globalización para mi especialidad o en este tema de investigación?” El propósito de este trabajo es sugerir una aproximación a esta cuestión, a través de un examen auto-crítico de las hipótesis del trabajo propio, desde una perspectiva global, utilizando “tipos ideales” ilustrativos de las tendencias y asunciones que sustentan (a) las tradiciones occidentales de la Ciencia del Derecho; (b) la tradición occidental y “territorial” del clásico Derecho micro-comparativo y (c) un modelo ingenuo de escritos legales sobre transmisión/recepción/difusión. Estas construcciones indican que nuestras culturas académicas han tendido a estar orientadas, por lo general, hacia el Estado y a ser seculares, positivistas, “de arriba hacia abajo”, norte-céntricas, ignorantes de otras tradiciones, no-empíricas y universalistas respecto a la moral. Es decir, y por supuesto, una caricatura. Pero en la medida en que estas asunciones y tendencias se mantienen, estos modelos ideales ponen de relieve algunos puntos cruciales con los que son desafiados, mediante la adopción de una perspectiva global. Tales puntos incluyen la importancia del Derecho no-estatal, el pluralismo legal y normativo, las explicaciones acerca de la convergencia, la armonización y la difusión (¿se refieren estos informes sólo a “al Derecho de superficie”?), las concepciones cambiantes de los límites territoriales y de la soberanía, la “caja negra” de la teoría del Derecho (por ejemplo, Hart) y de la justicia (por ejemplo, Rawls), el etnocentrismo, la falacia de que vivimos en “una era secular”, la importancia del pluralismo de creencias, y la escasez en nuestro stock de conceptos analíticos que trasciendan las culturas y tradiciones jurídicas.

Palabras clave: globalización, ciencia jurídica, pluralismo jurídico, derecho no estatal, soberanía, culturas jurídicas.

* Traducción Josefa D. Ruiz-Resca.

** Quain Profesor Emeritus de Teoría del Derecho de la University College London, y profesor visitante de la University of Miami Law School. Este artículo es una traslación, con algunos ajustes menores, del capítulo 3 de Andrew Halpin and Volker Roeben (eds.) *Theorising the Global Order* (Oxford: Hart Publishing, 2009) y se reproduce aquí con permiso de los editores. Doy las gracias a Terry Anderson, Andrew Halpin, Roeben Volker y los editores por sus útiles comentarios y sugerencias.

ABSTRACT

The discipline of law, as it is institutionalised in the Anglo-American tradition, and more generally in the West, is responding in a variety of ways to the challenges of so-called “globalisation” (used here in a broad sense). These responses are dynamic, fragmented, exciting, and threatening. One task for legal theory is to make sense of and evaluate such developments. Individual scholars need to ask: What are the implications of globalisation for my specialism or this research topic? The purpose of this paper is to suggest an approach to this question through self-critical examination of one’s own working assumptions from a global perspective, using illustrative “ideal types” of general assumptions and tendencies underpinning (a) Western traditions of academic law; (b) the “Country and Western Tradition” of classical micro-comparative law and (c) a naïve model of legal writings about transplants/reception/diffusion. These constructions suggest that our academic cultures have tended to be state-oriented, secular, positivist, “top-down”, North-centric, ignorant of other traditions, unempirical, and universalist in respect of morals. This is, of course, a caricature. But insofar as these assumptions and tendencies hold, these ideal types highlight some crucial points at which they are challenged by adopting a global perspective. Such points include the significance of non-state law, legal and normative pluralism, accounts of convergence, harmonisation, and diffusion (do such accounts relate only to “surface law”?), changing conceptions of territorial boundaries and of sovereignty, “black box” theories of law (e.g. Hart) and justice (e.g. Rawls), ethnocentrism, the fallacy that we live in “a secular age”, the significance of belief pluralism, and the paucity of our stock of analytic concepts that transcend legal traditions and cultures.

Key words: globalization, legal theory, legal pluralism, non-state law, sovereignty, legal cultures.

INTRODUCCIÓN¹

Durante más de veinte años, se nos ha bombardeado hablando de “la globalización”. No es sorprendente que esta circunstancia haya supuesto una gran cantidad de hipérbole, que se refleja en los agitados títulos de libros apocalípticos: *El mundo sin fronteras*, *El fin de la historia*, *Nuestro vecindario global*, *La Yihad versus el Mcmundo*, *La Tierra es plana*, *El choque de civilizaciones* o *El fin de la*

1. Este ensayo condensa una serie de temas abordados con mayor detenimiento en William Twining, *General Jurisprudence: Understanding law from a global perspective* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009) (en lo sucesivo, GJP); *Globalisation and Legal Theory* (Londres, Butterworth, 2000) (en adelante GLT). En español, “Teoría General del Derecho”, en M. Escamilla y M. Saavedra (eds.) *La Ley y la Justicia en la Sociedad Global*. (Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, 2005). Se diferencia no obstante de estos en la adopción del punto de vista de un investigador individual, tratando de dar sentido a la “globalización” y a su relevancia para su campo de especialización. Se ha mantenido la perspectiva de un jurista inglés frente a un público de habla mayoritariamente inglesa. Como antecedentes, véase “Entrevista de William Twining” de Manuel Atienza y Raymundo Gama.

soberanía.² Después de un retraso intelectual razonable, la Ciencia del Derecho ha respondido a esta evolución. Esto se ilustra en catálogos de editores de temas jurídicos, en la proliferación de nuevas revistas con “global” o “internacional” en el título, y significativos, y a veces bastante radicales, “reconsideraciones” de ámbitos como el Derecho internacional, el Derecho comparado, la legislación comunitaria y los derechos humanos³. Sin embargo, esta respuesta ha sido desigual y fragmentaria. Por ejemplo, la educación legal en el Reino Unido y los Estados Unidos ha cambiado más lentamente, tal vez porque la mayoría de los cursos profesionales y exámenes siguen centrándose casi exclusivamente en el Derecho interno nacional. Casi todos los abogados son especialistas y la mayoría de las respuestas proceden de los campos que tradicionalmente han tenido un enfoque transnacional importante. De manera comprensible, ha habido una menor presión sobre los especialistas en campos tradicionalmente considerados como nacionales o locales, como el Derecho inmobiliario, la responsabilidad civil, el Derecho penal, el Derecho procesal civil y el Derecho del gobierno local. Sin embargo, hay una acuciante cuestión a la que se enfrenta cualquier estudioso del Derecho: ¿Cuál es

2. K. Ohmae, *The Borderless World* (New York, Harper Collins, 1991) [traducido al español como *El mundo sin fronteras* y publicado por McGraw. Hill de Manag]; F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York, Free Press, 1992) [traducido al español como *El fin de la historia y el último hombre*, y publicado por Planeta]; The Report of the Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood* (The Brandt Report, New York, Oxford University Press, 1995); B. Barber, *Jihad vs. McWorld: How Globalism and Tribalism are Reshaping the World* (New York, Ballantine Books, 1995); S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (New York, Touchstone, 1997) [traducido al español como *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, está publicada por Paidós Ibérica]; T. Friedman, *The World Is Flat: a brief history of the twenty-first century* (New York, Farrar Straus and Giroux, 2005) [traducido al español como *El mundo es plano: breve historia del mundo globalizado siglo XXI*, ha sido publicado por la editorial Martínez Roca]; D. Easton (ed.), *End of Sovereignty: A Transatlantic Perspective* (Hamburg, Lit Verlag, 2006).

3. Véase, en relación al Derecho Internacional, P. Allott, *Eunomia, new order for the world*. (Oxford, Oxford University Press, 1990), T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford, Oxford University Press, 1995); M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Arguments* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005); S. Besson and J. Tasioulas, (eds.), *Philosophy of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008). En relación al Derecho comparado, véase I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (New York, Transnational Publishers); A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford, Hart, 2001); P. Legrand y R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003); E. Örüçü y D. Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford, Hart, 2007). En relación a los Derechos Humanos, véase U. Baxi, *The Future of Human Rights* (Delhi, Oxford University Press, 2002; 2nd edn, 2006) and *Human Rights in a Post-human World* (New Delhi, Oxford University Press, 2007); M. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006); C. Gearty, *Can Human Rights Survive?* (Hamlyn Lectures) (Cambridge, Cambridge University Press, 2006); J. Griffin, *On Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2008). Respecto al Derecho Europeo Comunitario, véase N. Walker, (ed.), *Sovereignty in Transition* (Oxford, Hart, 2003) and N. Walker, ‘Legal Theory and the European Union, A 25th Anniversary Essay’ (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies* 581; I. Ward, *A Critical Introduction to European Law* (London, Butterworth, 1996; 3rd edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009).

la relevancia de la “globalización” respecto a mi tema o a este tema? El propósito de este ensayo es ofrecer un acercamiento a esta pregunta.

GLOBALIZACIÓN

Por lo que se refiere a este trabajo, no es necesario entrar en los debates sobre el significado y la importancia de la “globalización”. En algunos contextos, el término se utiliza para referirse a las relaciones económicas dentro de una única “economía mundial”. Este uso se ilustra en el movimiento “anti-globalización”, el cual se dirige principalmente contra el dominio en la economía mundial de la ideología y las prácticas capitalistas asociadas a unos pocos, y poderosos, países e instituciones. Esto es restrictivo de dos maneras. En primer lugar, se refiere sólo a un conjunto de relaciones y, en segundo lugar, se limita principalmente al mundo considerado de forma conjunta. En este contexto, utilizo el término “globalización” en un sentido amplio, siguiendo a Anthony Giddens⁴, para ir más allá de la economía e incluir cualquier proceso que tienda a hacer las relaciones humanas —económicas, políticas, culturales, de comunicación, etc.— más interdependientes. A veces, esto se refiere al mundo en su conjunto, es decir, a aquellas relaciones y problemas que están realmente en todo el mundo, pero a veces se refiere a relaciones que trascienden las fronteras nacionales en mayor o menor grado.

Aquí voy a usar “global” en un sentido auténticamente mundial. Usaré términos diferentes para referirme a otros niveles de ordenación, como internacional, supranacional, transnacional, regional, diáspora y sub-nacional. En mi opinión, una disciplina cosmopolita del Derecho debe ocuparse de todos los niveles de relaciones y órdenes jurídicos en el mundo como un todo, pero muchos de estos fenómenos y procesos operan en niveles sub-globales.

He escrito contra el exceso de uso y el abuso de las palabras que empiezan por “global”- globalización, globalizable y otros global-balbucesos. No voy a repetirlo aquí⁵. Se necesita una mirada escéptica para hablar del “orden jurídico mundial”, del “Derecho global”, de los “abogados mundiales”, de los “bufetes globales”, o de la “cultura jurídica global”. Esto no se debe a que hablar así esté siempre injustificado, sino más bien a que las muchas generalizaciones sobre los llamados fenómenos “globales” son exageradas (“global” como generalizado), o confunden aspiración y realidad (por ejemplo, la Corte Penal Internacional aspira a ser mundial, pero, en realidad, todavía no lo es), o son superficiales, etnocéntricas, engañosas, sin sentido, especuladoras, exageradas, falsas o una combinación de todo lo anterior.

4. A. Giddens, *The Consequences of Modernity* (Stanford, Stanford University Press, 1990, p. 64 [existe traducción española, *Las consecuencias de la modernidad*, publicada por Alianza editorial]).

5. *GJP*, capítulo 1.4; W. Twining, ‘Globalisation and Comparative Law’ in Örucü and Nelken (eds.), en nota 2, pp. 69-75.

Lo más importante es que la *interdependencia es una cuestión relativa*. Una gran proporción de los procesos denominados como “globales” operan en niveles sub-globales más limitados. Estos niveles, en la medida en que son espaciales⁶, no anidan en una única jerarquía vertical —galáctica, global, regional, sub-nacional, estatal y local, y así sucesivamente. (Véase Tabla I)

TABLA I

NIVELES DEL DERECHO⁷

Si el Derecho se concibe como una forma de práctica social institucionalizada que trata de ordenar las relaciones entre los sujetos o personas (humanas, jurídicas, sin personalidad jurídica y de otro tipo) en una variedad de niveles de relaciones y órdenes, y no sólo las relaciones dentro de un estado nación o sociedad, un modo de caracterizar tales niveles es el esencialmente geográfico:

- *Global* (como ocurre con algunos problemas ambientales, un *ius humanitatis* es posible) y por extensión, un Derecho espacial (por ejemplo, derechos mineros en la luna).
- *Internacional* (en el sentido clásico de las relaciones entre Estados soberanos y, de manera más general, las relaciones que se rigen, por ejemplo, por los derechos humanos o el Derecho de los refugiados).
- *Regional* (por ejemplo, la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Unión Africana).
- *Transnacional* (por ejemplo, el Derecho islámico, hindú o judío, el Derecho romaní («gitanos»), el arbitraje internacional, una putativa *lex mercatoria*, el Derecho de INTERNET, y de manera más controvertida, la gestión interna de las multinacionales, la Iglesia católica o las instituciones de la delincuencia organizada)
- *Inter-comunal* (como en las relaciones entre comunidades religiosas, iglesias cristianas, o diferentes grupos étnicos)
- *Estatual territorial* (que incluye los sistemas jurídicos de los Estados nacionales, y las jurisdicciones sub-nacionales, como Florida, Groenlandia, Quebec e Irlanda del Norte).
- *Sub-estatales* (por ejemplo, el Derecho subordinado como las ordenanzas del Municipio de Camden o ley religiosa reconocida oficialmente con fines limitados en un sistema jurídico plural).
- *No estatales* (incluidas las leyes de los pueblos subordinados, como los nativos norteamericanos, los maoríes, el pueblo romaní o los ordenamientos jurídicos ilegales como el Derecho de Santos Pasagarda, el régimen legal del Ejército de Liberación del Pueblo del Sur, en el Sur de Sudán, y el “movimiento de Derecho común” de las milicias de los Estados Unidos)

Cuál de estos ejemplos debiera clasificarse como “Derecho” o “jurídico” es algo esencialmente controvertido dentro de la teoría jurídica, y también depende del contexto y los propósitos del discurso.

6. Sobre los peligros del exceso de uso de metáforas espaciales en relación al Derecho, véase especialmente G. Woodman, “Why there can be no maps of law?”, en I. Pradha (ed.), *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic, and Political Development*, Katmandú, Commission on Folk Legal and Pluralism Press, 2003), discutido en GJP capítulo 3.3.c. Véase también, Maarten Bavinck y Woodman Gordon, “Can There Be Maps of Law?”, en Franz. y Keebit. Benda Von-Beckmann y Ann Griffiths (eds.) (2009) *Spatializing Law* (Aldershot: Ashgate).

7. Adaptado de *GLT*, p. 139.

La interdependencia es, de manera extensa, una función de la proximidad o la cercanía: la proximidad puede ser espacial (contigüidad geográfica), colonial, militar, financiera, lingüística, religiosa, histórica o jurídica. En otras palabras, una imagen de las pautas del Derecho en el mundo tiene que tener en cuenta las regiones, los imperios, las diásporas, las alianzas, la extensión de la lengua, los socios comerciales, las tradiciones y familias jurídicas y así sucesivamente. El Imperio Británico, el mundo de habla inglesa, las diásporas religiosas, el mundo del Common Law, “el mundo árabe”, incluso las llamadas “guerras mundiales”, son todos sub-globales, por lo que es erróneo hablar de ellos como si se aplicaran al mundo en su conjunto. Estos patrones sub-globales son cruciales, especialmente para los juristas. Tratar todas las normas sobre derechos humanos e incluso todo Derecho internacional público como verdaderamente mundiales es, en muchos aspectos, una exageración. También borra las distinciones entre las aspiraciones y la realidad. Es difícil generalizar acerca de los fenómenos jurídicos a través de tradiciones y culturas, pero en la medida en que hay patrones razonablemente claros, la mayoría de ellos tienden a seguir estructuras sub-mundiales: la Unión Europea, el mundo de habla hispana, el mundo del Common Law, el ex bloque soviético, los antiguos imperios y las diásporas religiosas y étnicas.

Es importante tener cuidado con el uso de las palabras que empiezan por “global” y distinguir entre los diferentes niveles y esferas de las relaciones y ordenamientos. No obstante, a veces es útil adoptar una perspectiva global, pensar en términos del mundo en su conjunto, y tratar de construir imágenes completas de los fenómenos jurídicos y su distribución. No se trata de elaborar hipótesis fuertes sobre las uniformidades o la convergencia. Una perspectiva global implica ver el mundo y la humanidad en su conjunto, y plantear consideraciones de los fenómenos particulares en el contexto de imágenes geográficas amplias y de largos plazos históricos. El mundo *es* cada vez más interdependiente y es necesario adoptar una perspectiva global para comprender estos procesos en relación al Derecho. Nuestro mundo tiene todavía límites relativamente finitos, de una manera en la que, de forma creciente, las sociedades y los Estados nacionales no los tienen. La adopción de una perspectiva global es principalmente útil para establecer un contexto para estudios más particulares, típicamente locales, lo que todavía seguirá siendo el centro de atención principal de nuestra disciplina.

La importancia diferencial de la “globalización” para los ámbitos de conocimiento especializados

La globalización está teniendo ya, y seguirá teniendo, un impacto importante en el paisaje de los ámbitos jurídicos especializados. Y está ocurriendo de diferentes maneras. Sin embargo, ya son evidentes algunas tendencias claras. En primer lugar, se está dando un mayor énfasis a los ámbitos transnacionales ya establecidos, como el Derecho internacional público, el Derecho regional, la fiscalidad internacional, el comercio y las finanzas (incluida la “*lex mercatoria*” y la banca

y las finanzas islámicas), y el Derecho ambiental. También están surgiendo nuevos campos transnacionales, como el Derecho de Internet⁸, de la contratación⁹ y la justicia transicional¹⁰. A partir del 11 de septiembre [de 2001], se ha impulsado el Derecho penal internacional. Desde una perspectiva global, la brecha Norte-Sur es de una importancia crucial, y esto hace que los problemas de la pobreza mundial y el “Derecho y el desarrollo” (como quiera que estén caracterizados) sean mucho más centrales para la disciplina del Derecho y la teoría jurídica de lo que han sido en el pasado¹¹. Como se señaló anteriormente, se está asistiendo, desde 1990, a una oleada de cambios de percepción en varios ámbitos transnacionales¹².

Un segundo desarrollo obvio es el creciente reconocimiento de la dimensión jurídica de los problemas y fenómenos que son de alcance verdaderamente mundial, como el cambio climático y otros problemas ambientales, la pobreza radical, el patrimonio común de la humanidad, la migración, la guerra, la delincuencia internacional, el terrorismo, las pandemias y los medios de comunicación.

En tercer lugar, y menos obviamente, hay un creciente énfasis en las dimensiones transnacionales de las materias percibidas anteriormente como domésticas, tales como los contratos, el Derecho penal, el Derecho de familia, la propiedad intelectual, y la legislación laboral. Por ejemplo, en Derecho de familia, las cuestiones relativas a los intereses y derechos de los niños con respecto al trabajo, la custodia, la adopción y el secuestro más allá de las fronteras nacionales, y el comercio sexual¹³. En 2005, el taller “Globalizar el plan de estudios de Derecho”, realizado en la Pacific McGeorge Law School, dio lugar a la puesta en marcha de una serie de conferencias breves, “destinadas a facilitar la introducción de cues-

8. Véase, por ejemplo, C. Reed, *Internet Law, Text and Materials*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2004); P Polanski, *Customary Law of the Internet* (The Hague, T. M. C. 2007); M Froomkin, ‘ICANN’s UDRP, Its Causes and (Partial) Cures’ (2002) 67 *Brooklyn Law Review* 605 and Habermas@discourse.net, Toward a Critical Theory of Cyberspace (2003)116 *Harvard Law Review* 749.

9. Véase C. McCrudden, *Buying Social Justice, equality, government procurement, and legal change* (Oxford, Oxford University Press, 2007).

10. Véase, por ejemplo, R. Teitel, *Transational Justice*,(Oxford, Oxford University Press, 2000); C. Bell y otros, “Special Issue on Transitional Justice” (2007) 3 *International Journal of Law in Context*, n.º 2. Véase también la página web del Transitional Justice Institute (Universidad del Ulster) [http://www // justice.ulster.ac.uk](http://www.justice.ulster.ac.uk) [La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. Este enfoque surgió a finales de los años 80 y principios de los 90, principalmente como respuesta a cambios políticos y demandas de justicia en América Latina y en Europa oriental. En ese momento, se deseaba hacer frente a los abusos sistemáticos de los regímenes anteriores, pero sin poner en peligro las transformaciones políticas en marcha. Dado que estos cambios fueron popularmente conocidos como “transiciones a la democracia”, se comenzó a llamar a este nuevo campo multidisciplinario “justicia transicional”. N. de la trad.]

11. *Supra* n. 4 en el cap. 11.

12. *Supra* n. 12.

13. Véase, por ejemplo, la cubierta de A. Estin y B. Stark, *Global Issues in Family Law*, (St. Paul, Thomson / West, 2007).

ciones de Derecho comparado e internacional en los cursos básicos de Derecho [en los Estados Unidos]”¹⁴

En cuarto lugar, se está prestando una atención cada vez mayor a la difusión del Derecho en general, y, específicamente, de las prácticas religiosas y consuetudinarias a través de la migración, a su punto de encuentro con el Derecho interno del Estado en los países del Norte, y al hecho de que las comunidades de minorías étnicas y religiosas han institucionalizado las prácticas sociales que no están oficialmente reconocidas¹⁵.

Por último, hoy en día, ningún estudioso del Derecho, e incluso ningún alumno, puede centrarse únicamente en el Derecho interno de una única jurisdicción. Casi todos los estudiantes de Derecho en Europa, incluido el Reino Unido, se encuentran con el Derecho Comunitario Europeo y, directa o indirectamente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La literatura académica sobre el Derecho interno de Inglaterra y Gales también se basa en gran medida, aunque de forma desigual, en fuentes de los Estados Unidos, el Commonwealth y más allá. Así, la comparación transnacional y transversal ya está arraigada en nuestras culturas jurídicas, académicas y locales. Los juristas son todos ahora, en un sentido importante, comparatistas, incluso aunque la mayoría de nosotros carezcamos de sofisticación para el método comparativo. El Derecho comparado es cada vez más una forma de vida que una materia marginal, para unos pocos especialistas. Y la globalización aumenta significativamente esta tendencia.

El Derecho es una disciplina orientada a la participación, ampliamente preocupada por los detalles de problemas inmediatos, prácticos y locales. Existe el temor de que las respuestas entusiastas a la globalización puedan conducir a la doctrina y a la educación jurídicas a desprenderse de las raíces de su tradición jurídica particular y su práctica jurídica local. Esto puede, en efecto, ser un peligro¹⁶. Sin embargo, la práctica jurídica, en una sociedad multicultural, necesita en cierta medida ser multicultural; la preocupación por las libertades civiles y los derechos humanos no puede ser, en su naturaleza, puramente local; y, nos guste o no, somos ciudadanos de la Unión Europea. En Inglaterra, la cultura académica nunca ha sido totalmente provinciana (¡recuérdese el Derecho romano!), y se está

14. La iniciativa fue encabezada por el profesor Franklin Gevurtz y la serie ha sido publicada por Thomson / West, St. Paul, Minnesota. Véase por ejemplo, J. Spranklin, R. Coletta y M.C. Mirow, *Global Issues in Property Law* (2006) y J.A. Davies y P.T. Hayden, *Global Issues in Tort Law* (2008). Véase también Estin y Stark, *ibíd.* Para principios de 2008 habían sido publicados diez libros cortos en la serie. Una iniciativa similar está siendo examinada por el UK Centre for Legal Education sobre el Derecho islámico. Su función es proporcionar los materiales que puedan integrarse en los principales cursos de Derecho “interno”.

15. Véase, por ejemplo, D. Pearl y W. Menski, *Muslim Family Law*, 3ª ed. (Londres, Sweet & Maxwell, 1998) cap 3; R. Ballard (ed.), *Desh Pardesh, The South Asian Presence in Britain* (Hurst, 1994), I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States* (Aldershot, Ashgate, 2005); S. Bano, “Muslim family justice and human rights. The experience of British Muslim Women” (2007) 1 *Journal of Comparative Law* 38. Sobre las minorías religiosas en Europa, véase GJP, en 110-12.

16. Tales preocupaciones fueron discutidas en GJP, cap. 12.2 (b).

volviendo más firmemente cosmopolita. Cualquier estudioso del Derecho tiene que ser consciente de que la escena está cambiando y de que tiene que llevar a cabo estimaciones dificultosas acerca de cómo equilibrar lo local y lo particular con preocupaciones y contextos más amplios.

¿UN PAPEL PARA LA TEORÍA, EN LA INTERPRETACIÓN DE LA ESCENA ACTUAL?

Se pueden detectar los tipos de tendencias esbozadas en la última sección sin mucha ayuda de la teoría, pero ¿puede la teoría del Derecho añadir algo a estas observaciones del sentido común? Eso depende de la concepción que cada cual tenga de la teoría del Derecho. En mi opinión, una cuestión teórica es la que se plantea en un nivel relativamente alto de abstracción: la Teoría del Derecho es la parte general o más abstracta del Derecho como disciplina¹⁷. Es útil si la concebimos como un patrimonio y como una actividad. Como actividad, puede realizar una amplia gama de funciones, que incluye aclarar conceptos, formular hipótesis, abordar cuestiones filosóficas fundamentales (“la alta teoría”), la historia intelectual, la exploración de las conexiones con las disciplinas vecinas, y la construcción de síntesis y teorías primordiales. Si bien todas son relevantes para pensar en las implicaciones de la globalización, a fin de comprender el Derecho, hay dos funciones de teorización que son relevantes, de una manera más inmediata, para la pregunta central de este ensayo. En primer lugar, se pueden identificar los teóricos o los textos particulares que están más directamente relacionados con la interpretación de la escena actual. En segundo lugar, se puede preguntar: ¿en qué medida son desafiadas por la globalización las suposiciones estándar que se da por seguro que fundamentan la tradición de la Ciencia del Derecho que hemos recibido, o mi especialidad?

Voy a tratar el primer punto muy brevemente: aunque la Teoría del Derecho anglo-americana es muy plural y ecléctica en algunos aspectos, la Teoría del Derecho que se enseña tiene una corriente perceptible o canon, que se ilustra en los trabajos de los estudiantes y a través de las encuestas de los cursos de Teoría del Derecho¹⁸. Dworkin, Hart, Kelsen, el Derecho Natural (por ejemplo, Finnis), Rawls y Raz constan en casi todas las listas, con Austin, Bentham, Fuller, Holmes,

17. *Ibid.*, en cap. 1,3.

18. Entre 1974 y 1995, tres encuestas establecieron un patrón, bastante claro, pero cambiante. R. Cotterrell y J. Woodliffe “The Teaching of Jurisprudence in British Universities” (1974) *JSPPL* (NS) 89; H. Barnett y D. Yach “The Province of Jurisprudence Determined” (1985) 5 *Legal Studies* 151; H. Barnett, “The Province of Jurisprudence Determined –Again!” (1995) 15 *Legal Studies* 88. Véase también W. Twining, *Globalización y Teoría Jurídica* (Londres, Butterworth, 2000), 56-63. J. Penner, D. Schiff y R. Nobles (eds.), *Jurisprudence and Legal Theory* (Londres, Butterworth, 2002) se extiende más, pero se ocupa de los principales juristas canónicos. La encuesta semi-seria de Brian Leiter “Great legal philosophers” <contmp> presentó una lista similar para los Estados Unidos.

Llewellyn, MacCormick, Pound, los Legal Critical Studies y la teoría jurídica feminista formando un segundo nivel. Cualesquiera que sean sus diferencias, casi todos estos pensadores han tratado los sistemas jurídicos internos de los Estados-nación soberanos como su, y a veces exclusiva, preocupación central. Algunos, con diversos grados de incerteza, han tratado de armonizar el Derecho internacional público y el Derecho comunitario comunitario. Con alguna posible excepción, ninguno ha tratado la ley religiosa, u otras formas de Derecho no estatal, como un elemento central de sus preocupaciones¹⁹. Sobre este fenómeno he escrito con detalle en otra parte²⁰.

En los últimos años, y, en gran parte, como respuesta a la globalización, una nueva generación de teóricos de habla inglesa se ha subido sobre los hombros de sus predecesores y ha explorado hasta qué punto sus ideas necesitan ser ajustadas para adaptarse a una perspectiva global. Brian Tamanaha ha aceptado las premisas positivistas de Hart —la tesis de la separación y la tesis de las fuentes sociales—, pero ha eliminado todos los criterios de identificación de Hart a fin de construir una concepción más amplia del Derecho, que incluyera diversas formas no-estatales y religiosas del Derecho, pero que lo diferenciara de otras normas e instituciones sociales, como las implicadas en la gestión de hospitales, escuelas y ligas deportivas²¹. Thomas Pogge, un antiguo discípulo de Rawls, ha seguido y refinado la mayoría de los elementos de la teoría de la justicia de Rawls. Sin embargo, el rechazo de la noción de Estados nacionales o de las sociedades como unidades autónomas, ha producido una teoría radicalmente diferente de la justicia global que se indica en *El Derecho de gentes* de Rawls²². Peter Singer ha hecho algo similar con el utilitarismo de Bentham, aplicándolo a los problemas actuales de la ética internacional²³. Trabajando más sobre una tradición de la historia del mundo que sobre la jurisprudencia histórica, *Legal Traditions of the World*, de Patrick Glenn ofrece una teóricamente sofisticada, aunque no incontrovertida, visión de las tradiciones jurídicas más importantes²⁴. Edificando sobre una mezcla

19. La teoría de Llewellyn sobre “law-jobs” puede interpretarse como una excepción parcial [en esta teoría Llewellyn sostiene que cada grupo social tiene ciertas necesidades básicas, que son resueltas por la institución social del Derecho, asegurando que el grupo sobreviva como tal y previniendo disputas perturbadoras en su seno (N. de la trad.)]. Véase *GJP*, cap. 4.2-3.

20. Véase, por ejemplo, *ibidem*, cap. 1-8

21. B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford, Oxford University Press, 2001), sobre el que se discute en *GJP*, cap. 4.1.

22. T. Pogge, *Realizing Rawls* (Ithaca, Cornell University Press, 1989) y *World Poverty and Human Rights* (Cambridge, Polity Press, 2002); J. Rawls, *The Law of Peoples* (Cambridge, Ma., Harvard University Press, 1999) [traducción al español: *El Derecho de gentes*, publicado por Paidós]. Sobre ellos se ha debatido en *GJP*, cap. 5.

23. Véase, por ejemplo, P. Singer, *One World, the ethics of globalization*, 2.^a ed. (New Haven, Yale University Press, 2004) y *Practical Ethics* (Cambridge, Cambridge University Press, 1993). Estas han sido discutidas en *GJP* en cap. 5. 6.

24. H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World, Sustainable Diversity in Law*, 2nd edn (Oxford, Oxford University Press, 2004). Debatido en el Simposio editado por N. Foster (2006) 1 *Journal of Comparative Law* No 1.

de Marx, Weber y posmodernismo, Boaventura de Sousa Santos ha producido una notable explicación de “un nuevo sentido común jurídico”²⁵. Así pues, una nueva generación de juristas está produciendo un repertorio de teorías acerca del Derecho globalmente orientadas, a la vez que mantienen continuidades discernibles con nuestra herencia teórica general.

Una de las funciones principales de la teoría jurídica es la crítica interna, que es articular y someter a escrutinio crítico supuestos y presuposiciones de la propia cultura académica jurídica, de enclaves especializados dentro de ella, o incluso del saber recibido sobre temas particulares. Sugiero que este es un enfoque útil para un jurista especialista que reflexione acerca de las implicaciones de la globalización para su propio campo o sobre temas de un interés especializado. Me propongo adoptar este enfoque mediante la articulación de algunos supuestos muy extendidos que subyacen en las tradiciones jurídicas occidentales del Derecho académico, y teniendo en cuenta la forma en que han sido desafiadas por la adopción de una perspectiva global. *En passant*, utilizaré brevemente el mismo enfoque en relación a un campo, el Derecho comparado, tradicionalmente percibido como un dominio exclusivo de especialistas, y la literatura sobre transmisiones legales (difusión), un tema que ahora se considera como fundamental para el Derecho comparado.

TRADICIONES OCCIDENTALES DEL DERECHO ACADÉMICO

Escaneando la literatura sobre la globalización y el Derecho, y reflexionando sobre lo que es relativamente nuevo, podemos identificar una serie de puntos en los que, de manera habitual, algunas hipótesis muy extendidas y algunas tendencias de nuestra tradición anglo-americana (y más allá de ella) parecen ser desafiadas. (Véase Tabla II).

25. B. Santos, *Toward a New Common Sense* (London, Routledge, 1995) and *Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalisation and Emancipation*, 2nd edn (London, Butterworth, 2002). Debatido en *GLT*, cap. 8 y *GJB*, cap. 9.

TABLA II

ASUNCIONES CONVENCIONALES DEL DERECHO OCCIDENTAL ACADÉMICO²⁶

que el Derecho consta de dos tipos principales de ordenamientos: el Derecho interno del Estado y el Derecho internacional público (clásicamente concebido como el ordenamiento de las relaciones entre los Estados) (“el dúo de Westfalia”);

que los Estados-nación, las sociedades y los sistemas jurídicos son en gran parte cerrados y autosuficientes, entidades independientes que pueden ser estudiadas de forma aislada;

que los Estados modernos reivindican y ejercen el monopolio de la autoridad y la fuerza legítima en su territorio;

que el Derecho del Estado moderno es fundamentalmente racional-burocrático e instrumental, el cual realiza determinadas funciones y actúa como un medio para alcanzar fines sociales particulares;

que el Derecho se entiende mejor a través de las perspectivas de “arriba hacia abajo” de los gobernantes, funcionarios, legisladores y elites, que con los puntos de vista de los usuarios, los consumidores, las víctimas y otros sujetos que son, en el mejor de los casos, marginales;

que el derecho estatal moderno es casi exclusivamente una creación del Norte (europea / anglo-estadounidense), difundida en la mayor parte del mundo a través del colonialismo, el imperialismo, el comercio y las más recientes influencias post-coloniales;

que las principales materias de la disciplina del Derecho son las ideas y las normas más que el estudio empírico de los hechos sociales;

el Derecho moderno y la teoría jurídica moderna son seculares, ahora independientes, en gran parte, de sus raíces histórico-culturales en la tradición judeo-cristiana;

que los valores fundamentales que subyacen en el Derecho moderno y los derechos humanos son universales, aunque los fundamentos filosóficos son diversos;

que el estudio de las tradiciones jurídicas no occidentales es una parte marginal y sin importancia de la Ciencia del Derecho occidental.

Esta lista no pretende ser exhaustiva. Se refiere a algunas ideas generales que son reconocibles y están muy extendidas, aunque no de manera universal, dentro de nuestra tradición. Ninguna ha quedado sin cuestionar y algunas han sido objeto de una extensa impugnación. Se hallan relacionadas de manera imprecisa y en conjunto constituyen un “tipo ideal” al que nuestras suposiciones y actitudes heredadas se aproximan de manera general²⁷. Esto no es más que un dispositivo o una caja de resonancia para hacer balance del “estado de la técnica” en un campo determinado. Una estudiosa puede preguntarse hasta qué punto estas ideas son importantes y operativas en su campo especializado de interés y en sus propias actitudes y prácticas. Lo que se sugiere es que, en la medida en que estas ideas son importantes, la adopción de una perspectiva global las pone en tela de juicio.

26. Adaptado de *GJP*, cap. 1.

27. Esta lista es un resumen de mis conclusiones provisionales acerca de las principales consecuencias de la adopción de una perspectiva global, tal como la he interpretado. Un estudioso que adopta una concepción diferente de la “globalización” o que tiene otro punto de partida puede construir una lista, enfatizando cosas diferentes.

i. *Concepciones del derecho: El Dúo de Westfalia y el Derecho no-estatal*²⁸

En el siglo XX casi todas las principales corrientes de la teoría del Derecho occidental y de la doctrina jurídica se centraron en el Derecho interno de los ordenamientos jurídicos, extendiéndose algunas veces al Derecho internacional público en el sentido estricto del Derecho que rige las relaciones entre los Estados (“El Dúo de Westfalia”)²⁹. Recientemente, el Derecho regional ha complicado el panorama. Hoy en día, un mapa del Derecho en el mundo, que deje de lado la ley religiosa, importantes formas del Derecho indígena, consuetudinario o católico, u órdenes emergentes (por ejemplo, la nueva *lex mercatoria*), simplemente deja fuera demasiado. Desde una perspectiva global, una instantánea razonablemente integradora del Derecho en el mundo abarcaría distintas formas de Derecho no estatal, especialmente tipos de Derecho religioso y consuetudinario que no entran en “el dúo de Westfalia”.

Hay, por supuesto, problemas de conceptualización y fuertes reivindicaciones sobre la importancia y el carácter distintivo del Derecho estatal, pero es difícil creer que alguien sostiene en serio que tales fenómenos no existen o que no deberían ser una preocupación para la doctrina jurídica. Para los teóricos del Derecho, constituye un rompecabezas recurrente cómo construir concepciones del Derecho que sean lo suficientemente amplias como para incluir los tipos importantes de Derecho no estatal pero que no incluyan todas las formas de normas e instituciones sociales³⁰. “Este problema de dónde termina la definición” ha reavivado el debate sobre las concepciones estrictas y amplias del Derecho, la relativa peculiaridad e importancia del Derecho estatal como una forma jurídica³¹, y hasta qué punto las ideas liberales de la democracia, el Estado de Derecho, la justicia distributiva y los derechos humanos dependen de la supervivencia y florecimiento del Estado burocrático moderno³². Para el jurista especialista y académico, cuya preocupación es la comprensión de un campo en particular, la cuestión central se pueden plantear de otra manera: ¿qué formas de ordenamiento normativo y jurídico, sean o no clasificadas como “Derecho”, son relevantes para entender el campo de mi elección? Los estudiosos del Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho sobre Internet están prestando mayor atención al “soft law” (sea lo que sea), sin estar excesivamente preocupados acerca de si los fenómenos particulares se etiquetan como jurídicos³³.

28. Véase, en general *GJP* caps. 4 y 12.

29. A. Buchanan, “Rawls’ Law of Peoples, Rules for a Vanished Westphalian World” (2000) 110 *Ethics* 697.

30. Véase, por ejemplo, Tamanaha, *supra*, n. 21.

31. S. Roberts, “After Government? On Representing Law Without the State” (2005) 68 *Modern Law Review* 1, debatido en *GJP*, pp. 371-5.

32. *GJP*, cap. 12.

33. Sobre “soft law”, véase *ibidem*, cap. 4, nota 132.

El Derecho no estatal no solamente es importante en el hemisferio sur o en los países no occidentales. En los países occidentales, con importantes comunidades de inmigrantes, es un fenómeno cada vez más sobresaliente, no sólo respecto a la interacción de las normas no estatales con el Derecho estatal, sino también como prácticas sociales institucionalizadas que operan independientemente del sistema jurídico interno³⁴ ¿Cómo puede un profesor de Derecho interno británico, preocupado por la financiación de las pequeñas empresas, o por la compra de propiedades residenciales o comerciales, o por el crédito al consumo, justificar hoy en día que ignora la banca y las finanzas islámicas? *Riba* es ahora parte de la imagen de la legislación nacional en Inglaterra y Gales³⁵. Preocupaciones similares tienen que ver con el Derecho de familia y sucesiones, y el Derecho penal³⁶.

ii. *Fronteras*

Cada vez se cuestionan más las fronteras territoriales impermeables y la soberanía exclusiva del Estado. Hablar de “un mundo sin fronteras” o del “fin de la soberanía” es sin duda exagerado, pues el derecho a la autodeterminación nacional sigue siendo una doctrina de gran alcance en esta era post-colonial. Sin embargo, la caja negra de las teorías de las sociedades y de los Estados-nación ya no es sostenible. La Unión Europea nos ha enseñado a aceptar las ideas acerca de la divisibilidad de la soberanía³⁷. Las doctrinas de la intervención humanitaria socavan aún más las doctrinas fuertes de la soberanía estatal. De manera regular, los sociólogos impugnan la utilidad de la “sociedad” como un concepto analítico³⁸. La teoría de la justicia de Rawls, que se limita a las sociedades autónomas, no encaja en la foto actual de las relaciones humanas, sociales y económicas del

34. Véase *supra* n. 14.

35. Sobre las finanzas islámicas, véase por ejemplo A. Korshid, *Islamic Insurance, A modern approach to Islamic Banking* (London, Routledge Curzon, 2004).

36. El UK Centre for Legal Education está patrocinando un proyecto (dirigido por el profesor Shaheen Ali) para producir materiales acerca del Derecho islámico en inglés. Se espera que este se ampliará para incluir módulos breves sobre el funcionamiento práctico del Derecho islámico y otros Derechos no estatales en el Reino Unido.

37. Véase, por ejemplo, N. McCormick, *Questioning Sovereignty* (Oxford, Oxford University Press, 1999).

38. Véase, por ejemplo, Giddens, *supra* n. 4. Véase también Tamanaha, *supra* n. 21, pp. 206-8. En un simposio en Bellagio a finales de los años ochenta, algunos distinguidos antropólogos habían reconocido haber cometido un error en el tratamiento de las sociedades de pequeña escala, como si fueran unidades autónomas y eternas, aisladas del mundo exterior. Afirmaron que el centro de atención de la antropología deben seguir siendo las sociedades y comunidades pequeñas, pero que, en el futuro, el estudio de lo local debía verse en el contexto de la historia y de unas cada vez más amplias esferas geográficas –las relaciones con vecinos, las fronteras coloniales, la colonización occidental en general y la economía mundial. Véase J. Collier y J. Starr (eds.), *History and Power in the Study of Law* (Ithaca, Cornell University Press, 1989).

mundo³⁹. Existe, entre otras cosas, una necesidad evidente de que las teorías de la justicia se refieran al diseño de las instituciones transnacionales e internacionales, como Thomas Pogge ha argumentado de manera elocuente⁴⁰. Nada de esto significa que el Estado nacional se halle en un declive terminal ni que las fronteras nacionales ya no sean significativas, aunque sí quiere decir que ya no podemos tratar a nuestro propio Derecho interno como si fuera autónomo.

iii. *El monismo y el pluralismo jurídico y normativo*⁴¹

El monismo jurídico, a veces denominado “centralismo estatal”, sostiene que los Estados soberanos reivindican y ejercen el monopolio de la autoridad legal y de la fuerza legítima en el territorio sobre el que tienen jurisdicción⁴². Sin embargo, si se acepta una concepción del Derecho no estatal, se abre el camino al reconocimiento de las situaciones de pluralismo jurídico, es decir, de coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos en el mismo contexto espacio-temporal⁴³.

Una gran controversia, en gran parte innecesaria, rodea el tema del pluralismo jurídico⁴⁴. En primer lugar, existe una cuestión de terminología. Es importante distinguir entre (a) “el pluralismo jurídico estatal” (reconocimiento legal, *dentro* de un sistema estatal, de diferentes corpus legales como el Derecho consuetudinario o religioso, que se aplican a los miembros de determinados grupos para

39. Estoy entre quienes piensan que *El derecho de gentes* de Rawls, fue una gran decepción. Desde una perspectiva global, es sorprendente encontrar una teoría supuestamente liberal de la justicia que rechaza cualquier principio de distribución, trata una concepción anticuada del Derecho internacional público como satisfactoriamente representativa de los principios de justicia en la arena global, y no dice casi nada acerca de la extrema pobreza, el medio ambiente, las crecientes desigualdades, la hegemonía norteamericana (y cómo puede ejercerse), y mucho menos sobre la justicia transicional o la reparaciones del daño, u otros problemas que ya son prioridades en la agenda mundial (véase *GJP*, cap. 5.7).

40. Véase Pogge, *supra* n. 22.

41. Véase, en general William Twining, “Normative and Legal Pluralism” (Bernstein Lecture, 2009) *Duke International and Comparative Law Journal* (2010).

42. “Parte del bagaje ideológico del Estado-nación moderno es la idea de que el Estado es la fuente de toda ley, propiamente dicha, y esa ley es (o al menos debería ser) exclusiva de otras formas de regulación y es uniforme para todas las personas - J. Griffiths, “Legal Pluralism” en *Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Nueva York, Elsevier, 2001) 8650-1.

43. Sobre un sentido diferente de “reconocimiento” en este contexto, véase Yash Ghai y Jill Cottrell, “Plural Legal Orders and Human Rights: s. V Plurality and the Role of the state: recognition, incorporation, decentralization” (2010). Cf. Ralf Michaels on the ‘politics of recognition’.

44. En otra parte, he argumentado que resulta útil el pluralismo jurídico, concebido como una especie de pluralismo normativo, que existe como un hecho social, que desde un punto de vista jurídico el pluralismo global es un fenómeno importante, y que algunas de las complejidades y controversias son innecesarias o se relacionan con temas más amplios, sobre epistemología o el concepto de la ley, o sobre la naturaleza de las normas y los sistemas de normas. Véase *GLT*, 82-88 y 224-33. Véase también *GJP*, cap.17.

determinados efectos⁴⁵); (b) “poli-centrismo jurídico” (el uso ecléctico de fuentes en diferentes sectores de un sistema jurídico estatal⁴⁶); y (c) el pluralismo jurídico empírico, como co-existencia de hecho de ordenamientos jurídicos separados o semi-autónomos en el mismo contexto espacio-temporal.

Aquí nos interesa (c). El problema de “dónde parar la definición” —dónde trazar una línea entre lo jurídico y no jurídico, si se adopta una concepción amplia de Derecho— ha resurgido en el contexto de los debates sobre el pluralismo jurídico⁴⁷. Este no es un rompecabezas específico sobre el pluralismo jurídico como tal, sino que es parte del tema perenne de cómo conceptualizar el Derecho de la mejor manera. Para una teórica concreta, que un orden normativo particular u otro fenómeno se clasifique como “jurídico”, es, por lo general, de importancia secundaria⁴⁸. La pregunta para ella es: ¿qué órdenes normativos, además de las leyes estatales, son importantes para comprender mi campo particular? Por ejemplo, es un lugar común en los estudios de difusión que el Derecho estatal importado casi inevitablemente interactúa con órdenes normativos locales pre-existentes, incluyendo el Derecho estatal, “el Derecho no oficial”, y una serie de prácticas consuetudinarias. El hecho más importante es la interacción, y no cómo estos diversos órdenes normativos son clasificados. Lo que es de interés más teórico es hasta qué punto un determinado orden normativo puede ser tratado como una unidad separada (el problema de la individuación) y cómo pueden describirse los diferentes tipos de interacción (diferenciación de los modos de “interlegalidad”⁴⁹).

Desde una perspectiva global, el pluralismo jurídico es un fenómeno muy importante en todos los niveles de ordenamientos, tanto dentro de ellos como transversalmente. Si se desglosa de cuestiones más amplias que pertenecen a la teoría general de las normas, a problemas de conceptualización del Derecho, o a cuestiones ideológicas sobre “el Estado”, es relativamente sencillo concebir el pluralismo jurídico como un hecho social. Su ámbito depende, en gran parte, de la concepción que se tenga del Derecho. Una vez que se han distinguido los asuntos

45. Por ejemplo, Kenya reconoce la sharia, algunas otras formas de Derecho religioso y el Derecho consuetudinario como parte del Derecho estatal, para determinados fines. El caso épico sobre el entierro de Otieno ilustra vivamente algunas de las tensiones y complejidades del pluralismo jurídico estatal. Véase J. van Doren, “Death African Style. The Case of S. M. Otieno” (1988), 36 *American Journal of Comparative Law* 329. Griffiths, *supra* n. 42, se refiere a esto como “pluralismo jurídico legal”, que contrasta con «el pluralismo jurídico empírico», idea desarrollada principalmente en la antropología jurídica y los estudios socio-jurídicos.

46. Véase, por ejemplo, H. Petersen y H. Zahle (eds.), *Legal Polycentricity, consequences of pluralism in law* (Aldershot, Dartmouth, 1995) (que explora usos variados de fuentes del Derecho en diferentes ramas de la administración de un solo Estado).

47. Esta es una preocupación particular de B. Tamanaha, ‘The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism’ (1993) 20 *Journal of Law and Society* 192.

48. Una excepción es que en los conflictos de leyes puede resultar una decisión sobre si, por ejemplo, derecho consuetudinario o religioso se categoriza como “ley”. Véase F. Michaels, “The Re-State-Ment of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism” (2005) 51 *Wayne Law Review* 1209.

49. Véase *GJP*, cap. 16.2.

teóricos más amplios, muchas de las preguntas interesantes sobre el pluralismo jurídico son empíricas y es necesario contextualizarlas en marcos intelectuales más amplios, incluyendo el de la teoría del Derecho ortodoxa⁵⁰. Ahora, el pluralismo jurídico y normativo está ampliamente considerado como un fenómeno importante en la mayoría de los temas transnacionales. En las sociedades multiculturales —lo que hoy significa la mayoría de las sociedades— es cada vez más relevante para el estudio del Derecho interno, pero de maneras diferentes según los diferentes campos.

iv. *Estados y burocracia*

En las tradiciones occidentales, el centro de atención principal de la Ciencia jurídica ha estado en los sistemas jurídicos estatales. Se reconocen algunas variaciones según los tipos de Estados, pero hay una tendencia a asumir algún modelo de “Estado constitucional moderno”, que se concibe como racional-burocrático e instrumental, por lo general, pero no necesariamente sustentado en alguna versión de la ideología liberal (el “*Rechtstaat*»)⁵¹. Si bien casi todos los países miembros de las Naciones Unidas y muchas organizaciones internacionales están institucionalizados de acuerdo con algún modelo de burocracia o racionalidad weberiana, gran parte de la población mundial vive en sociedades y comunidades que están organizadas de forma diversa. Este es, especialmente, el caso de los países involucrados en una guerra civil, o cuando el Estado es débil, corrupto o ineficaz de alguna otra manera. También vale la pena recordar que el Derecho estatal tiende a ser más urbano que rural⁵². Como los politólogos y teóricos de la Constitución reconocen, la adhesión formal de reconocimiento de las Naciones Unidas oculta las grandes diferencias entre los Estados. Glenn lo señala bien:

”La definición de un Estado sugiere uniformidad, ya que todos los Estados se componen de elementos uniformes —un gobierno y un territorio definido. El Derecho internacional respalda esta impresión de uniformidad, pues todos los Estados son tratados como iguales, al menos en principio. Sin embargo, las tradiciones jurídicas nacionales cristalizan de muchas formas diferentes, algunas cercanas al modelo europeo, o a los modelos europeos, otras muy alejadas de ellos. La diversidad surge con la elección que los miembros de cada Estado hacen sobre de sus elementos constituyentes. La tradición de un sistema jurídico nacional no pone ningún obstáculo para ello, puesto que los sistemas se definen sólo en términos de conjuntos de elementos inter-actuales. Por eso, la noción

50. Véase F. von Benda-Beckman, ‘Who’s afraid of legal pluralism?’ (2002) 47 *Journal of Legal Pluralism* 37 at 74

51. Para una buena explicación, véase N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory* (Oxford, Oxford University Press, 2007), cap. 4.

52. Véase, por ejemplo, R. Chambers, *Rural Development* (London, Longman Scientific and Technical, 1983) (que lamenta la desatención del Derecho respecto a los asuntos agrícolas y rurales).

de Estado no es *féconde*, es un descriptor formal y casi nada se puede concebir en términos de sistema. De ahí la ubicuidad de la expresión “sistema jurídico” en la descripción de fenómenos jurídicos violentamente dispares en el mundo⁵³.

Desde el punto de vista de un especialista en Derecho interno que vive en una democracia liberal occidental, esta diversidad no puede ser muy preocupante. Sin embargo, siempre que uno se refiere a lo transnacional, lo supranacional, las relaciones internacionales o el Derecho comparado, tales consideraciones son cada vez más relevantes. La lección general es que no se debe asumir que los modelos occidentales de Estado o de ordenamientos jurídicos estatales se ajustan a todas las situaciones.

v. *Desafíos a la perspectiva de arriba hacia abajo*

Tal vez una perspectiva más polémica sea que la cultura jurídica occidental y académica tiende a adoptar el punto de vista de los soberanos, gobernantes, legisladores, jueces, funcionarios y elites, sin tener demasiado en cuenta los puntos de vista de los usuarios, consumidores, víctimas, litigantes, y otros sujetos. En la medida en que esta caracterización sea justa, tales perspectivas “de arriba hacia abajo” están siendo persistentemente desafiadas por las perspectivas de abajo hacia arriba, que van desde el hombre malo de Holmes a la teoría del usuario o a la justicia restaurativa o reparadora⁵⁴. El énfasis en la multiplicidad de perspectivas y la diferenciación del punto de vista en la comprensión del Derecho se ha desarrollado en gran medida independientemente de la globalización. Sin embargo, desde una perspectiva global, vivimos en una era post-colonial que hace hincapié en las diversas formas de los puntos de vista “subalternos”⁵⁵: por ejemplo, resistencia a las imposiciones coloniales (por ejemplo, Chanock), el Derecho internacional desde abajo (Rajagopal), las perspectivas del usuario acerca del Derecho (por ejemplo,

53. H. P. Glenn, ‘The Nationalist Heritage’ in Legrand and Munday (eds.), *supra* n. 3, 90-91, cf. *GLT*, 178-84.

54. Véase Tamanaha, *supra* n. 21, pp. 239-40 y *GLT*, cap. 5. Incluso Neil MacCormick, en su último libro, reivindica la adopción de la perspectiva del usuario acerca de las reglas y el Derecho. Véase MacCormick, *supra* n. 51. [La perspectiva del “hombre malo” es un planteamiento que Holmes introduce en “The Path of the Law” para separar el Derecho de la Moral, y que se refiere a la perspectiva de una persona que se preocupa por conocer el Derecho a fin de evitar las consecuencias de su incumplimiento, sin importarle su origen o conexión con la moral. En cuanto a la justicia restaurativa, es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología que, partiendo de la premisa de que el crimen causa daños a las personas y comunidades, sostiene que la justicia repara esos daños y que a las partes se les debe permitir participar en ese proceso; es decir, que se habilite a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen en la respuesta al crimen (n. de la trad.)].

55. U. Baxi, *The Future of Human Rights*, 2nd edn (New Delhi, Oxford University Press, 2006), prefacio, pp. xxii.

Nader)⁵⁶. Baxi afirma que los principales autores de los derechos humanos son más bien comunidades en lucha que pensadores occidentales. Estos no son “un regalo de Occidente para los demás”⁵⁷. El tema de la comprensión del Derecho desde puntos de vista diferentes es demasiado complejo para seguirlo aquí⁵⁸. Baste con decir que la “globalización” ha supuesto otro estímulo para volver a examinar el Derecho desde diferentes puntos de vista.

vi. *Transmisión, recepción, difusión*⁵⁹

Desde una perspectiva global, un mapa del Derecho del Estado en el mundo representa, inevitablemente, una historia continua de interacción y difusión. Las tradiciones jurídicas han interactuado entre sí a lo largo de la historia⁶⁰. Hasta mediados del siglo XX, el imperialismo y el colonialismo fueron probablemente el principal, pero no el único, motor de la difusión del Derecho estatal. En el Derecho comparado se ha supuesto a veces que el Derecho del Estado moderno es, casi exclusivamente, una creación del Norte (europea/anglo-estadounidense), difundida a través de casi todo el mundo a través del colonialismo, el imperialismo, el comercio y las más recientes influencias neo-coloniales. Esto proporcionó una justificación para concentrarse, en gran medida, en los sistemas jurídicos “padre”. En la era post-colonial, los procesos de difusión han sido percibidos como más variados, y existe la conciencia creciente de que la difusión del Derecho no conduce necesariamente a la convergencia, armonización o unificación de los Derechos⁶¹. Por otra parte, el panorama es mucho más complejo si se incluyen importantes ejemplos de Derecho no estatal.

La difusión está ahora ampliamente reconocida como un tema central en el Derecho comparado⁶². Con la adopción de un método similar al utilizado en este trabajo, he tratado de demostrar que, hasta hace poco, gran parte de la doctrina

56. M. Chanock, *Law, Custom, and Social Order, The Colonial Experience in Malawi and Zambia* (Cambridge, Cambridge University Press, 1985); L. Nader, ‘A User Theory of Law’ (1984) 38 *South Western Law Journal* 951; B. Rajagopal, *International Law from Below, Developing Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003).

57. Baxi, *supra* n. 55, cap. 2, 33 *et passim*.

58. Véase *GLT*, *supra* n. 16, cap. 5.

59. La mayor parte de la doctrina jurídica utiliza términos tales como recepción, transmisión o trasposición para referirse a los sistemas legales que afectan o se imitan unos a otros. Sin embargo, prefiero “difusión”, ya que, aunque la palabra es engañosa por cuanto sugiere movimiento desde un único punto, este es el término estándar en la vasta y rica literatura de la ciencia social, que ha sido ignorado por los estudiosos del Derecho. W. Twining, “Social Science and Diffusión of Law” (2005) 32 *Journal of Law and Society* 203.

60. H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 3.^a edición (Oxford, Oxford University Press, 2007).

61. Véase *GJP*, caps. 9 y 10.

62. Alan Watson tiene el mérito de haber desarrollado esta perspectiva a lo largo de muchos años, empezando con A. Watson, *Legal Transplants* (Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974; edición revisada 1993).

jurídica sobre transmisión/recepción jurídicas, que contiene algunos estudios específicos excelentes, se ha basado en ciertas suposiciones simplistas⁶³. Tomando una de mis propias primeras publicaciones⁶⁴, demostré que mi lectura se basaba en un modelo ingenuo de recepción, que postulaba un caso paradigmático con las siguientes asunciones características:

“[Una] relación bipolar entre dos países, que suponga una transferencia directa en un solo sentido de normas o instituciones jurídicas, a través de la mediación de los gobiernos, incluyendo la promulgación formal o la adopción, en un momento determinado de tiempo (como fecha de recepción), sin cambios importantes [Se] supone que el caso normal implica la transferencia de un avanzado (y paternal) sistema jurídico civil o común a un sistema jurídico menos desarrollado, a fin de lograr un cambio tecnológico (“para modernizar”) mediante el relleno de lagunas o la sustitución del Derecho local precedente”.

No es difícil demostrar que ninguno de estos elementos es necesario, o incluso característico de los procesos reales de la difusión del Derecho, concebido en términos generales. Estos procesos son mucho más diversos y complejos que lo que sugiere el modelo “ingenuo”. Esta complejidad se ilustra mejor, no mediante la creación de un modelo que sirva de contrapunto, sino más bien mediante la indicación de las posibles desviaciones de cada uno de los elementos respecto del caso paradigmático. En el contexto actual, esto es relevante, no sólo por la importancia de la difusión como tema, sino también porque se puede utilizar un método similar para explorar cómo la adopción de una perspectiva global puede desafiar las suposiciones estándar de la literatura ortodoxa o dominante sobre un tema en particular. (Véase el cuadro III.)

TABLA III. Difusión del Derecho: un caso estándar y algunas variantes		
	Caso estándar	Algunas variantes
a. Fuente-destino	Bipolar: único exportador a único importador	Único exportador a múltiples destinos. Único importador desde múltiples fuentes. Múltiples fuentes a múltiples destinos, etc.
b. Niveles	Sistema jurídico interno- Sistema jurídico interno	Transferencias transversales. Transferencias horizontales en otros niveles (por ejemplo, regional, sub-estatal, transnacional no-estatal).

63. *GJP*, cap. 9 y Twining, *supra* n. 58.

64. William Twining, “Some Aspects of Reception” (1957) *Sudan Law Journal and Reports* 229.

TABLA III. Difusión del Derecho: un caso estándar y algunas variantes		
	Caso estándar	Algunas variantes
c. Rutas	Transferencia en un solo sentido	Rutas complejas. Influencia recíproca. Re-exportación
d. Formal / informal	Promulgación formal o adopción formal	Informal, semi-formal o mixta.
e. Objetos	Normas y conceptos jurídicos; Instituciones	Cualquier idea o fenómeno jurídico, incluyendo ideologías, teorías, personal,"mentalidad", métodos, estructuras, prácticas (funcionariales, de prácticos privados, educativas, etc.), géneros literarios, formas documentales, símbolos, rituales, etc.
f. Agencia	Gobierno-gobierno	Organizaciones comerciales y otras organizaciones no-gubernamentales Ejércitos. Individuos y grupos: por ejemplo, colonos, comerciantes, misioneros, esclavos, refugiados, creyentes, etc., que traen su Derecho con ellos. Escritores, profesores, activistas, integrantes de lobbies, etc.
g. Sincronización	Una o más fechas específicas de recepción	Procesos prolongados y continuados por lo general
h. Poder y prestigio	Derecho civil o común "padre" hacia un Derecho menos desarrollado	Interacción recíproca
i. Cambio en el objeto	Inalterado o ajustes menores	"No transmisión sin transformación"
j. En relación con el Derecho preexistente	Tabula rasa Rellenar vacíos, espacios Sustituir completamente	Lucha, resistencia Acodo Asimilación. Derecho de superficie.
k. Técnico/ideológico/cultural	Técnico	Ideología, cultura, tecnología.
l. Impacto	"Funciona"	Medidas de ejecución. Investigación empírica Seguimiento. Aplicación.

La globalización no sólo tiene implicaciones para nuestra comprensión detallada de temas específicos, sino que también sugiere las posibles objeciones a los supuestos estándar con los que nos aproximamos a ellos.

viii. *Perspectivas doctrinal e institucional del Derecho: la cuestión del Derecho de superficie*

En la tradición jurídica anglo-americana, viene de antiguo la rivalidad, por un lado, entre las concepciones doctrinales y las institucionales del Derecho y por otro lado, entre los enfoques tipo “Derecho en negrita” (expositivo) y los enfoques socio-jurídicos de los estudios jurídicos. En general, la corriente principal ha estado dominada por las concepciones y enfoques doctrinales, aunque no hasta la exclusión total de los estudios jurídicos empíricos. Existe una gran simpatía por la idea del Derecho como orden normativo institucionalizado⁶⁵ o como práctica social institucionalizada⁶⁶, incluso entre aquellos cuya principal preocupación es la doctrina. Hasta la fecha, el Derecho comparado empírico y otros tipos de trabajos socio-jurídicos transnacionales no han sido bien desarrollados⁶⁷. Sin embargo, y puesto que el Derecho comparado, la difusión y las cuestiones sobre convergencia, armonización y unificación de los Derechos se han vuelto cuestiones más sobresalientes, es más importante que nunca penetrar bajo la superficie de la doctrina jurídica oficial, para llegar a las realidades de todas las formas del Derecho, en cuanto prácticas sociales. ¿En qué medida las generalizaciones de Alan Watson, las reclamaciones de que los sistemas jurídicos están convergiendo o los proyectos de unificación, armonización o reforma judicial se ocupan sólo del “*Derecho de superficie*”— es decir, de los textos oficiales, declaraciones o exposiciones del Derecho que nos dicen poco o nada acerca de la forma en que son o vayan a ser interpretados, adaptados, aplicados, implementados, realizados, usados o ignorados?⁶⁸ En resumen, a partir de la información proporcionada por meros textos jurídicos y las exposiciones de la doctrina, no sabemos por lo general hasta qué punto suponen alguna diferencia en la práctica, por no hablar de que transformen relaciones y comportamientos económicos, sociales o de otro tipo.

El “Derecho de superficie” no se refiere al Derecho que está *sólo* en la superficie, sino más bien a que nuestra disciplina no ha sido adecuada para penetrar detrás de la doctrina y los textos oficiales, para saber cómo funcionan estos en la práctica, en determinados contextos. Y, ¿en qué medida, si adoptamos una concepción del Derecho no estatal, existe algún significativo ordenamiento jurídico arcano, inadvertido o invisible que ha escapado hasta ahora de la atención de los juristas?⁶⁹ En resumen, la preocupación por las realidades del “Derecho en

65. MacCormick, *supra* n. 51. [El “Derecho en negrita” es una expresión con la que se conoce, en el ámbito jurídico anglosajón, al conjunto de principios jurídicos conocidos de manera general y que no admiten duda o controversia. (N. de la trad.)]

66. *GJP*, en cap. 4.

67. *Ibidem*, cap. 8.

68. *Ibidem* cap. 10.

69. El Derecho romaní (o “Gitano”) y el movimiento del Common Law son ejemplos de ordenamientos normativos, previamente desapercibidos, que sólo recientemente han captado la atención de los juristas. Véase, por ejemplo W. Weyrauch (ed.), *Symposium on Gypsy Law (Romania)* (1997) 45 *American Journal of Comparative Law*; S. Koniak, “When Law Risks Madness” (1996)

acción” es tan importante desde una perspectiva global como también lo es para las interpretaciones más tradicionales del Derecho.

ix. *Secularismo y reactivación religiosa*

En algunos sectores, es un lugar común hablar de “una era secular”, y de la sociedad moderna como predominantemente secular⁷⁰. Incluso se habla de los derechos humanos como una forma de “teología de la liberación secular”. Desde una perspectiva global, que parece provinciana. Por el contrario, los demógrafos de la religión, como Philip Jenkins, argumentan que ésta es una era de renacimiento religioso, no sólo en relación con el Islam, sino con el cristianismo, el budismo, y la religión Yoruba —por mencionar sólo tres⁷¹. Esto no es sólo en el “Sur Global” —considérense los desafíos al kemalismo en Turquía y la creciente importancia del Islam en la mayoría de los países occidentales. Por supuesto, el “secularismo” tiene varios significados: puede significar anti-religioso, o no religioso, o puede referirse a la doctrina o política según la cual el Estado moderno debe ser independiente y un árbitro neutral entre las religiones⁷². En un reciente e importante libro, Abdullahi An-Na’im ha argumentado que durante toda la historia, el Islam y el Estado han sido normalmente considerados como algo separado, y que la idea de un “Estado islámico” es una desviación, a partir de las ideas europeas de Estado y Derecho⁷³. Él sugiere que de aquí no se sigue que esa religión deba ser excluida de la vida pública, sino que las políticas estatales y la legislación deberían basarse en la razón cívica, que puede incluir ideas religiosas pero no implica la aplicación de la doctrina religiosa como Derecho. Por el contrario, para los creyentes religiosos, los derechos humanos, como derechos morales, políticos y jurídicos, no pueden justificarse sólo sobre premisas seculares; su legitimación debe basarse en las premisas religiosas o culturales de sistemas

8 Cardozo *Studies in Law and Literature* 65, y “The Chosen People in our Wilderness” (1997) 95 *Michigan Law Review* 1761.

70. Véase especialmente C. Taylor, *A Secular Age* (Harvard, Belknap Press, 2007) que da una lección magistral sobre historia del secularismo en Occidente (o en el Atlántico Norte), pero, de manera decepcionante, hace poca referencia a la reciente reactivación religiosa en otros lugares.

71. Sobre reactivación religiosa, véase P. Jenkins, *The Next Christendom: the coming of global Christianity*, edición revisada (Oxford, Oxford University Press, 2007), y P. Jenkins, *God’s Continent: Christianity, Islam and Europe’s Religious Crisis* (Oxford, Oxford University Press, 2007). Véase también en Bronislaw, Misztal, y Sharpe (eds.), *Religion and Politics in Comparative Perspective: Revival of Religious Fundamentalism in East and West* (Westport CT, Praeger, 1992). Sobre Islam, véase F. Rahman, *Revival and Reform in Islam* (Boston, MA, One World, 2000). Sobre cristianismo, véase Jenkins, *ibidem*. Sobre la religion Yoruba, véase W. Abimbola and K. Abimbola, *Orisa: Yoruba Religion and Culture in Africa and the Diaspora* (Birmingham, Iroko Academic Publishers, 2007).

72. Véase además Bano (2010).

73. A. An-Na’im, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari’a* (Cambridge MA, Harvard University Press, 2008).

particulares de creencias⁷⁴. Puesto que la mayoría de las sociedades modernas son multiculturales y multiétnicas, esta tesis tiene importantes implicaciones para los derechos civiles y constitucionales internos, así como para los derechos humanos internacionales. Eso incluye a la mayoría de países europeos.

x. *Universalismo y pluralismo de creencias*

La jurisprudencia occidental tiene una larga tradición de universalismo en la ética. La ley natural, el kantismo, el utilitarismo y las teorías modernas de los derechos humanos han sido de tendencia universalista⁷⁵. Casi todas estas teorías se han elaborado y debatido con, a lo sumo, una referencia sólo tangencial a, y con casi una completa ignorancia de las creencias religiosas y morales y las tradiciones del resto de la humanidad. Cuando los diferentes valores culturales se discuten, incluso la agenda de temas tiene un sesgo estereotípicamente occidental⁷⁶. ¿Cómo se puede afirmar en serio que se es universalista, si se es etnocéntricamente inconsciente de las ideas y los valores de otros sistemas de creencias y tradiciones?⁷⁷

Desde una perspectiva global, el mundo actual se caracteriza por la diversidad de arraigados, y tal vez inconmensurables, sistemas de creencias. Uno de los principales desafíos a los que se enfrenta la raza humana, en una situación de creciente interdependencia, es cómo construir instituciones y procesos que promuevan la convivencia y la cooperación entre los pueblos con cosmologías y valores muy diferentes. La globalización ha estimulado un resurgimiento de los viejos debates entre el universalismo y el relativismo cultural. También ha provocado que el prolongado debate sobre los “valores asiáticos”, en el que se afirma que los derechos humanos son específicamente occidentales e incompatibles con

74. Sobre legitimación cultural, véase A. An-Na'im y F Deng, (eds.), *Human Rights in Africa, Cross-Cultural Perspectives* (Philadelphia, U Pennsylvania Press, 1992).

75. Sobre los diferentes sentidos de “universalismo”, véase *GJP*, cap. 5.2. Aquí se refiere a las reivindicaciones de que un determinado principio moral se aplica a todos los seres humanos en todo tiempo y lugar.

76. Por ejemplo, en discusiones sobre el Islam que se centran en los castigos islámicos, el velo e incluso la mutilación genital femenina (no es una idea islámica), más que sobre moral comercial (por ejemplo, *riba*), el alivio de la pobreza (por ejemplo, *zakah*) o Derecho internacional (*siyar*), desde las cuales Occidente puede aprender el Islam.

77. Andrew Halpin señala acertadamente (comunicación con el autor) que es importante distinguir entre la hipótesis de un localismo (P) (todo el mundo es como nosotros o sus diferencias se pueden explicar en nuestros propios términos) y en la suposición del universalismo (U) (que hay ciertos valores que se aplican a todos los seres humanos, independientemente de sus creencias). Además, existen diferentes formas de U. El pasaje del texto se refiere a las formas de universalismo provincianos (PU), es decir, formas de U a las que se ha llegado sin tener en cuenta (o incluso con el desconocimiento de) otros sistemas de creencias (véase el etnocentrismo más adelante). Su comentario plantea cuestiones que son demasiado complejas para proseguir aquí con ellas.

las culturas más comunalísticas, haya sido fuertemente impugnado, incluso por importantes pensadores de origen asiático, como Amartya Sen y Yash Ghai⁷⁸.

Frente al pluralismo de creencias y las críticas a las afirmaciones universalistas, algunos pensadores occidentales se han desplazado hacia la posición según la cual el discurso de los derechos humanos proporciona un “marco”, “un espacio” o “un lugar de encuentro” para el diálogo, el debate o la negociación sobre importantes valores, entre personas con sistemas de creencias diferentes⁷⁹. Entre aquellos que han pasado del énfasis sobre la sustancia a un enfoque sobre el procedimiento, tal vez los más conocidos sean Stuart Hampshire y Jürgen Habermas⁸⁰. La invocación de Rawls a la “razón pública” y el énfasis de Abdullahi An-Na’im sobre el diálogo interno y externo y la “razón cívica”, representan movimientos en esa dirección⁸¹. Algunos teóricos de los derechos abandonan toda pretensión de universalidad acerca de la sustancia de los derechos, y tratan de sustituir las ideas de “proceso” y “discurso” por teorías sustantivas⁸². En la medida en que el pluralismo de creencias es un hecho, puede resultar estúpido esperar el logro de un consenso de largo alcance sobre los valores básicos, por imposición, persuasión racional, o diálogo civil. Sin embargo, la del consenso solapado es una idea clave: esta no se refiere necesariamente a las doctrinas que son comunes a diferentes sistemas de creencias, sino más bien a lo que los ciudadanos libres e iguales aceptarían después de la negociación, como un punto de vista político independiente de la sociedad política, en cuanto sistema justo y aceptable de cooperación entre personas con cosmologías y valores muy diferentes. Para la estudiosa, es todo un reto aclarar su posición en relación con los desafíos del pluralismo de creencias.

xi. *El etnocentrismo, el provincianismo y la ignorancia de otras tradiciones*

El etnocentrismo significa “juicio culturalmente sesgado”⁸³ o “la tendencia a mirar otras culturas a través del filtro de los propios presupuestos culturales”⁸⁴. Nuestra tradición académica ha tendido a ser ignorante, incluso etnocéntrica,

78. A. Sen, ‘Human Rights and Asian Values, What Lee Kuan Yew and Li Peng don’t understand about Asia’ July 14 and 21 (1997) *The New Republic* 33; Y. Ghai, ‘Human Rights and Asian Values’ (1998) 9 *Public Law Review* 168.

79. S. Hampshire, *Innocence and Experience* (London, Allen Lane, 1989).

80. Véase, por ejemplo, Hampshire, *ibidem*; J. Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law* (trs. W. Rehg) (Oxford, Polity Press, 1996).

81. Sobre Rawls, véase *supra* n. 22; sobre A. An-Na’im véase *supra* n. 77. Véase también *GJP*, cap. 13.3, pp. 400-4.

82. Véase, por ejemplo, A. Sen, ‘Elements of a Theory of Human Rights’ (2004) 32 *Philosophy and Public Affairs* 315; Cf. S. Sedley, ‘Are human rights universal and does it matter?’ Holdsworth Lecture, University of Birmingham, 2005.

83. R. Levine, ‘Ethnocentrism’ (2001) 7 *IESBS*, p. 4852.

84. T. Barfield (ed.), *The Dictionary of Anthropology* (Oxford, Blackwell, 1997), 55. Véase también *GJP*, en cap. 5, n. 25.

acerca de otros sistemas de creencias y tradiciones jurídicas. Su estudio se ha considerado marginal, en el mejor de los casos Al igual que con otras ramas de la Teoría jurídica, la Teoría jurídica normativa de Occidente ha sido bastante insular. A medida que la disciplina del Derecho se vuelve más cosmopolita, necesitamos conocer mejor a los principales pensadores y las ideas y controversias más destacadas de otras tradiciones jurídicas, y ampliar nuestro canon ortodoxo de textos jurídicos. Hasta ahora, el Derecho y la teoría jurídica no occidentales se han considerado competencia de especialistas. Pese a las críticas de “orientalismo”⁸⁵, ha habido excelentes trabajos de estudiosos occidentales sobre pensamiento jurídico islámico, hindú, budista y chino⁸⁶. Son accesibles, aunque en menor medida, los textos de escritores contemporáneos del “Sur”. Como un modesto primer paso en esa dirección, he editado una antología de escritos generales sobre los derechos humanos de cuatro juristas del “Sur”: Francis Deng, Abdullahi Un Na’im, Yash Ghai y Upendra Baxi⁸⁷. Los cuatro merecen ser mejor conocidos, pero este es un ejercicio limitado ya que estos individuos han sido formados en el Common Law, escriben en inglés y pertenecen a la generación inmediatamente posterior a la Independencia. Proporcionan un puente útil para otros puntos de vista, pero hay muchos otros, incluyendo a las feministas del sur y a destacados juristas cuyos trabajos no han sido traducidos. Una vez más, la relevancia de este tipo de desarrollos puede variar según las especialidades.

LA TRADICIÓN OCCIDENTAL Y TERRITORIAL DEL DERECHO MICRO-COMPARATIVO

En un estudio anterior, he utilizado un enfoque similar para identificar los supuestos que subyacen a los temas de los principales (y mayormente anglo-americanos) juristas comparativistas del período 1945-1990. Esto dio lugar a un tipo ideal similar, que, por razones obvias, he catalogado como “la tradición occidental y territorial” (véase Tabla IV).

85. Sobre “orientalismo”, véase E. Said, *Orientalism*, edición revisada, (New York, Vintage Books, 1994); para una vigorosa aunque selectiva defensa, véase R. Irwin, *For Lust of Knowing, The Orientalists and Their Enemies* (London, Allen Lane, 2006).

86. Hay selectas y útiles bibliografías, en Glenn, *supra* n. 53; W Menski, *Comparative Law in a Global Context* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) y A. Huxley, (ed.), *Religion, Law and Tradition* (London, Routledge Curzon, 2002).

87. W. Twining (ed.), *Human Rights, Southern Voices* (a Reader) (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

TABLA IV. EL MODELO OCCIDENTAL Y TERRITORIAL DE DERECHO COMPARADO, 1945-1990⁸⁸

- (i). El tema principal son los Derechos positivos y los sistemas jurídicos “oficiales” de los Estados nacionales (*los ordenamientos jurídicos internos*).
- (ii). Se centra casi exclusivamente en *las sociedades capitalistas occidentales* de Europa y Estados Unidos, con un examen poco o nada detallado de “Oriente” (antiguos, y supervivientes, países socialistas, entre ellos China), el “Sur” (los países más pobres) y los países más ricos de la cuenca del Pacífico⁸⁹.
- (iii). Se ocupa principalmente de las similitudes y diferencias entre el *Common Law* y el *Derecho civil*, como ha sido ejemplificado por las tradiciones o sistemas “padre”, en particular Francia y Alemania para el Derecho Civil, e Inglaterra y los Estados Unidos para el *Common Law*.
- (iv). Se centra casi exclusivamente en la doctrina jurídica.
- (v). Se centra, en gran medida, en la práctica del *Derecho privado*, especialmente el Derecho de obligaciones, que a menudo se trata como la representación del “núcleo” de una tradición o sistema jurídico.
- (vi). La preocupación consiste en *la descripción y el análisis*, en vez de en la evaluación y la prescripción, con la excepción de que se pretende que uno de los principales usos del “Derecho legislativo comparado” sea constituirse en las lecciones que deben ser aprendidas a partir de las soluciones extranjeras a problemas compartidos —una reivindicación teóricamente problemática⁹⁰.

Este “tipo ideal” tiene gran afinidad con la Tabla II. Sin embargo, no se deriva de ella sino que, más bien, se basa en el análisis de lo que los principales juristas comparativistas del período *dijeron* sobre su tema⁹¹. En este contexto, es importante hacer hincapié en tres puntos. En primer lugar, la práctica real del Derecho comparado es mucho más rica y variada que esta concepción monolítica de la materia. En segundo lugar, no se pretende tirar a la basura una tradición digna. Fui enseñado por tres grandes e importantes comparativistas —Barry Nicholas, F. H. Lawson y Max Rheinstein—, y he tenido alguna relación con otros, entre ellos Otto Kahn-Freund, John Henry Merryman, y Basil Markesenis, a todos los cuales respeto mucho como académicos. En el período de formación del Derecho comparado moderno, después de la Segunda Guerra Mundial, fue necesario que los pioneros permanecieran cerca de la corriente principal de la Ciencia del Derecho y asentaran su relevancia y respetabilidad. En tercer lugar, se requiere, desde una perspectiva global, una concepción muy diferente del Derecho comparado y una práctica más variada. En los últimos años, se han dado pasos significativos en esa dirección. Por ejemplo, se reconoce ampliamente que el Derecho constitucional

88. Véase *GLT*, 184-9.

89. Durante la Guerra fría, una importante excepción a (ii) fue el Derecho socialista o soviético, al que se trató como perteneciente al Derecho Comparado, de una manera en que no fueron tratados el Derecho africano, indio, islámico e hindú.

90. Sobre Derecho comparado “funcionalista”, véase Örcü y Nelken, *supra* n. 3, *passim*.

91. W. Twining, ‘Comparative Law and Legal Theory, The Country and Western Tradition’ in Edge, *supra* n. 3; cf. *GLT*, en cap. 7.

comparado, las libertades civiles comparadas, el Derecho del desarrollo y los temas por los cuales la Escuela de Estudios Orientales y Africanos es conocida, están ahora dentro del redil⁹²; el Derecho común comparado es cada vez más percibido como tal⁹³; y, en general, el Derecho comparado se ha convertido en algo central para una disciplina cada vez más cosmopolita.

CONCLUSIÓN

Hay, relativamente, pocas cuestiones y fenómenos de alcance verdaderamente global. En su mayor parte, la perspectiva global es útil para establecer un contexto amplio para estudios más particulares. Se percibe que la globalización y el aumento de la interdependencia en niveles sub-globales tienen consecuencias diferentes para las distintas especialidades. Esto es algo que deben resolver los especialistas. Los “tipos ideales” de las tradiciones generales de la Ciencia del Derecho, el Derecho comparado y su recepción pueden sugerir que la cultura jurídica académica del siglo XX ha tendido a estar orientada al Estado y a ser laica, positivista, “de arriba abajo”, Norte-céntrica, no empírica, universalista en relación con la moral, y bastante provinciana, incluso etnocéntrica, en relación con su enfoque, audiencia, fuentes y perspectivas⁹⁴. Estas proposiciones generales, más bien toscas, están destinadas a señalar aquellos puntos importantes en los que parecen cuestionables asunciones bastante generalizadas, si se adopta una perspectiva global. Se ha intentado, no tanto una crítica radical y profunda de la Ciencia del Derecho occidental cuanto un control de puntos en los que pueden ser necesarios un replanteamiento y unos ajustes, en diferentes formas, según las distintas áreas de especialización. Para algunos, puede suponer “un cambio de paradigma”, para otros, una ampliación más suave de horizontes. No forma parte de mi argumentación que debamos dejarlo todo y echar a correr hacia una disciplina global del Derecho basada en alguna gran teoría general. El Derecho es una materia práctica que, en general, requiere un conocimiento local y particularista, así como centrarse en cuestiones detalladas, específicas y bien definidas. No podemos dejar de trabajar, en gran medida, dentro de las propias tradiciones recibidas. Una perspectiva global puede proporcionar un contexto y unos retos específicos. Como estudiosos del Derecho occidental, no deberíamos abandonar nuestra herencia, sino más bien poner nuestros conocimientos en un contexto amplio, examinar de manera crítica los supuestos subyacentes del aprendizaje recibido, y tener, al menos, un conocimiento general de otras tradiciones y sistemas de creencias.

92. Véase, por ejemplo, el cambio de cobertura de la *American Journal of Comparative Law* y de la excelente y nueva publicación *The Journal of Comparative Law*.

93. Véase, por ejemplo, Edge (2000), *supra* n. 3; Legrand y Munday (2003), *supra* n. 3; y Örüçü y Nelken (2007), *supra* n. 3.

94. Sobre provincianismo, véase *GLT*, 128-9.